



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO

MARCO AURÉLIO

ILUSTRE RELATOR DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº
35

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**, regularmente habilitado como *Amicus Curiae*, por seus procuradores abaixo assinados, vem à presença de Vossa Excelência apresentar seu **Parecer**, com o objetivo de fornecer subsídios a esta Suprema Corte para o aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito da **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 35**, proposta pela Procuradoria-Geral da República.

ÍNDICE

1. Síntese do processado. A questão constitucional em discussão.
2. O que o crime previsto no art. 305 do CTB visa proteger? A sistemática dos crimes de trânsito.
3. O artigo 305 do CTB e a afronta à garantia de vedação à autoincriminação. **3.1.** Retomada histórica da garantia de vedação à autoincriminação. **3.2.** A garantia de vedação à autoincriminação na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do STF. O sentido conferido pela Corte à expressão “*direito de permanecer calado*”. **3.3.** O art. 305 do CTB é incompatível com o art. 5º, LXIII da CF. **3.4.** Encobrimento de delito anteriormente praticado vs. Exigência de comportamento pelo Estado que conduz à autoincriminação. Declarar a inconstitucionalidade não implica em reconhecer um *direito de atraparlar* a atividade investigativa ou de um *direito à fuga*. **3.5.** O direito de permanecer em silêncio após a chegada da autoridade policial no local do acidente não modifica a contrariedade do tipo penal ao art. 5º, LXIII da CF. **3.6.** Os argumentos relativos aos prejuízos à investigação ou à possibilidade da investigação favorecer o condutor do veículo. **3.7.** O argumento de que a declaração da inconstitucionalidade da norma *negaria a vontade do Parlamento*.
4. Reunião de pesquisas empíricas. A incriminação contida no art. 305 do CTB não possui efeito intimidatório. **4.1.** Funções preventivas da pena criminal e empiria. **4.2.** Pesquisas científicas relacionadas ao efeito de fuga do local de acidente. **4.3.** A realidade brasileira: não há evidências de que o Direito Penal tenha contribuído para a redução dos acidentes de trânsito.
5. Afronta do art. 305, CTB, ao princípio da proporcionalidade. **5.1.** O bem jurídico penalmente tutelado e o exame de proporcionalidade. **5.2.** Criminalização autônoma da fuga como exemplo ímpar na legislação penal. A inócua discussão a respeito de existência de *dolo* ou *culpa* na ação. **5.3.** Violação do art. 305, CTB, à proporcionalidade como proibição de excesso.

1. SÍNTESE DO PROCESSADO. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL EM DISCUSSÃO.

Em 23/09/1997 foi promulgada a Lei nº 9.503, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Referida lei contém capítulo destinado aos crimes praticados no trânsito de veículos. Dentre eles está o art. 305, que prevê pena de detenção de seis meses a um ano para o condutor do veículo que se afastar “*do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída*”.

Desde logo, diversas vozes afirmaram a inconstitucionalidade do tipo, em razão de vulneração da garantia de vedação à autoincriminação (art. 5º, LXIII da CF)¹.

¹ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Código de trânsito brasileiro: primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 61, p. 03, dez.. 1997; v. também JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito**. Anotações à parte criminal do código de trânsito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208; posicionamento semelhante de MORAES e SMANIO: “*A constitucionalidade do dispositivo é questionada, pois ninguém tem o dever de produzir provas contra si mesmo, ou auto incriminar-se*” (MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio).



Não é exagero afirmar que expressiva maioria da doutrina nacional passou a defender, nos anos subsequentes, a incompatibilidade do tipo penal com a ordem constitucional vigente².

Diversos Tribunais de Justiça Estaduais e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região declararam a inconstitucionalidade do tipo penal em sede de arguição destinada a tal finalidade³. O TJMG foi pioneiro nesse sentido (2008), tendo sido secundado pelo TJSP (2010), TJSC (2011), TRF-4 (2013) e TJRS (2013).

