

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

DANI RUDNICKI

JULIO CESAR ROSSI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Dani Rudnicki, Julio Cesar Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-293-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

Apresentação

O Grupo de Trabalho Criminologia e Política Criminal III reuniu-se, no dia 9 de dezembro, sob nossa coordenação. O GT foi um dos vários realizados no âmbito do XXXV Congresso do CONPEDI, realizado no Unicuritiba entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016. Na ocasião, foram expostos dezenove artigos científicos.

Os trabalhos versaram sobre temas relevantes e atuais da referida área do conhecimento, tais como terrorismo, ondas punitivas, atos infracionais, drogas, violência doméstica, sistema penal, dinâmica legislativa, fundamentos éticos da punição, pena de morte, encarceramento, contraditório no inquérito policial.

Trabalhos com profunda investigação empírica, doutrinária e jurisprudencial, revelam a importância e imprescindibilidade do estudo em nível de Pós-Graduação no Brasil e contribuirão com o desenvolvimento do pensamento científico na área do Direito.

Dentro do espírito científico proposto pelo CONPEDI, a discussão apontou para a necessidade de reflexão sobre o papel desempenhado pelo sistema penal nas sociedades contemporâneas. Assim, com base nas teorias críticas surgiram ideias para propor instituições e legislação comprometidas com valores democráticos.

Parabéns ao CONPEDI e ao Unicuritiba por receberem estudos acadêmicos tão bem elaborados, sobre temas contemporâneos que merecem toda a reflexão da comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UniRitter

Prof. Dr. Júlio César Rossi – São Paulo/Brasília

A INCOMPATIBILIDADE DA SÚMULA Nº 575 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM O SISTEMA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
THE INCOMPATIBILITY OF THE PRECEDENT 575, THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE WITH THE CRIMINAL SYSTEM IN DEMOCRATIC STATE OF LAW

Adriano Aranhã ¹
Luiz Fernando Kazmierczak ²

Resumo

O presente trabalho apresenta reflexões sobre a incompatibilidade da Súmula nº 575 do Superior Tribunal de Justiça diante do sistema penal no Estado Democrático de Direito. A hipótese de trabalho é que a presente Súmula está em descompasso com os postulados da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade. Afim de demonstrá-la, parte-se da análise dos princípios Constitucionais do Sistema Penal e da análise do art. 310 do CTB, apontando seus elementos constitutivos e consequências práticas no âmbito penal e administrativo. Conclui-se que a seara administrativa já tutela de maneira suficiente o bem jurídico, sendo desnecessária a intervenção penal.

Palavras-chave: Súmula 575 do stj, Sistema penal, Estado democrático de direito, Intervenção mínima, Ofensividade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper sets out some reflections for the incompatibility of Precedent 575, the Superior Court of Justice on the criminal justice system in a democratic state of law. The working hypothesis is that this Precedent is in mismatch with the postulates of minimum intervention, offensiveness and proportionality. In order to demonstrate it, according to the analysis of constitutional principles of Criminal System and the analysis of the article 310, CTB, pointing its constituent elements and practical consequences in criminal and administrative proceedings. It is concluded that the administrative area already protects sufficiently the legal interest, being unnecessary the criminal intervention.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent 575 of the superior court of justice, Criminal system, Democratic state of law, Minimum intervention, Offensiveness

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Coordenador e Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos e professor da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Major PMPESP.

² Doutorando em Direito Penal (PUC/SP). Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Professor de Direito Penal UENP e FIO. Diretor do CCSA/CJ da UENP.

1 INTRODUÇÃO

Tendo como lume hermenêutico os princípios norteadores do discurso do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, o presente artigo tem por objetivo analisar criticamente o entendimento firmado na Súmula nº 575 do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a natureza de crime de perigo abstrato do delito tipificado no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro.

Parte-se da hipótese de que a afirmação da natureza de crime de perigo abstrato à conduta de entregar, confiar ou permitir a direção de veículo automotor a pessoa sem habilitação, com o direito de dirigir cassado/suspenso ou que não está em condições de dirigir com segurança em razão de embriaguez ou do seu estado de saúde física/mental é incompatível com os postulados do Direito Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito e, portanto, não deve subsistir.

Em razão disso, a proposta aqui não é discutir o óbvio, mas mostrar uma nova interpretação do fato típico, por meio de uma crítica a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, de modo que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos e compreendida em sentido material e garantista.

Neste contexto, o presente estudo baseado na revisão bibliográfica de pesquisas nacionais e estrangeiras, bem como na legislação brasileira no âmbito do Direito Penal, Administrativo e Constitucional, utilizou o método dedutivo, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto-evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância, leis e proposições fenomenológicas.

Neste percurso, a primeira parte desse trabalho será dedicada à análise dos princípios que alicerçam o discurso da intervenção mínima do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Posteriormente, será analisado o crime do art. 310 do CTB, detalhando seus elementos constitutivos e suas interações com as infrações de trânsito que lhe são correlatas.

Por fim, estabelecer-se-á a análise crítica da Súmula nº 575 do STJ, tanto sob o ponto de vista dos princípios jurídicos que orientam a aplicação das leis penais no Estado Democrático de Direito quanto dos seus efeitos práticos na tarefa de persecução penal do Estado.

2 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O delito, do ponto de vista puramente conceitual ou formal, é a conduta que o legislador, depois de selecioná-la e descrevê-la em uma lei, impõe como sanção uma pena ou uma medida de segurança. Dentre um infindável número de condutas ilícitas, o legislador elege algumas para terem o status de delito. O que se discute são os critérios adotados para esta seleção.

