

POSSIBILIDADE JURÍDICA DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE “ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL” ÀS INFRAÇÕES DE TRÂNSITO: IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR EXCESSO DE VELOCIDADE A CONDUTOR DE VIATURA POLICIAL EM OPERAÇÃO

PEDRO AUGUSTO RODRIGUES COSTA
*Advogado da União na Procuradoria da União
em Santa Catarina*

Um dos temas mais peculiares dentro da seara administrativa é o referente à aplicação de multas de trânsito a condutor de viatura policial, por infração ao art. 218 do Código Brasileiro de Trânsito - CTB¹ (excesso de velocidade), quando, comprovadamente, este se encontrava em operação policial no momento do fato.

Estabelece o art. 218 do CTB, *verba legis*:

“Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil:

I - em rodovias, vias de trânsito rápido e vias arteriais:

a) quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento):

Infração - grave;

Penalidade - multa;

b) quando a velocidade for superior à máxima em mais de 20% (vinte por cento):

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (três vezes) e suspensão do direito de dirigir;

II - demais vias:

a) quando a velocidade for superior à máxima em até 50% (cinquenta por cento):

Infração - grave;

Penalidade - multa;

b) quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento):

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (três vezes) e suspensão do direito de dirigir;

1 Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação.”

A autoridade de trânsito competente para a aplicação da respectiva multa pertencerá, obrigatoriamente, a um dos órgãos arrolados nos incisos III, V e VI do art. 7º do CTB, que define a composição do Sistema Nacional de Trânsito, sendo tal competência decorrente do disposto nos arts. 20, inciso III; 22, inciso VI; 23, inciso III; e 24, inciso VII, todos do mesmo diploma legal.

Estando a autoridade de trânsito competente e o órgão policial, proprietário do veículo infrator, vinculados ao mesmo ente federativo ou não, o tema abordado apresenta-se palpante, na medida em que a aplicação de multa de trânsito desta natureza trará conseqüências jurídicas, tanto para este último, como para o policial condutor do veículo, nos termos dos §§ 7º e 8º do art. 257 do CTB, que dispõem, *ipsis litteris*:

“Art. 257. (omissis)

(...)

§ 7º. Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá 15 (quinze) dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o CONTRAN, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração.

§ 8º. Após o prazo previsto no parágrafo anterior, não havendo identificação do infrator e sendo o veículo de propriedade de pessoa jurídica, será lavrada nova multa ao proprietário do veículo, mantida a originada pela infração, cujo valor é o da multa multiplicada pelo número de infrações iguais cometidas no período de 12 (doze) meses.

(...)”

Desta forma, ao cometer uma infração de trânsito, em regra, o policial, ou qualquer outro servidor público, deve ser devidamente identificado, a fim de que seja responsabilizado por ela, seja perante a autoridade de trânsito competente - caso se cumpra o prazo fixado pelo § 7º supra -, seja perante o órgão ao qual pertence - que, em caso de não cumprimento do mencionado prazo, deverá arcar com o pagamento da respectiva multa -, tendo em vista o disposto no art. 122, *caput*, da Lei n. 8.112/90².

Portanto, faz-se mister averiguar quais os motivos que o legislador ordinário elegeu como suficientes para retirar do auto de infração sua legalidade, evitando, assim, a aplicação da multa respectiva.

De fato, o Código de Trânsito Brasileiro aponta 03 (três) hipóteses nas quais o auto de infração será arquivado, sendo o seu registro julgado insubsistente, a saber:

2 Dispõe o *caput* do art. 122 da Lei n. 8.112/90, *ad litteram*:

“Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

(...)”

“Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

I - se considerado inconsistente ou irregular;

II - se, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, não for expedida a notificação da autuação.” (grifo nosso)

Considerando-se que o auto de infração, na hipótese ora comentada, tenha sido lavrado de forma regular, nos termos da legislação vigente, bem como que a respectiva notificação da autuação tenha sido expedida dentro do prazo de 30 (trinta) dias, resta, tão-somente, analisar a sua consistência.

Inicialmente, há que se verificar se a ação tida como ilícita (infração de trânsito) não está amparada por norma legal autorizativa, de forma a dispensar o condutor de viatura policial da obediência ao preceito legal imposto a todos, antes referido.

Ipsa facto, o art. 29, inciso VII, do CTB, reza que:

“Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

(...)