Os argumentos destas Cortes de Justiça tinham em comum a interpretação de que o art. 305, CTB, encontra-se em contrariedade ao art. 5º, LXIII da CF, mas esta não foi a única razão invocada. Afirmou-se também haver violação ao princípio da ampla defesa, plasmado no art. 5º, LV da CF (TJSP), ao princípio da proporcionalidade (TRF-4), além de ter sido apontado que a utilização de lei penal para assegurar responsabilização civil é problemática (TJSP), ou ainda que este modelo de

Legislação Penal Especial. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 227), embora seja notório que referidos autores alteraram suas opiniões sobre o tema (cf. RE 971959, j. em 14/11/2018). Críticas por fundamentos distintos em LUIZ FLÁVIO GOMES, para quem o tipo penal não possuiria um bem jurídico claro e serviria à tutela de obrigações de índole moral. (GOMES, Luiz Flávio. Código de trânsito brasileiro: CTB: primeiras notas interpretativas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 61, p. 4-5, dez.. 1997).

² Além dos autores acima indicados, exemplificativamente: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito Penal de Trânsito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; CANTERJI, Rafael Braude; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A Incompatibilidade Constitucional da Infração Prevista no Artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 10, n. 1039, 08 de outubro de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2CF7qpl>. Acesso em 28 de jun. 2020; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Da in(constitucionalidade) do art. 305 do CTB: decisão do STF afronta a constituição. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://bit.ly/3fYJcVA>. Acesso em: 28 de jun. 2020.

³ **TJMG**. Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0000.07.456021-0/000. Corte Superior do TJMG – Relator Des. Sérgio Resende, j. em 11/06/2008; **TJSP**. Incidente de Inconstitucionalidade nº 990.10.159020-4. Relator Des. Boris Kauffman, publicado em 14/07/2010; **TJSC**. Arguição de Inconstitucionalidade nº 2009.026222-9/0001.00. Relatora Des. Salete Silva Sommariva, j. em 08/06/2011; **TRF-4**. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004934-66.2011.404.0000/RS, Relator: Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, publicado em 25/01/2013; **TJMG**. Incidente de Inconstitucionalidade nº 70047947478, Tribunal Pleno, Relator: p/ acórdão: Des. Cláudio Baldino Maciel, j. em 24/06/2013.



criminalização afronta a garantia constitucional de que a prisão civil por dívida somente pode ocorrer em situações excepcionais, conforme art. 5º, LXVII (TJSC).

Alegando haver crescente contestação a respeito da legitimidade do preceito incriminador, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou, em 20/03/2015, Ação Declaratória de Constitucionalidade perante este Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de que a Corte declare a constitucionalidade do art. 305 do CTB. A ação foi tombada sob o número 35 (ADC 35) e distribuída ao eminente Min. MARCO AURÉLIO.

Eis as razões da PGR: (i) acidentes podem ocorrer por diversas razões, inclusive em casos fortuitos ou de força maior, de forma que a permanência no local do acidente pode constatar a *ausência* de responsabilidade penal e civil e até mesmo resultar em recebimento de reparação civil pelo motorista; (ii) o averiguado, mesmo permanecendo no local do acidente, poderá silenciar; (iii) não há que se falar na produção de provas contra o averiguado, pois incumbiria unicamente ao Estado a produção probatória; (iv) é justificável que o Estado imponha aos condutores de veículos obrigações mais gravosas do que aos cidadãos em geral, incluindo-se aí o dever “*de contribuir com as autoridades na apuração dos fatos ocorridos*”; (v) nos casos em que não há responsabilidade patrimonial, o legislador optou pela imposição de multas (vide artigos 209 e 278 do CTB), do que se infere que a PGR entende que a criminalização é devida em razão da necessidade de apuração de responsabilidade patrimonial; (vi) a norma penal favoreceria, em última análise, a própria segurança do trânsito.

Pede-se vênua para apontar fato relevante. Ao instruir a ADC, a Procuradoria-Geral da República anexou à Inicial o Procedimento Administrativo nº 1.00.000.007921/2013-71, instaurado na PGR a partir de representação de **inconstitucionalidade** de autoria do Subprocurador-Geral da República JOSÉ BONIFÁCIO



BORGES DE ANDRADA. Em 04/06/2013, o Subprocurador representou pelo ajuizamento de **Ação Direta de Inconstitucionalidade** em impugnação ao art. 305 do CTB, alcançando conclusões semelhantes àquelas delineadas pelos Tribunais que declararam a contrariedade da norma à Constituição. Destarte, não se sabe bem por qual razão, **transformou-se uma ação que inicialmente visava o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, em outra, diametralmente oposta, que se presta à declaração de sua constitucionalidade.**

Em 21/11/2018, este Instituto Brasileiro de Ciências Criminais pugnou por sua admissão como *Amicus Curiae* no presente feito, com fulcro no art. 7, § 2º da Lei nº 9.868/1999. O pedido foi concedido pelo ilustre Relator em 27/11/2018.