Nesse plano puramente formal, o legislador conta com grande discricionariedade na eleição do ilícito penal, pois não há qualquer conceito pré-jurídico de delito ou imanente ao fato, que determine ou balize esse poder discricionário do legislador.

A evolução do direito penal e o reconhecimento dos direitos fundamentais como o eixo do moderno Estado de Direito impõem-se restrições formais e substanciais a esse poder de criminalização, que hoje deve estar regido por critérios de merecimento e necessidade da pena.

Dessa forma, não se pode conceber o delito como apenas uma descrição formal da conduta, alheio a qualquer caráter valorativo ou finalista. Tendo o Direito Penal como a principal característica a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, é imperiosa que esta proteção se dê através de incriminação de condutas que efetivamente apresente uma potencialidade de dano ou um perigo concreto de lesão a tais bens.

Para tanto, deve-se refutar o dogma causal quando não se atende mais às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Faz-se necessário que o enquadramento típico se dê nos moldes de uma das concepções materiais de delito, dentre as quais a que encontra maior ressonância constitucional e mais adequada a finalidade do Estado democraticamente consagrado é a que considera o delito como uma ofensa intolerável a um bem jurídico.

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves, devido ao princípio da fragmentariedade.

Assim, somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis para a convivência social é que devem ser incriminados. Consequentemente, o conceito de delito como ofensa a um bem jurídico deve ser proclamado como um conceito de dimensão constitucional, embora não haja um texto normativo expresso neste sentido.

Não há dúvidas que as disposições constitucionais, quando asseguram ao legislador o direito de regular o jus puniendi, quase nada indicam de modo expreso a respeito do conteúdo da conduta punível, que é o núcleo do conceito material do delito. Por conseguinte, o papel de limite material não pode ser cumprido só com o princípio da legalidade se se admite que o legislador ordinário conta com esparsas restrições conceituais vinculantes no que se refere ao delito e à pena.

A função garantista ou segurança do princípio da legalidade se reduz a quase nada ou se aniquila quando se autoriza catalogar como delito qualquer espécie de conduta ou de pena, sem qualquer conteúdo valorativo.

A fundamentação constitucional do conceito de delito entendido como ofensa a um bem jurídico, por conseqüência, para além da constatação da legalidade do delito não pode jamais significar uma atividade vazia e arbitrária. Em outras palavras, o princípio da ofensividade obriga que a atividade de criminalização primária seja taxativa, clara e inequívoca e, de outro lado, determina uma das missões do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

De acordo com o princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado.

São nestes dois aspectos que se fundamentam a análise constitucional do conceito de delito, ou seja, no princípio da ofensividade, que é um limitador do direito de punir do Estado, e da análise da eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal.

Nestes termos, o conceito constitucional de delito traz algumas repercussões no âmbito da política-criminal, na teoria do delito, bem como na teoria da pena, entre as quais podemos citar, de modo principal, a vinculação do legislador, do intérprete e do aplicador da lei penal ao paradigma da ofensividade.

A própria Constituição nos apresenta um rol de direitos fundamentais de proteção do indivíduo em face do Estado, pautados na ideia de intervenção apenas necessária para evitar delitos, como bem sintetiza Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Se o Direito Penal se legitima democraticamente somente quando voltado à proteção da sociedade e, em última análise, dos interesses dos indivíduos que a compõem, sua justificação mantém-se apenas na medida de sua necessidade para o fim de evitar delitos, conforme o denominado princípio

da intervenção mínima (desdobrado nas vertentes subsidiária e fragmentária), como decorrência da dignidade humana e do direito à liberdade, reconhecidos constitucionalmente. (2014. p. 43).

Assim, o legislador não pode adotar técnicas legislativas incriminatórias reconduzíveis ao mero voluntarismo, ou seja, à vontade do infrator, ao seu modo de ser, ao seu modo de pensar; não é possível configurar o delito como mera desobediência à norma; ninguém pode ser castigado pelo que é ou pelo que pensa, senão pelo que faz ofensiva e intoleravelmente aos outros.

Já os intérpretes e os aplicadores da lei penal têm a tarefa de interpretar todos os tipos penais como ofensivos, assim, dentre todos os significados possíveis que se extraem da literalidade legal deve-se preferir sempre o que se ajusta ao modelo de delito como ofensa a bem jurídico, considerando-se atípicas todas as condutas não ofensivas, ainda que formalmente adequadas à descrição legal.

Ainda, temos que a adoção do conceito material de delito fundado no princípio da ofensividade refuta tendências penais exageradas, desproporcionalmente intervencionistas, que buscam configurar o delito não segundo um modelo marcadamente garantista, senão como mera violação de um dever ou de uma norma ou, mais grave ainda, como simples conduta.

Esse processo de releitura do Direito Penal, sob o enfoque dos princípios constitucionais, irá acarretar em um sistema criminal que pode ser definido como o conjunto de regras de natureza constitucional e infraconstitucional que, ao definirem condutas e estipularem sanções, tutelam os bens jurídicos mais importantes da sociedade de forma racional e faz com que a atuação legislativa do Estado caia aos níveis de estrita necessidade.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck

É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito: direito penal mínimo e justiça consensual ampla para os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores do Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo). (1999, p. 115)

A tipicidade penal, portanto, deve ser compreendida em sentido material e garantista e dele fazendo parte, como requisito explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico, seja na forma de lesão ou de perigo concreto. Assim, o princípio da ofensividade está destinado a funcionar como critério hermenêutico de extraordinário valor, em virtude do qual resulta impossível sancionar penalmente todos os comportamentos que concretamente não chegam a atingir ou afetar o bem consagrado normativamente.