VII - os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os de polícia, os de fiscalização e operação

de trânsito e as ambulâncias, além de prioridade de trânsito, gozam de livre circulação, estacionamento e parada, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentares de alarme sonoro e iluminação vermelha intermitente, observadas as seguintes disposições:

(...)

c) o uso de dispositivos de alarme sonoro e de iluminação vermelha intermitente só poderá ocorrer quando da efetiva prestação de serviço de urgência;

(...)” (grifo nosso)

Impende reconhecer que esta disposição legal criou uma hipótese de exclusão de ilicitude para as infrações administrativas previstas naquele código. Resta, todavia, analisar a extensão da aplicação de tal excludente.

Ora, dentro da sistemática do Código de Trânsito Brasileiro, não há definição legal para a expressão livre circulação, devendo-se utilizar os métodos de interpretação normativa contemplados pela doutrina para aferir o seu verdadeiro significado.

Assim, interpretando-se literalmente tal expressão, conclui-se que tais veículos, quando devidamente identificados, na forma legal, não estão sujeitos às restrições impostas ao tráfego em geral, tais como o limite de velocidade permitido para o local.

Destarte, os condutores das viaturas policiais, em casos tais, não estão obrigados a respeitar o limite de velocidade permitido para o local, não

sendo configurada, pois, a infração de trânsito correspondente, em razão da existência da excludente prevista no art. 29, inciso VII, do CTB.

Por outro lado, ainda que não se interprete a expressão livre circulação desta forma, com tal abrangência, bem como na hipótese de utilização de viatura “não ostensiva” sem identificação sonora e visual – o que afasta a possibilidade de aplicação da norma permissiva contida no art. 29, inciso VII, do CTB –, o ilícito administrativo considerado não estaria configurado, face à possibilidade de aplicação analógica da causa de exclusão da ilicitude prevista no art. 23, inciso III, do Código Penal, possibilidade esta que deriva da disciplina normativa aplicada aos atos ilícitos no Direito pátrio, que, em última análise, é o próprio fundamento jurídico para a norma legal autorizativa contida no art. 29, inciso VII, do CTB. Se não, vejamos.

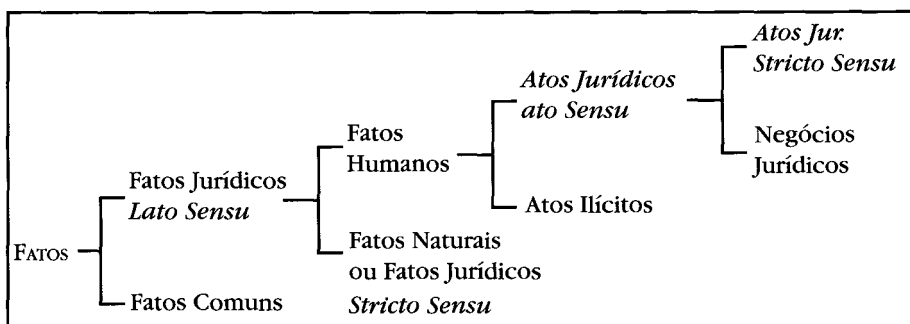
Pela Teoria Geral dos Fatos Jurídicos, classifica-se como fato jurídico *lato sensu* todo acontecimento capaz de produzir efeitos jurídicos, sendo

diferenciado do chamado fato comum, que é aquele que não interessa ao Direito.

Por sua vez, os fatos jurídicos em sentido amplo podem ser classificados em fatos naturais ou fatos jurídicos *stricto sensu*, que são aqueles fatos que não decorrem de uma ação humana, tais como o nascimento, a morte, o decurso do tempo, etc.; e fatos humanos, que, a *contrario sensu*, são aqueles que dependem da vontade humana para ocorrerem.

Os fatos humanos são divididos, por seu turno, em atos jurídicos *lato sensu*, correspondentes àqueles cujos efeitos jurídicos são pretendidos pelo(s) agente(s), quando da sua prática, subdividindo-se em atos jurídicos *stricto sensu* (perdão, confissão, etc.) e negócios jurídicos (adoção, contratos, etc); e atos ilícitos, que são aqueles fatos humanos que acarretam efeitos jurídicos involuntários, independentemente da vontade do(s) agente(s).

Esquemáticamente, a Teoria Geral dos Fatos Jurídicos pode ser assim representada:



Os efeitos jurídicos involuntários decorrentes dos atos ilícitos dependem da gravidade atribuída a eles pela sociedade, não existindo, na verdade, diferença intrínseca entre as suas 03 (três) espécies, quais sejam, os ilícitos civis, os ilícitos administrativos e os ilícitos penais.