No ínterim entre a proposição desta ADC e o presente momento, foi julgado o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 971.959 (Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 14/11/2018, publicado em 31/07/2020), que versa sobre temática semelhante. Na ocasião, o Tribunal reconheceu, por apertada maioria, a constitucionalidade do art. 305, CTB.

Adianta-se que, ao ver deste *Amicus Curiae*, está-se diante de relevante oportunidade – agora em ação que possibilita discutir o ponto controverso abstratamente – para que este egrégio Supremo Tribunal Federal reveja a posição traçada anteriormente, fazendo prevalecer a força dos imperativos constitucionais e a **histórica posição da Corte em deferência ao princípio de vedação da autoincriminação.**

As razões vão expostas em quatro itens: (i) identificação do bem jurídico do crime previsto no art. 305, CTB, e compreensão da sistemática dos crimes de trânsito; (ii) demonstração da ofensa do tipo penal ao art. 5º, LXIII da CF; (iii) apresentação de aspectos empíricos relacionadas à verificação da capacidade da norma de determinar o comportamento de seus receptores, sob o viés da função de prevenção geral da



pena; e (iv) observação a respeito de ofensa ao princípio da proporcionalidade, visando aferir se há *proibição do excesso* ou *proibição de proteção deficiente*.

2. O QUE O CRIME PREVISTO NO ART. 305 DO CTB VISA PROTEGER? A SISTEMÁTICA DOS CRIMES DE TRÂNSITO.

O Código de Trânsito Brasileiro instituiu uma série de delitos, tratados nos artigos 302 a 312-A. Tais crimes devem ser entendidos de forma sistemática, haja vista que constituem um sistema jurídico-penal de tutela das relações advindas do tráfego de veículos. Não é possível, pois, a análise isolada do artigo objeto da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade, devendo tal norma ser cotejada com outras elencadas no CTB.

O **art. 302, caput** define como crime a prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Tem como causa de aumento a omissão à prestação de socorro à vítima (art. 302, § 1º, I do CTB).

O **art. 303, caput** pune quem pratica lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Também tem como causa de aumento a omissão à prestação de socorro à vítima (art. 303, § 1º do CTB).

O **art. 304, caput** prevê a sanção autônoma daquele que deixa de prestar socorro imediato à vítima do acidente, ou de solicitar auxílio à autoridade pública.

Finalmente, o **art. 305** sanciona aquele que se afasta do local do acidente (elemento objetivo) com a finalidade de **fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída** (elemento subjetivo).



O referido elemento normativo subjetivo prescreve que a evasão do local do acidente deve ser dar com *dolo* de evitar a responsabilização penal ou civil. **Quais seriam tais possibilidades de responsabilização?**

Para fins argumentativos, pode-se pensar em (i) responsabilidade penal de prestação de socorro a uma potencial vítima, no sentido de que o art. 305 é norma que visa incentivar a solidariedade entre os cidadãos e a alteridade para com outrem; (ii) responsabilidade penal decorrente de outros delitos quaisquer, como o de dirigir veículo sem permissão (art. 309), por exemplo; (iii) responsabilidade cível decorrente de danos à propriedade alheia.

Os argumentos favoráveis à constitucionalidade de referido delito giram em torno do primeiro argumento. Eventual mitigação do princípio de vedação à autoincriminação – como decidido no RE 971959 – somente poderia ocorrer com a finalidade de incentivar o comportamento solidário para com aquele que é acidentado no trânsito. Os demais argumentos são pouco tratados.

Todavia, os tipos penais anteriores ao art. 305 (artigos 302, 303 e 304) já são suficientes para assegurar a finalidade da norma em questão.