3 ART. 310 DO CTB COMO CRIME DE PERIGO ABSTRATO: ANÁLISE DA SÚMULA Nº 575 DO STJ

Antes de ingressar na análise crítica do entendimento firmado na Súmula nº 575 do STJ, é importante detalhar a conduta criminalizada no art. 310 do CTB, *in verbis*:

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:
Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

O primeiro ponto a ser evidenciado é que o autor do delito em epígrafe será o proprietário/possuidor que “permite”, “confia” ou “entrega” a direção do seu veículo automotor a pessoa que se encontra numa das condições descritas no tipo penal. Trata-se, por evidente, de corolário do dever imposto ao proprietário de velar pela habilitação legal e compatível dos condutores do seu veículo, conforme prescreve o § 2º do art. 257 do CTB:

Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar.

Na conduta de “entregar”, o agente transfere materialmente a condução do veículo automotor a pessoa que se encontre em quaisquer das condições indicadas no tipo penal do art. 310. Já nas modalidades de “confiar” ou “permitir”, o agente expressa ou tacitamente consente no uso do veículo.

A pessoa a quem é entregue, confiada ou permitida a direção do veículo automotor deve encontrar-se numa das condições descritas no tipo penal: (i) não possuir habilitação para a condução de veículo automotor; (ii) estar com o direito de dirigir cassado; (iii) estar com o

direito de dirigir suspenso; (iv) não estar em condições de dirigir o veículo com segurança em razão de embriaguez; (v) não estar em condições de dirigir o veículo com segurança em razão do seu estado de saúde física ou mental.

Não há dúvidas sobre a primeira hipótese. Trata-se do condutor inabilitado para a condução de veículo automotor. Para conduzir veículo automotor na via pública o motorista deve possuir a Permissão para Dirigir¹, Carteira nacional de Habilitação ou Permissão Internacional para Dirigir². Não é suficiente que o condutor tenha a Autorização para Conduzir Ciclomotores.

Evidentemente que não basta que o condutor possua um dos referidos documentos para que possa dirigir o veículo na via pública, pois se faz necessário que sua habilitação seja compatível com o veículo conduzido, respeitando-se assim as categorias de habilitação prescritas no art. 143 do CTB e regulamentadas através da Resolução nº 168/04 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

Não é crível, v.g., permitir-se que o motorista que se submeteu aos testes previstos para a condução de motocicletas conduza um automóvel e vice-versa, vez que não lhes foram ensinados e testados os conhecimentos e habilidades necessárias para a condução doutro veículo. Portanto, aquele não é habilitado para dirigir automóveis e este não é habilitado para conduzir motocicletas.

O condutor que dirige veículo automotor na via pública sem possuir habilitação pratica a infração do art. 162, I do CTB (multa gravíssima multiplicada 5 vezes – R\$ 1.467,35 – e apreensão do veículo) e o que dirige veículo para categoria que não foi habilitado a do art. 162, III (multa gravíssima multiplicada 3 vezes - R\$ 880,41- apreensão do veículo)³. O proprietário/possuidor legal que lhe entrega ou permite a direção pratica as infrações do art. 163 (entregar) ou do art. 164 (permitir) do CTB, sujeitas às mesmas penalidades impostas ao condutor-infrator.

A cassação é uma penalidade administrativa imposta ao motorista que incidir numa das hipóteses do art. 263 do CTB: (i) for surpreendido conduzindo veículo automotor estando

¹Nos termos do art. 148, §§ 1º e 2º do CTB, ao candidato aprovado no processo de habilitação é conferida a Permissão para Dirigir, com validade de 01 (um) ano, e, se nesse período não cometer nenhuma infração de trânsito de natureza gravíssima ou grave e nem for reincidente em infração de natureza média, lhe é conferida a Carteira Nacional de Habilitação.

²A Permissão Internacional para Dirigir é obrigatória para os estrangeiros, salvo aqueles que, nos termos de Acordos ou Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, podem dirigir no Brasil portando as Carteiras de Habilitação expedidas pelos seus respectivos países, v.g., os países signatários da Regulamentação Básica Unificada de Trânsito - Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia, Chile e Peru – aprovada através do Decreto de 3 de Agosto de 1993.

³Valores conforme art. 258 do CTB, com redação da Lei nº 13.281/16, em vigor a partir de 01/11/16.

com o direito de dirigir suspenso; (ii) no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175; e (iii) quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160.

O condutor que tiver seu direito de dirigir cassado somente poderá submeter-se a novo processo de habilitação após 02 (dois) anos da cassação, sendo que aquele que é surpreendido violando a penalidade de cassação do direito de dirigir pratica a infração do art. 162, II do CTB, punida com multa gravíssima multiplicada por cinco (R\$ 1.467,35) e apreensão do veículo. De igual modo, o proprietário/possuidor legal que lhe entrega ou permite a direção comete as infrações do art. 163 (entregar) ou do art. 164 (permitir), sujeitas às mesmas penalidades do art. 162, II do CTB.

No que se refere à entrega, permissão ou confiança da direção de veículo automotor ao condutor que se encontra com o direito de dirigir suspenso é necessário fazer uma distinção relevante.

A suspensão do direito de dirigir pode ser tanto uma penalidade administrativa quanto uma medida criminal. No campo penal, a suspensão do direito de dirigir pode decorrer (i) da sua previsão expressa no preceito secundário da norma penal incriminadora, ou seja, no caso dos crimes de homicídio culposo no trânsito (CTB, art. 302), lesão corporal culposa no trânsito (CTB, art. 303), embriaguez ao volante (CTB, art. 306), violação da suspensão do direito de dirigir (CTB, art. 307) e disputa de competição não autorizada – racha (CTB, art. 308); (ii) reincidência na prática de crime de trânsito (CTB, art. 296); e (iii) suspensão cautelar (CTB, art. 294).