A diferença entre eles está na forma como são sancionados pelo ordenamento jurídico, ou seja, a diferença é de ordem legal e extrínseca, não tendo relação com a essência do ato reputado ilícito. Em suma, o que os diferencia é o grau de reprovabilidade de cada um.

Neste sentido é a lição de Damásio e. de Jesus³, transcrita a seguir, *in verba magistri*:

“7. Crime e Ilícito Civil

Não há diferença substancial ou ontológica entre o ilícito penal e o civil. Em sua essência, não há diferença entre eles. A diferença é de natureza legal e extrínseca: o ilícito penal é um injusto sancionado com a pena; o civil é o injusto que produz sanções civis. Somente se atendo à natureza da sanção é que podemos determinar se nos encontramos em face de um ou de outro.

(...)

Em suma, seguindo a lição de Hungria, podemos dizer que ilícito penal é a violação do ordenamento jurídico, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é

a pena, e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, da execução forçada, da restituição in specie, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc.

8. Crime e Ilícito Administrativo

O que dissemos em relação ao ilícito civil deve ser repetido quanto ao ilícito administrativo. Não existe diferença ontológica entre eles. A diferença é de grau ou de quantidade. Reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico. Aqui também é a espécie de sanção que nos permite estabelecer se se cuida de um crime ou de um ilícito administrativo.

(...)” (grifo nosso)

Portanto, partindo-se do pressuposto de que os ilícitos penais, os ilícitos civis e os ilícitos administrativos não possuem diferença essencial, bem como de que os primeiros se constituem na espécie mais grave, por afrontarem bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, afigura-se perfeitamente possível a aplicação, por analogia, das excludentes de ilicitude, previstas no art. 23 do Código Penal, aos ilícitos administrativos, dos quais são espécies as infrações de trânsito definidas no Código de Trânsito Brasileiro.

Cumprе salientar, outrossim, que, no caso dos ilícitos civis, o Novo Código Civil⁴, assim como o revogado já o fazia, elenca expressamente as

3 JESUS, Damásio E de. *Direito Penal*, 1º v., 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 161-2.

4 Lei n. 10.406, de 10/01/2002.

hipóteses de exclusão da ilicitude no art. 188.

No que tange aos ilícitos administrativos, entretanto, há que se analisar o respectivo documento normativo. Se não houver previsão expressa de excludentes de ilicitude, abre-se a possibilidade de aplicação analógica do art. 23, como mencionado acima.

De fato, a analogia consiste na aplicação, a um caso não previsto expressamente por uma norma jurídica, de uma outra norma jurídica aplicável a caso semelhante, este sim, expressamente previsto pelo ordenamento. Ou, nas palavras de Damásio E. de Jesus, “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”⁵.

A analogia é uma das formas de integração das normas jurídicas, previstas no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”), não estando sua utilização, contudo, restrita ao âmbito do Direito Civil, como se poderia supor, uma vez que a aludida lei de introdução constitui-se em verdadeiro balizamento interpretativo para todo o sistema normativo brasileiro.

Convém gizar que a ordem prevista no dispositivo legal transcrito acima é obrigatória, de forma que não se poderá utilizar uma regra costumeira, por exemplo, se houver a possibilidade de aplicação analógica de uma norma legal.

Verificada a lacuna da lei, o intérprete deve buscar no próprio ordenamento jurídico a solução para o caso omissis, integrando-a. Portanto, a analogia não é método de interpretação de normas jurídicas, mas sim de integração, na medida em que a sua finalidade é a busca das normas implícitas no próprio sistema normativo. Ao utilizar a analogia, o operador do Direito está, na realidade, aplicando uma norma jurídica prevista implicitamente pelo sistema normativo para o caso lacunoso.

A utilização da analogia fundamenta-se na idéia de que, onde existe a mesma razão de decidir, deve-se aplicar o mesmo dispositivo de lei.

Acerca da aplicação analógica, Maria Helena Diniz⁶ aduz que:

“(..)

A analogia é, portanto, um método quase-lógico que descobre a norma implícita existente na ordem jurídica. É tão-somente um processo revelador de normas implícitas.

Requer a aplicação analógica que:

5 JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.*, p. 50.

6 DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*, 1º v., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 54-5.