Note-se: **a criminalização da evasão somente poderia ter como escopo, em um Estado de Direito, se fosse meio para assegurar o oferecimento de socorro às potenciais vítimas. Esta é a única *ratio* normativa possível.**

Entretanto, o art. 304 já criminaliza a omissão de socorro e os artigos 302 e 303 possuem causas de aumento para estes casos. Se o crime é culposo (com violação de dever de cuidado) e há omissão de socorro, responde-se na forma dos artigos 302 (homicídio) e 303 (lesão corporal) com as respectivas causas de aumento; se não há culpa (o condutor não violou qualquer dever de cuidado), responde-se na forma do



art. 304. Ou seja, **não há qualquer “lacuna de punibilidade” quanto à omissão de socorro de um acidentado.**

Logo, a fuga deve ser entendida como meio para a omissão de socorro, devendo ser reconhecida a concussão nestas hipóteses (o agente foge *para* não prestar socorro). Conforme jurisprudência do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 302, 303 E 305 DO CTB. CONSUNÇÃO APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO. (...) **A Corte local considerou, na hipótese dos autos, que o crime do art. 305 da Lei n. 9.503/1997 foi meio para a incidência da causa de aumento prevista no art. 302, § 1º, inciso III, referente ao crime do art. 303, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.** (destacou-se)

(AgRg no AREsp 1258672/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018)

Essa foi, inclusive, a escolha expressa do desventurado Código Penal de 1969 (que nunca chegou a entrar em vigor), o qual deixou de criminalizar a conduta de fuga autonomamente, como lembra GERALDO PINHEIRO: *“A fuga do local do acidente, com abandono da vítima, constava da redação primitiva do código, mas a infração foi abolida pela Lei n. 6.016, de 1973, com a explicação de que a matéria estaria incluída entre as hipóteses de omissão de socorro”*⁴.

Naquele diploma, a fuga era diretamente relacionada à prestação de socorro: *“Art. 291: Causar, na direção de veículo motorizado, ainda que sem culpa, acidente de trânsito, de que resulte dano pessoal, e, em seguida, afastar-se do local, sem prestar socorro à vítima, que dele necessita”*.

Há leituras em sentido contrário, que entendem pela necessidade de criminalização autônoma da fuga.

⁴ PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Os automotores e suas implicações com o direito. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, São Paulo, n. 67, p. 9-27, jul./set.. 1981., p. 19



HELENO FRAGOSO afirmava que o referido delito tutela a **administração da justiça**, de modo que seria possível “*não fugir e não socorrer e é possível socorrer e fugir*”⁵. CUNHA e CALHAU exemplificam melhor tal hipótese: “*É possível ocorrer omissão de socorro sem fuga, quando, por exemplo, o motorista permanece no local do acidente, sem, contudo, socorrer a vítima. Nessa hipótese o condutor incorrerá nas penas do art. 304 do CTB (se agiu sem culpa no acidente) ou nas penas dos arts. 302 (homicídio culposo) ou 303 (lesões corporais culposas) do CTB, agravadas pela omissão de socorro. Por outro lado, pode haver fuga sem que haja omissão de socorro. O sujeito pode conduzir a vítima até um hospital e, sem seguida, evadir-se do local. Nesse caso, responderá apenas pelo delito de fuga (art. 305)*”⁶.

Note-se a ausência de sentido prático do argumento: (i) a hipótese de o agente permanecer no local do crime sem, contudo, prestar socorro à vítima, *quando pudesse fazê-lo*, é completamente ineficaz⁷, somente se prestando a casos movidos por crueldade ou vilania (que, a propósito, são indicativos de dolo na conduta anterior); (ii) por outro lado, a hipótese de o agente prestar socorro e, após, evadir-se do local, aponta para a conformidade da conduta ao direito, pois o agente atende ao dever de solidariedade para com outrem (pensar em sentido diverso é obrigá-lo a se autoincriminar, sem qualquer argumento razoável para mitigação ao primado constitucional).

Embora se discorde da respeitável opinião de HELENO FRAGOSO, é louvável sua clareza de **que a incriminação autônoma não se prestava à preservação da vida**

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio; D’AQUINO, Ivo; LIMA, Carlos de Araújo Lima; et al. Os Ilícitos Penais do Trânsito e Sua Repressão. Revista de **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais n. 07 e 08, 1972, p. 17. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/RDP07-08.pdf>. Acesso em 20 de mai. 2020.

⁶ CALHAU, Lélío Braga; ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Crimes de Trânsito**. 2ª Edição. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

⁷ Afinal, se o agente deixa de prestar socorro porque está em estado de catatonia, ou porque não possui conhecimento ou meios para tanto, ou ainda porque necessitaria se colocar em risco pessoal para fazê-lo, não há tipicidade da conduta.



humana, mas à tutela da administração da justiça⁸, um bem jurídico de menor hierarquia no ordenamento jurídico-penal.