Já a penalidade administrativa é imposta pela autoridade de trânsito competente (CTB, art. 22, VI) e será aplicada, nos termos do art. 261, § 1º do CTB, (i) na hipótese de cometimento de infrações para as quais esteja expressa e especificamente prevista, v.g., as dos artigos 165 (embriaguez ao volante), 170 (dirigir ameaçando pedestres ou outros veículos) e 173 (disputando corrida) do CTB, dentre outras; (ii) quando o condutor, no período de 12 meses, somar 20 pontos ou mais, conforme pontuação prevista no art. 259.

Destarte, comete o crime do art. 310 do CTB aquele que entrega, confia ou permite a direção de veículo automotor a pessoa que está com o seu direito de dirigir suspenso em razão da aplicação de penalidade administrativa. Se a suspensão do direito de dirigir do condutor é de natureza criminal, aquele que lhe entregou, permitiu ou confiou a direção do veículo automotor é partícipe do crime do art. 307 do CTB, cuja objetividade jurídica primária é a obediência/respeitabilidade das decisões judiciais.

A violação da suspensão do direito de dirigir também constitui infração de trânsito punida com multa gravíssima multiplicada por cinco (R\$ 1.467,35) e apreensão do veículo, conforme prevê o art. 162, II do CTB, e o proprietário/possuidor legal que lhe entrega ou permite a direção pratica as infrações do art. 163 (entregar) ou do art. 164 (permitir), sujeitas às mesmas penalidades do art. 162, II do CTB.

Outra hipótese do cometimento do crime do art. 310 do CTB é o ato de entregar, confiar ou permitir a direção de veículo automotor a pessoa que não está em condições de dirigir o veículo com segurança em razão de embriaguez.

Conforme redação dada pela Lei nº 12.760/12, o art. 276 do CTB prescreve que qualquer concentração de álcool no organismo proíbe o motorista de dirigir e o sujeita às penalidades previstas no art. 165 (multa gravíssima multiplicada dez vezes - R\$ 2.934,70 – e suspensão do direito de dirigir pelo período de 12 meses).

A embriaguez ao volante também poderá caracterizar o crime de trânsito previsto no art. 306 do CTB, que tipifica a conduta daquele que dirige veículo automotor com a sua capacidade psicomotora alterada em razão do consumo de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, v.g., drogas.

Nos termos do § 1º do art. 306 do CTB, a alteração da capacidade psicomotora do condutor poderá ser comprovada (i) através da concentração alcoólica igual ou superior a 6 decigramas por litro de sangue ou a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expelido ou (ii) através de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, v.g., andar cambaleante, mãos trêmulas, falar pastoso etc.

Observe-se que aqui também não se cogita da ocorrência de perigo concreto para a consumação delitiva, sendo suficiente que o motorista dirija com alteração da sua capacidade psicomotora – e, portanto, sem condições de conduzir o veículo com segurança – para que cometa o crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306).

Por fim, configura o crime do art. 310 a conduta de entregar, confiar ou permitir a direção de veículo automotor a pessoa que não está em condições de dirigir o veículo com segurança em razão do seu estado de saúde física ou mental. Trata-se, por exemplo, do motorista que dirige com um braço ou perna engessado ou ainda em estado emocional abalado.

Observe-se que conduzir veículo automotor com incapacidade física ou mental temporária (braço ou perna engessado / estado emocional abalado) é infração de trânsito prevista no art. 252, III do CTB, punida apenas com multa de natureza média (R\$ 130,16).

O proprietário/possuidor legal que entrega ou confia a direção de veículo automotor a pessoa embriagada ou portadora de incapacidade física/mental temporária pratica a infração de trânsito prevista no art. 166 do CTB, sujeita a multa gravíssima (R\$ 293,47).

E eis aqui o ponto principal deste trabalho: ao contrário do que ocorre com o crime do art. 309 do CTB (Falta de Habilitação), a descrição típica do art. 310 do CTB não registra a elementar “gerando perigo de dano”, o que suscitou debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a natureza deste delito como sendo ou não de perigo abstrato.

Apenas para representar as posições divergentes, afirmando a necessidade da verificação da ocorrência de “perigo concreto”, apresenta-se a decisão prolatada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Sebastião Reis Silva, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PERMITIR, CONFIAR OU ENTREGAR A DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA (ART. 310 DO CTB). ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA NA INICIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE DEMOSTRAÇÃO DO PERIGO CONCRETO DECORRENTE DA CONDUTA DA ACUSADA. NECESSIDADE. PRECEDENTE DA SEXTA TURMA. 1. **O crime do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro não dispensa a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta.** 2. O mero fato de confiar a direção do veículo a pessoa não habilitada é insuficiente para tipificar a conduta, porquanto o rebaixamento do nível de segurança no trânsito não pode ser simplesmente presumido. 3. A Sexta Turma já decidiu que o mesmo entendimento adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto ao delito descrito no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (registrado inclusive na Súmula 720/STF), de que se exige a existência do perigo concreto para a configuração do crime, deve ser aplicado em relação ao delito previsto no art. 310 desse diploma legal. 4. Recurso em habeas corpus provido. (RHC 40.220/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 29/05/2015) (grifo nosso)