1) o caso sub *judice* não esteja previsto em norma jurídica;

2) o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança;

3) o elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial, ou seja, deve haver verdadeira semelhança e a mesma razão entre ambos.

(...)” (grifo nosso)

No caso ora analisado, tem-se uma norma legal - art. 218 do CTB, em qualquer uma de suas espécies - definindo uma infração de trânsito (exceder o limite de velocidade permitido para o local), portanto, um ilícito administrativo, para o qual não é previsto, como causa de exclusão da sua ilicitude, o fato de se tratar de viatura policial em operação, admitindo-se, por óbvio, que a expressão livre circulação, contida no art. 29, inciso VII, do mesmo diploma legal, não abrange tal hipótese, ou quando se tratar de viatura “não ostensiva” sem identificação sonora e visual, como mencionado alhures.

Entretanto, quando se trata de um ilícito penal (crime), o Código Penal prevê que:

“Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

(...)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

(...)” (grifo nosso)

Assim, tomando-se por base os requisitos mencionados pela ilustre civilista transcrita acima, forçoso é concluir que o caso sub *examine* admite a aplicação analógica do disposto no art. 23, inciso III, do Código Penal. Trata-se, na espécie, de hipótese que, embora não seja prevista por norma legal, é *essencialmente semelhante* à hipótese do art. 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, tendo em vista a ausência de diferença ontológica entre os ilícitos a que se referem (administrativo e penal).

Utiliza-se, destarte, uma causa genérica de exclusão da ilicitude aplicável aos ilícitos penais, prevista legalmente, para excluir um ilícito administrativo, em razão da ausência de norma legal específica e da semelhança existente entre as hipóteses consideradas.

Destarte, em sendo comprovado que o ato tipificado no CTB foi praticado em estrito cumprimento do dever legal, o ilícito administrativo correspondente não resta configurado, sendo inconsistente o auto de infração respectivo.

Aqui cabem algumas considerações a respeito da excludente de ilicitude ora em comento. Estando o sujeito que pratica determinada conduta, tipificada como infração penal, cumprindo missão imposta pela lei, não se verifica a ocorrência desta infração, por ausência da ilicitude do fato.

Com efeito, para se caracterizar o crime (infração penal), necessário se faz que a conduta praticada pelo sujei-

to, além de estar prevista legalmente (Princípio da Reserva Legal), seja contrária ao Direito, ou seja, ilícita ou antijurídica.

Considerando-se que a previsão de determinada conduta como núcleo do tipo legal já pressupõe a sua contrariedade ao Direito, conclui-se que a exclusão da ilicitude constitui-se em exceção à regra, devendo, pois, ser expressamente prevista, como o faz o Código Penal.

Francisco De Assis Toledo⁷, ao tratar da hipótese prevista no art. 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, assevera que:

“215. Quem age em cumprimento de dever imposto por lei, não comete crime, embora esteja causando eventualmente lesão a um bem jurídico tutelado. É o que resulta da norma permissiva instituída no art. 23, III, primeira parte, do Código Penal. Assim, atuam licitamente os agentes do Poder Público que realizam prisões, arrombamento, busca e apreensão de pessoas ou coisas, portas a dentro de uma residência (CPP, arts. 6º, III, e 240, § 1º), em cumprimento de mandados judiciais. E, no desempenho de missões dessa natureza, se houver resistência, ainda que por parte de terceiros, no caso de prisão, podem os executores ‘usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência (CPP, art. 292).

(...)”

Como não há palavras inúteis na lei, deve-se ter em mente que apenas aqueles atos estritamente necessários para cumprir o dever imposto legalmente é que autorizam a exclusão da ilicitude do fato, sendo imperioso que o agente tenha o conhecimento de que está praticando o fato típico em razão de um dever legal.

Pois bem, no caso de viatura policial em operação, desde que tal fato seja devidamente comprovado pelos documentos pertinentes (registro de saída e entrada de viaturas, ordem de missão, etc.), configurada estará a hipótese de estrito cumprimento do dever legal, pela aplicação analógica da regra permissiva do art. 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal.

Ademais, se o estrito cumprimento do dever legal é causa suficiente para excluir a ilicitude de uma ação tipificada penalmente, portanto, mais grave, não seria lógico impedir a sua aplicação a um ilícito administrativo, de natureza notadamente menos gravosa. Cuida-se, neste caso, de utilização do princípio segundo o qual “*quem pode o mais, pode o menos*”.