A partir da exposição deste grande penalista nota-se **que a norma serve tão somente à atribuição de responsabilidade civil ou penal e não à defesa da vida e integridade física.**

Este entendimento não é unânime na doutrina, havendo ainda autores que, data vênia, confundem o delito de omissão de socorro com a de evasão do local do acidente⁹.

O segundo argumento seria o de que o art. 305 do CTB visa à responsabilização do agente por outros delitos que não os de omissão de socorro. Tal hipótese é plausível, conforme o raciocínio apresentado anteriormente. As questões que surgem dizem respeito, então, à contraposição entre **a vedação à autoincriminação**, de um lado, e **a existência de um tipo penal que sanciona a não colaboração com a investigação criminal**. A questão deverá ser resolvida, conforme exposição que vai adiante, pela afirmação da inconstitucionalidade do tipo penal, por

⁸ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes do automóvel. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 83-99, abr./jun.. 1963, p. 88: “O que se observa, porém, é que a fuga do motorista não tem sua objetividade jurídica no interesse da preservação da vida humana ou da incolumidade da pessoa, **sendo essencialmente incriminada porque perturba a ação da justiça, dificultando o esclarecimento do fato e a efetivação da responsabilidade jurídica (civil e criminal) do causador do acidente**”.

⁹ PACELLI e FISCHER, a nosso ver, equivocam-se quando asseveram que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 305 do CTB, estaria afirmando a *existência de um direito à omissão de socorro*: “Causa-nos profunda estranheza e pesar – por que não dizê-lo – recente decisão de Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Arg. Incons. 990.10.1590204 – 2010), no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – afirmando, então, a suposta existência de um direito à omissão de socorro, que estaria legitimado pela finalidade de se evitar a autoincriminação” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, item 187.3). Como afirmado, declarar a inconstitucionalidade do art. 305, CTB, não implica alteração do *status* jurídico do art. 304, bem como das causas de aumento relativas à omissão de socorro contidas nos artigos 302 e 303. Afinal, como bem expõe FRAGOSO, os bens jurídicos tutelados pelas normas são distintos.



ofensa ao art. 5º, LXIII, da CF e pela violação da norma ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, no terceiro argumento, em que a norma penal busca a responsabilização do condutor de veículo para apuração de danos cíveis, a ilegitimidade do tipo penal parece nítida. Incriminar com pena restritiva de liberdade aquele que nega submeter-se à identificação para reparação de alegados danos cíveis causados a outrem **corresponde a verdadeira possibilidade de se imputar prisão civil por dívida**¹⁰, o que evidentemente conflita com o art. 5º, LXVII da CF, na conformidade do paradigmático julgamento do RE 466.343¹¹. Salvo a exceção prevista constitucionalmente, lembra o Min. CÉZAR PELUSO no referido precedente que a dívida pecuniária *“recai sobre o patrimônio, nunca sobre o corpo, sobre a pessoa do devedor”*.

Sobre o tema, importante a manifestação do Subprocurador-Geral da República, BONIFÁCIO DE ANDRADA, no procedimento que visava instaurar ADIn em relação à norma penal: *“admitido o crime de fuga, em acidente sem vítima (para fugir à responsabilidade civil), na realidade estaria o cidadão sujeito à prisão, por tentar esquivar-se da responsabilidade em acidente de trânsito do qual resulta apenas dano material por ato culposo”*¹²

¹⁰ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Código de trânsito brasileiro: primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 61, p. 03, dez.. 1997

¹¹ “EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008).

¹² Peça 02 destes autos, p. 08.



3. O ARTIGO 305 DO CTB E A AFRONTA À GARANTIA DE VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO.

3.1. Retomada histórica da garantia de vedação à autoincriminação.

A garantia de vedação à autoincriminação, universalizada a partir do brocardo *nemo tenetur se detegere*, é, segundo FERRAJOLI, “a primeira máxima do garantismo processual acusatório”, de modo que se impõe, como consequência direta de sua adoção pelos ordenamentos jurídicos modernos, uma série de proibições ao Estado em relação ao cidadão, dentre elas a obrigação de responder a verdade quando interrogado¹³.

Referida garantia surgiu anteriormente às demais por ser capaz de responder a um grave problema de seu tempo, relacionada aos meios excruciantes utilizados em interrogatórios para a finalidade de apuração da verdade e expiação dos pecados, no que se incluíam toda uma ampla diversidade de formas de tortura. Nesses procedimentos, os acusados eram impelidos a confessar seus crimes. Com enorme esforço (e sangue) de homens e mulheres, por gerações a fio, percebeu-se que tais métodos de investigação eram incompatíveis com a civilidade que se almejava às sociedades de então.