Entretanto, em sentido oposto, representando o entendimento daqueles que defendem ser o delito do art. 310 do CTB de perigo abstrato e, portanto, prescindindo da ocorrência de fato que denote uma situação de perigo real à segurança viária para a sua consumação, transcreve-se a decisão prolatada pela mesma Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE TRÂNSITO. ART. 310 DO CTB. BEM JURÍDICO. SEGURANÇA DO TRÂNSITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE LESÃO OU EXPOSIÇÃO A PERIGO DE DANO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.485.830/MG, nos termos do voto

vencedor por mim proferido (DJe 28/5/2015), a Terceira Seção deste Superior Tribunal uniformizou o entendimento de que é de perigo abstrato o crime previsto no art.310 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não é exigível, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.² No caso, a agravante, supostamente, confiou a direção de um veículo a pessoa inabilitada, fato que se ajusta ao tipo descrito no art. 310 da Lei n. 9.503/1997.³ Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1533052/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015)

Portanto, foi com o objetivo de superar a controvérsia instalada e consolidar o entendimento majoritário daquela Corte Superior sobre a consumação do crime do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 575, publicada no DJe de 27/06/2016, com o seguinte enunciado:

Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, **independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.** (grifo nosso)

A fundamentação dos julgados que serviram de precedentes para a publicação da epigrafada Súmula, em síntese, consubstancia-se na ausência da expressão “gerando perigo de dano” como elementar do tipo penal do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro. Entretanto, como se verá no item subsequente, a formulação deste raciocínio lógico-formal de subsunção típica não se mostra suficiente para atribuir-lhe a natureza de crime de perigo abstrato, afastando-se dos princípios que norteiam o direito penal no Estado Constitucional de Direito.

4 INCOMPATIBILIDADE DA SÚMULA Nº 575 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM O SISTEMA PENAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jesús-María Silva Sánchez aponta que está ocorrendo uma “administrativização” do Direito Penal, característica de uma sociedade pós-industrial, que transporta para o Direito Penal a tutela de lesões tradicionalmente próprias do Direito Administrativo. Segundo o autor, o “Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo

sancionador, senão que inclusive, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais”. (2013. p. 156).

É nesse contexto que se fundamenta incompatibilidade do entendimento sumulado com o sistema penal. A decisão está transportando um âmbito de atuação do Direito Administrativo para a seara penal sem que haja necessidade.

Dessa forma, poder-se-ia iniciar as críticas ao posicionamento firmado através da Súmula nº 575 do STJ retomando o debate eminentemente jurídico sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, mas isto não se faz necessário. Há outros cedidos argumentos jurídicos e práticos suficientes para denotarem a sua total dissonância com os mais basilares princípios norteadores do Direito Penal Constitucional, já delineados anteriormente.

O primeiro deles é a violação ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Conforme já assentado, o caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal faz com que a criminalização de condutas deve ser reservada apenas e tão somente para a proteção dos bens jurídicos mais importantes de uma sociedade e, ainda assim, apenas diante das ofensas mais graves.

Dada a gravidade da intervenção que promove na liberdade individual, o Direito Penal deve funcionar como a *ultima ratio* e somente deve incidir quando as demais disciplinas jurídicas não se mostraram eficientes na proteção do bem jurídico.

E justamente por ser a última esfera na proteção do bem jurídico, reservam-se ao Direito Penal as mais drásticas sanções, com o que se desvela também o postulado constitucional da proporcionalidade.

Com fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade, afirma-se, inicialmente, que quanto mais grave for a conduta criminosa mais intensa há de ser a reprimenda que lhe será imposta. Ainda como corolário do mandamento da proporcionalidade, a conduta que tipifica o ilícito penal deve ser mais ofensiva ao bem jurídico do que aquela que caracteriza o ilícito administrativo e, portanto, sujeita a penas mais severas do que as impostas a este. Dessa forma, “a ideia é a de que a intervenção estatal por meio do direito penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.” (MENDES, 2015. p. 493).

Maria da Conceição Ferreira da Cunha defende a liberdade do legislador em definir as condutas a serem abarcadas pelo Direito Penal, mas sem se afastar dos princípios constitucionais que impedem uma intromissão indevida no âmbito de liberdade do indivíduo.

A Constituição (e para efetivar o seu controle, o Tribunal Constitucional), ao influenciar o conteúdo da matéria a criminalizar, traça apenas os limites de legitimidade criminalizadora. Quer dizer, traça um quadro alargado, dentro do qual o legislador se poderá mover, como forma de evitar, apenas, que se violem os critérios a que deve estar sujeita a criminalização num Estado de direito democrático, critérios esses que têm em vista salvaguardar o indivíduo de intromissões excessivas, injustificadas ou desnecessárias do Estado na esfera dos seus direitos fundamentais. Critérios que, por serem princípios reguladores fundamentais da intervenção penal, por assumirem uma importância de grau superlativo, são impostos constitucionalmente. Mas esses critérios (no fundo, a dignidade penal e a carência de tutela penal, ancorados constitucionalmente nos termos descritos), embora legitimem e exijam até o seu controle constitucional, não fazem com que o Tribunal Constitucional se substitua ao legislador – deixam ainda ampla margem de decisão legislativa. (1995. p. 292-293).

Partindo-se de um raciocínio lógico decorrente dos princípios até aqui retomados, pode-se concluir que a conduta que tipifica a infração penal pode englobar o correlato ilícito administrativo, mas, em sentido contrário, não se pode admitir que o comportamento tipificado como infração administrativa seja, por si só, suficiente para subsumir-se como crime sob pena de ingerência indevida do estado na esfera de liberdade do cidadão sem qualquer justificativa plausível.