Não há explicação racional para o fato de um integrante das carreiras do Departamento de Polícia Federal, *v.g.*, estar autorizado a “*usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência*”, quando estiver cumprindo o seu dever legal - o que pressupõe, em casos extre-

7 TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 211.

mos, a prática de atos que atentem contra a vida de outras pessoas -, mas não poder ultrapassar o limite de velocidade permitido em determinado local quando estiver conduzindo viatura policial na mesma operação, seja em perseguição ou a caminho de determinado local onde deva dar cumprimento aos ditames legais que regem a sua atividade.

Aliás, como mencionado anteriormente, a ausência de diferença ontológica entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais, bem como a existência de previsão de causas de exclusão da ilicitude destes últimos, de gravidade mais acentuada - especificamente o estrito cumprimento do dever legal -, constitui-se no fundamento jurídico para a norma contida no art. 29, inciso VII, do CTB.

Em resumo, seja com fundamento na regra permissiva do art. 29, inciso VII, do CTB, seja através da aplicação analógica do art. 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, a viatura policial que esteja sendo utilizada em operação policial, fato que deverá ser devidamente comprovado, não pratica quaisquer dos ilícitos administrativos previstos no art. 218 do CTB, não havendo consistência um eventual auto de infração lavrado nestas circunstâncias.

Cada órgão policial deve, pois, estabelecer um procedimento-padrão interno para estes casos, a fim de se informar à autoridade de trânsito competente a ocorrência da hipótese de exclusão da ilicitude da infração de

trânsito em questão, objetivando-se o arquivamento do respectivo auto de infração.

Sugere-se, então, que se crie o seguinte procedimento:

1. ao ser notificado da aplicação de multa por quaisquer das aludidas infrações de trânsito, cometida por policial conduzindo viatura policial utilizada em operação, o respectivo órgão policial deverá notificar o condutor responsável por tal viatura naquela data e horário, para que justifique a infração, juntando os documentos pertinentes;

2. após a justificação, devidamente ratificada pela autoridade superior competente, responsável pela operação, o órgão policial deverá remeter ofício à autoridade de trânsito competente, nos termos dos arts. 20, inciso III, 22, inciso VI, 23, inciso III, e 24, inciso VII, do Código de Trânsito Brasileiro, informando que o auto de infração é inconsistente, em razão da norma permissiva do art. 29, inciso VII, do mesmo diploma legal, ou, caso assim não entenda aquela autoridade, bem como na hipótese de viatura policial "não ostensiva" sem identificação sonora e visual, em razão da aplicação analógica da hipótese de exclusão de ilicitude prevista no art. 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, e requerendo, por conseguinte, o arquivamento de tal auto de infração, nos termos do art. 281, inciso I, do CTB.

Este procedimento poderá ser adotado em qualquer caso, seja qual for a autoridade de trânsito competente, que deverá ser verificada no

campo “Órgão Autuador” do auto de infração.

Cumpra salientar, outrossim, que tal procedimento deverá ser ultimado, preferencialmente, dentro do prazo legal para interposição do recurso, previsto no art. 282, § 5º, do CTB. Entretanto, o esgotamento de tal prazo não é óbice para a aplicação do art. 281, inciso I, do CTB, face à ausência de previsão legal expressa neste sentido. Além disto, a não interposição de recurso administrativo não impede a impetração de Mandado de Segurança - desde que dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/5, e que a autoridade de trânsito competente pertença a ente federativo diverso do órgão policial interessado -, nem, tampouco, de ação ordinária anulatória.

Afigura-se imperioso, também, que o órgão policial identifique, dentro do prazo de 15 (quinze) dias,

fixado pelo § 7º do art. 257 do CTB, já transcrito, o condutor infrator, mesmo antes de se aferir se a viatura policial encontrava-se em operação ou não, a fim de se evitar a aplicação da multa acessória prevista no respectivo § 8º.

Portanto, somente no caso de a infração de trânsito não estar acobertada pela excludente de ilicitude ora referida é que a respectiva multa deverá ser paga, devendo-se, por via de consequência, descontar o seu valor do condutor da viatura policial flagrada, através do procedimento administrativo pertinente, na forma da lei, caso não se cumpra, por óbvio, o prazo fixado pelo § 7º do art. 257 do CTB para a apresentação do condutor, hipótese na qual este responderá diretamente pelo pagamento da multa perante a autoridade de trânsito competente.