É assim que, desde HOBBS, em 1642, já se afirma que o acusado não pode ser obrigado a se autoincriminar: “ninguém está obrigado, por pacto algum, a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro, cuja eventual condenação vá tornar-lhe a vida amarga”¹⁴. JANINE RIBEIRO, em comentários à obra do filósofo inglês, contextualiza

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 486.

¹⁴ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução, apresentação e notas: Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49-50; A respeito do direito de mentir sob tortura, diz HOBBS: “Tanto faz que a pessoa sob tortura responda a verdade ou minta, ou mesmo que não diga nada – tudo o que ela fizer, ela tem o direito de fazer” (*Ibidem*, p. 50).

referida posição, afirmando que para HOBBS, como o homem tem o direito incondicionado de defender a sua vida, ele não pode ser impelido a depor contra si mesmo¹⁵.

BECCARIA expunha, em 1764, a incompatibilidade entre o dever de falar a verdade e os sentimentos naturais do homem, associando referido dever a obrigações de caráter moral, vinculadas aos valores cristãos¹⁶. O discurso hegemônico, àquele tempo, afirmava que é exigível dos homens que confessem seus delitos, que sempre falem a verdade, que contribuam para a imposição de pena contra si próprios.

Então se pergunta BECCARIA: **como é possível exigir dos homens que contribuam para a sua própria destruição, que concorram à própria ruína, que se desapossem de amor-próprio e de seus meios de defesa, despertando o ódio heroico de si mesmos e obrigando-os a se tornarem mártires?**¹⁷ Ora, tais deveres são

¹⁵ Conforme JANINE RIBEIRO: *“Nessa época há uma polêmica na Inglaterra sobre a questão de ser, ou não, lícito convocar um suspeito depor sob juramento acerca das acusações que lhe são feitas. Este é um procedimento corrente nos tribunais da Europa continental (e católica), adotado pela Inquisição, e que justamente dá nome a essa corte religiosa: se a pessoa mentir, ela comete um crime a mais, além do que já praticou. Faz parte dessa mesma lógica o eventual recurso à tortura, para forçar o réu à confissão. (...) O direito inglês, contudo, não comporta esse procedimento. E, no caso de Hobbes, como ele reconhece como direito incondicionado do homem o de defender sua vida, não pode entender que seja obrigado a depor contra si mesmo. O soberano pode impor-lhe a tortura, mas ele não está obrigado a interiorizar a culpa ou a censura que lhe for infligida”* (Ibidem, p. 363).

¹⁶ Diz BECCARIA, em brilhante passagem: *“Uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir para a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens, quando fala o interesse. (...) As questões celestes são regidas por leis inteiramente diferentes das que regem as questões humanas. E por que razão comprometer umas com as outras? Por que razão colocar o homem na terrível contradição de faltar para com Deus, ou de concorrer à própria ruína? **A lei que obriga a tal juramento ordena que o homem seja ou mau cristão ou mártir**”* (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 78).

¹⁷ Como elabora o autor iluminista, em tom irônico, a respeito da tortura: *“A lei que ordena a tortura é uma lei que diz: Homens, resisti à dor, e se a natureza criou em vós um inextinguível amor-próprio, se ela vos deu o direito inalienável de vos defenderdes, desperto em vós o sentimento contrário, o ódio heróico de vós mesmos, e ordeno que sejais vossos próprios acusadores e que digais a verdade ainda que vos dilacerem os músculos e vos quebrem os ossos”* (ibidem, p. 75).



inexigíveis em um Estado que estabelece a separação entre obrigações *morais* e obrigações *legais*.

Tais considerações, por mais que hoje pareçam óbvias, servem para recordar o conteúdo do *nemo tenetur*: **ninguém é obrigado a virar mártir, agindo contra si próprio, para corresponder a quaisquer expectativas sociais, sejam elas morais ou estritamente religiosas**¹⁸. Afinal, ficou no passado o tempo da inquisição e da imposição de pena como forma de expiação de pecados.

Nesse sentido, afirmou CASTANHEIRA NEVES em 1968: *“O que ninguém hoje exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora”*¹⁹.