Com efeito, ao descrever a conduta típica, o legislador penal deve avançar na ofensa ao bem jurídico, exigindo para a consumação delitiva que se vá além daquele comportamento descrito como mera infração administrativa.

Destarte, no caso em testilha, a despeito da ausência da elementar “perigo de dano” no tipo penal do art. 310 do CTB, não se pode admitir, sob pena de violação dos postulados da intervenção mínima e da proporcionalidade, que a conduta criminosa se equipare às infrações administrativas de trânsito tipificadas nos arts. 163, 164 e 166 do CTB.

Recorde-se ainda que as infrações de entregar (CTB, art. 163) e de permitir (CTB, art. 164) a direção de veículo automotor a pessoa sem habilitação ou com o direito de dirigir suspenso/cassado são punidas com multas de R\$ 1.467,35 (gravíssima multiplicada por cinco), 07 pontos na CNH e apreensão do veículo pelo período de 21 a 30 dias (CONTRAN, Resolução nº 53/1998).

Enquanto isto, as penas previstas para aquele que comete o crime do art. 310 do CTB são de detenção, de seis meses a um ano, ou multa. O delito é de menor potencial ofensivo e, quando não incidentes no caso concreto os benefícios da Lei nº 9.099/95, a pena privativa de liberdade imposta é irrisória – rotineiramente fixada no mínimo legal de 06 meses - e, no mais

das vezes, é substituída por pena restritiva de direito, isso quando não se observa a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

Na hipótese de aplicação da pena de multa, via de regra, se dá no patamar do mínimo legal, ou seja, 10 dias multas à razão de 1/30 do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, o que, atualmente, conduz ao valor de R\$ 293,33. Apenas para referendar esta afirmação, transcreve-se o julgado proferido pela 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

ENTREGA DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA EMBRIAGADA E SEM HABILITAÇÃO. Configuração. Prova oral colhida em Juízo, reforçada pela confissão extrajudicial do apelante e interrogatório do corréu. Tipicidade material. Periculosidade social da ação. Exposição da comunidade local a risco não permitido, ainda que o crime seja de perigo abstrato. Condenação mantida. Pena readequada para 10 dias-multa. Apelo parcialmente provido. (Relator(a): Diniz Fernando; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 18/05/2016; Data de registro: 24/05/2016)

Oportuno ressaltar que, no julgamento em epígrafe, o juiz de primeira instância havia aplicado a pena de 06 meses de detenção e a substituído, nos termos do art. 44, § 2º c/c art., 45, § 1º do Código Penal, pela pena de prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, ou seja, R\$ 880,00.

De tudo isso observa-se que, além de equiparar materialmente as infrações administrativa e penal, exigindo para a consumação de ambas o simples ato de entregar, permitir ou confiar a direção do veículo a pessoa sem habilitação ou com o direito de dirigir cassado/suspenso, o que, por si só, já configura afronta aos postulados da intervenção mínima e proporcionalidade, a afirmação do crime do art. 310 do CTB como sendo de perigo abstrato faz com que, na prática, a infração administrativa seja punida com mais rigor do que a infração penal, conforme se denotadas penalidades aplicadas para as infrações administrativa e penal.

Do mesmo modo incongruente é a situação gerada na hipótese da entrega, confiança ou permissão da direção a condutor que se encontra em estado de embriaguez alcoólica. Além da indevida equiparação entre as condutas tipificadas nos ilícitos administrativo e penal, a punição administrativa é de R\$ 293,47 (CTB, art. 166), ou seja, praticamente igual à multa criminal ordinariamente aplicada de R\$ 293,33.

Registre-se que, na hipótese, seria importante a alteração do CTB para elevar a penalidade desta infração para o patamar da própria infração de dirigir sob a influência de álcool (CTB, art. 165), com multa de R\$ 2.934,70 (gravíssima multiplicada por dez) e

suspensão do direito de dirigir pelo período de 12 meses. Aliás, este é o critério utilizado nos artigos 163 e 164 do CTB, que equiparam as penalidades daquele que entrega ou permite a direção de veículo automotor a pessoa sem habilitação ou com o direito de dirigir cassado/suspense às do próprio motorista que dirige nestas condições, conforme fixadas no art. 162, I e II, respectivamente.

E, finalmente, na hipótese do motorista que se encontra sem condições de dirigir com segurança em razão das suas condições de saúde física (braço ou perna engessados) ou mental (estado emocional abalado), a congruência entre as condutas configuradoras dos ilícitos administrativo e penal levou a um outro paradoxo relevante.

A infração administrativa de trânsito do art. 252, III do CTB é de natureza média, ou seja, não atingiu nem mesmo o patamar de maior gravidade dentre as infrações administrativas⁴, o que, em tese, revela o seu menor risco à segurança viária, tanto que tal conduta não foi criminalizada pelo legislador viário. Ainda assim, ao proprietário/possuidor que lhe entrega, confia ou permite a direção de veículo automotor é inculcada a prática do crime do art. 310 do CTB, independentemente daquele estar ou não efetivamente dirigindo de modo a colocar em risco concreto a segurança viária.

Outro aspecto relevante para demonstrar a incongruência/inconsistência da Súmula nº 575 do STJ é o caráter acessório das condutas tipificadas no art. 310 do CTB. Com efeito, aquele que entrega, confia ou permite a direção de veículo automotor a pessoa sem habilitação, com o direito de dirigir cassado/suspense ou em estado de embriaguez contribui, nos dois primeiros casos, para a prática dos crimes do art. 309 do CTB e, na hipótese do motorista embriagado, para o cometimento do crime do art. 306 do CTB.

Seguindo-se a regra geral do art. 29 do CP, que acolheu a teoria monista⁵ no concurso de pessoas, o proprietário/possuidor que praticasse tal comportamento assumiria a condição de partícipe e incidiria num desses mesmos delitos (CTB, arts. 306 e 309), sujeitando-se às respectivas penas, na medida da sua culpabilidade.

Ocorre que, ao criar o crime do art. 310 do CTB para tipificar a conduta daquele que entrega, confia ou permite a direção de veículo automotor a pessoa sem habilitação, com direito de dirigir cassado/suspense ou que, em razão de embriaguez, estado de saúde física ou mental, não está em condições de dirigir com segurança, o legislador estabeleceu uma

⁴ Nos termos do art. 259 do CTB, as infrações de trânsito são classificadas como leve, média, grave e gravíssima.

⁵ Rogério Greco observa que “para a teoria monista, existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível.” (2014, p. 99).

exceção pluralista à teoria monista esculpido no *caput* do art. 29 do CP, punindo assim autor e partícipe por delitos diferentes.

Entretanto, não se pode perder de vista a natureza acessória do comportamento do autor do crime do art. 310 do CTB, o que, por evidente, vincula sua conduta à consumação dos delitos do art. 306 e 309 do CTB, respectivamente os crimes de “Embriaguez ao Volante” e “Falta de Habilitação”.

O crime do art. 309 do CTB exige a verificação de “perigo de dano” para a sua consumação, o que, portanto, deve ser estendido para a consumação do crime do art. 310 do CTB. A falta da previsão expressa desta elementar no tipo penal do art. 310 do CTB deve ser corrigida pela via judiciária, em consonância com os princípios constitucionais da intervenção mínima e da proporcionalidade, bem como da insofismável natureza acessória deste delito.

Observe-se, inclusive, que as penas previstas para os crimes dos arts. 309 e 310 do CTB são as mesmas (detenção, de seis meses a um ano, ou multa), o que denota a equivalência da gravidade dos comportamentos tipificados, a exemplo do que também ocorre na esfera administrativa, e até mesmo a própria desnecessidade do tipo penal do art. 310 do CTB.

Já no que diz respeito ao crime de embriaguez ao volante, o art. 306 do CTB não exige a ocorrência de “perigo de dano” para a consumação delitiva, sendo suficiente que o condutor dirija com a sua capacidade psicomotora alterada em razão da ingestão de bebida alcoólica ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Aqui as incongruências são ainda mais graves. Inicialmente deve-se destacar que o crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306) é punido com detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, ou seja, a subsunção do comportamento daquele que entrega, confia ou permite a direção de veículo automotor a pessoa embriagada ao crime tipificado no art. 310 do CTB significa sujeitar-lhe a pena extremamente mais branda, incompatível com a gravidade da sua conduta.

Na verdade, aquele que entrega, confia ou permite a direção de veículo automotor a pessoa embriagada contribui direta e decisivamente para a prática do crime do art. 306 do CTB – de grave risco à segurança viária - e, portanto, sua punição deveria circunscrever-se nos mesmos patamares daquela atribuída ao próprio condutor. Se a intenção do legislador com a criação do tipo penal do art. 310 do CTB foi a de revelar maior severidade na punição do responsável legal pelo veículo, subtraindo a exigência da ocorrência de “perigo de dano” para a consumação delitiva, aqui o efeito acabou sendo o inversamente contrário.

Pois bem. Não fossem os argumentos jurídicos até aqui apresentados suficientes para demonstrar toda a incongruência/inconsistência do posicionamento apresentado na Súmula nº 575 do STJ, não lhe resta melhor sorte quando se propõem reflexões práticas sobre os seus efeitos.

A partir deste ponto, a contribuição que se pretende dar ao debate é de natureza preponderantemente empírica, avultando-se as consequências práticas decorrentes do reconhecimento do art. 310 do CTB como delito de perigo abstrato e seus reflexos diante do sistema de persecução penal brasileiro.

Todo o procedimento de persecução penal inicia-se com a atividade de fiscalização policial. Ao abordar e verificar a documentação do condutor, constatando que está dirigindo sem habilitação, com habilitação cassada/suspensa ou em condição que, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja apto a conduzir o veículo em segurança, o policial deve adotar as medidas legais relativas às infrações de trânsito correlatas e, a depender da natureza jurídica que se atribua ao crime do art. 310 do CTB, também as de natureza penal.

Seguindo o entendimento consolidado na Súmula nº 575 do STJ, ou seja, que o delito tipificado no art. 310 do CTB é de perigo abstrato, ainda que o motorista esteja dirigindo regularmente o veículo, o delito se consumou e o policial deve encerrar a sua atividade de fiscalização e dirigir-se à delegacia de polícia para fins de elaboração do Termo Circunstanciado, o que, invariavelmente, consome um relevante período do seu turno de trabalho e impacta no desenvolvimento das suas atribuições constitucionais de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, com inegáveis prejuízos à segurança pública.

A partir daí iniciam-se as atividades próprias da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário, com grande empenho de recursos humanos, logísticos e financeiros, dentre outros, para, ao final, na hipótese de sentença condenatória, impor-se ao motorista uma pena de detenção de seis meses a um ano ou multa.

Como já visto, as condenações pelo crime do art. 310 do CTB têm reiteradamente sido fixadas no mínimo da pena privativa de liberdade (06 meses de detenção) ou no patamar inferior da pena de multa (R\$ 293,33), sendo, no mais das vezes, o juízo ou tribunal obrigado a reconhecer a incidência da prescrição retroativa e declarar extinta a punibilidade, ou seja, todo o trabalho de persecução penal realizado, desde a atuação do policial militar até a decisão final do juízo ou tribunal, e os custos humanos, logísticos e financeiros daí decorrentes restaram como inúteis, além, evidentemente, do prejuízo causado à efetividade do Poder Judiciário em face de outras tantas demandas sobre as quais têm que se pronunciar.

Sob este último aspecto, anote-se que a discussão sobre a natureza jurídica do crime tipificado no art. 310 do CTB tem sido levada repetidamente ao Superior Tribunal de Justiça e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, em detrimento de tantas outras lides de maior relevância para a sociedade brasileira que estão aguardando pauta para julgamento.

E tudo isto porque, em nome de uma interpretação positivista, fundada num raciocínio lógico-formal de subsunção penal e completamente distante da realidade, alguns doutrinadores e juízes insistem em defender que o crime do art. 310 do CTB é de perigo abstrato, haja vista a ausência, no texto legal, da expressão “perigo de dano” ou similar. O caráter subsidiário do direito penal foi abandonado às traças, ou seja, a retórica do direito penal mínimo não passou de um belo discurso.

Insista-se que a única justificativa para a afirmação da natureza jurídica de crime de perigo abstrato do art. 310 do CTB está na ausência da fórmula “perigo de dano” na descrição típica. Os argumentos de que esta foi uma opção legislativa em prol da manutenção da segurança viária não se sustentam a partir da constatação de que, na prática, os resultados jurídico-penais são pífios ou inexistentes, inclusive com aplicação de penas com menor severidade do que as decorrentes da infração de trânsito.

Partindo do pressuposto que a segurança viária deve ser um bem jurídico tutelado penalmente, ainda temos um segundo filtro para que a intervenção penal se torne legítima, que é a ofensividade da conduta. Fábio Roberto D’Avila afirma que “a exigência de ofensividade é uma imposição constitucional de legitimidade”, sendo necessários dois níveis de valoração para se aceitar a descrição típica no âmbito penal. O primeiro nível seria verificado a existência de um bem jurídico-penal como objeto de proteção da norma, já no segundo nível é a constatação da ofensividade da conduta incidente no bem jurídico protegido (2008, p. 131).

Roxin parte da idéia de que os dados da vida são o ponto de partida das estruturas jurídicas, que tem como base todo o arcabouço principiológico. Traz como consequência que a idéia normativa poderá receber diversos contornos dependendo do dado da vida a que se aplicará. Assim,

todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos políticos-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução dos problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à “matéria jurídica”, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. (2006, p. 61).

Assim, a interpretação jurídico-penal não pode se subsumir na literalidade formal do enunciado legal e tampouco se distanciar da realidade concreta. A determinação do sentido da norma exige uma permanente dialética entre fatos (realidade) e lei (enunciado legal). A conduta típica não pode apenas se enquadrar formalmente no tipo penal, sendo imprescindível sua tipicidade material.

Conclui-se, por fim, que esta decisão do legislador penal – de considerar crime o simples ato de entregar, confiar ou permitir a direção ao motorista que se encontra nas condições descritas no art. 310 do CTB – sufragada pela Súmula nº 575 do STJ, revela-se totalmente dissonante dos princípios que fundamentam o Direito Penal no contexto do Estado Constitucional de Direito, apresentando-se como cristalino exemplo de uma política criminal de direito penal máximo e, como é comum nestes casos, se releva ineficiente na sua missão de servir como última *ratio* na proteção dos bens jurídicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de tudo quanto foi exposto, pode-se concluir que o entendimento firmado através da Súmula nº 575 do Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com os mais basilares princípios norteadores do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Além de representar incisiva afronta aos postulados do Direito Penal Mínimo, especialmente aos da intervenção mínima e da proporcionalidade, o reconhecimento da natureza de crime de perigo abstrato ao delito tipificado no art. 310 do CTB produz efeitos práticos negativos na atividade de persecução penal do Estado, atuando em desfavor da segurança pública e da efetividade do Poder Judiciário na punição dos comportamentos mais gravosos para o convívio social.

Destarte, a ausência da expressão “perigo de dano” no tipo penal do art. 310 do CTB não pode ser suficiente para afirmar a sua natureza de crime de perigo abstrato e, até que se altere ou revogue a descrição típica em testilha, a falha da redação legal deve ser corrigida pela via judicial.

Em pleno século XXI, no contexto do Estado Social e Democrático arquitetado pela Constituição de 1988, não se pode admitir que o Poder Judiciário, especialmente através de uma das suas mais altas Cortes, prolate decisões fundadas em meros raciocínios lógico-formais de subsunção legal. Ao contrário, o que se espera do Poder Judiciário é que atue incisiva e corajosamente na aplicação dos mandamentos constitucionais e que, com isso, cumpra a sua missão de realizar a justiça.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503, de 21 de setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm> Acesso em 25 set 2016.

_____. **CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito. Resolução nº 53/1998**. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/index.php/resolucoes>> Acesso em 25 set 2016.

_____. **CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito. Resolução nº 168/2004**. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/index.php/resolucoes>> Acesso em 25 set 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça – STJ. RHC 40.220/MG**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, julgado em 27/06/2014, DJe 29/05/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 23 set de 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no REsp 1533052/MG**. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 23 set de 2016.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto/PT: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença**. in *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processo Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8.ed. Niterói/RJ: Impetus, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3 ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual**. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 28 outubro-dezembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.