3.2. A garantia de vedação à autoincriminação na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do STF. O sentido conferido pela Corte à expressão “direito de permanecer calado”.

¹⁸ PUPPE relaciona tais exigências de cumprimento de obrigações morais junto à comunidade com governos autoritários: *“(...) é uma das características das modernas ditaduras da atitude moral (Gesinnungsdiktaturen) partir do primado de um sublimado ideal de pertinência ao partido ou à comunidade, para sacrificar, humilhar e punir arbitrariamente o cidadão porque não logra satisfazer tão elevadas exigências”* (PUPPE, Ingeborg *apud* ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 123). E ainda BOTTINO, para quem a garantia de proibição à autoincriminação: *“é o reconhecimento de que não se pode exigir do indivíduo um comprometimento com a busca da verdade e a realização da justiça penal pelo Estado maior que o comprometimento que tem com sua própria liberdade (...) não há que se exigir que o compromisso moral do indivíduo com uma visão coletiva de sociedade ultrapasse o senso de autodefesa que se manifesta em situações como essa”* (BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p, 575).

¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António, **Sumários de processo criminal (1967-1968)**. Coimbra: s. ed. (datilografados por João Abrantes e policopiados), 1968, p. 176. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/9478.pdf>. Acesso em: 27 de jun. 2020.



Nesse longo e doloroso processo, desenvolve-se a garantia de vedação à autoincriminação, prevista no art. 5º, LXIII da Constituição Federal (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”). O mesmo direito foi antes estabelecido no art. 14.3, g do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁰ e no art. 8.2, g da Convenção Americana de Direitos Humanos²¹.

A garantia do *nemo tenetur se detegere* é gênero do qual o direito ao silêncio é espécie, sendo derivada da presunção de inocência e do devido processo legal²². A consolidação desta garantia somente foi possível com a alteração da compreensão acerca do papel do indivíduo no processo penal, que **deixa a posição de objeto do processo para dele se tornar sujeito**²³.

Sedimentada a indispensabilidade de tal garantia, a discussão nas últimas décadas diz respeito com sua definição e compreensão de seu alcance²⁴. Sua manifestação não se limita às hipóteses em que se encontra instaurada investigação

²⁰ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (internalizado pelo Decreto nº 592/1992). Artigo 14.3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

²¹ Pacto de San José da Costa Rica (internalizado pelo Decreto nº 678/1992). Artigo 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

²² Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 193. Há de se reconhecer a existência de leituras diversas a respeito da matriz axiológica de referido princípio.

²³ Conforme percutiente manifestação de BOTTINO: “Quando um Estado sucumbe à tentação autoritária de buscar o conhecimento dos fatos e a prova do crime por meio do indivíduo acusado no processo, **o homem é reduzido à condição de objeto dos processos e ações estatais**, deixando em segundo plano a proteção de vários direitos ligados à dignidade humana” (BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p, 567). Igualmente em GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 195.

²⁴ ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 127.



criminal ou extrapenal, posto que é legítimo o interesse de obstar a instauração de investigação ou processo penal²⁵. Segundo QUEIJO, **havendo nexó direito entre a incriminação e o comportamento solicitado pela autoridade, incide a vedação à autoincriminação, o direito de recusar a colaboração com a investigação**²⁶.

Para GIACOMOLLI o *nemo tenetur* engloba a negativa em declarar, além de condutas ativas, passivas, de invasividade interna e externa. O ponto comum entre tais âmbitos de proteção é a exigência de *voluntariedade* da contribuição do suspeito, de forma que, não sendo a contribuição voluntária, independentemente do nível de invasividade da mesma, há afetação à garantia de vedação à autoincriminação²⁷.

Nessa discussão, ganha proeminência o papel do Supremo Tribunal Federal de nossa República, responsável, após a redemocratização, por conferir sentido ao referido princípio que em muito supera seu significado literal, bem como a interpretação aportada por outras cortes internacionais e supranacionais²⁸. Por tais razões, BOTTINO considera haver verdadeira “*doutrina brasileira do direito ao silêncio*”, à semelhança da consagrada doutrina brasileira do *habeas corpus*²⁹.

O autor, que analisou todos os precedentes do STF sobre o tema de 1988 a 2007, concluiu que, para a Corte, o *direito de permanecer calado* (conforme a redação constitucional), compreende:

²⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 477.

²⁶ *Ibidem*, p. 475.

²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 193.

²⁸ BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 567.

²⁹ *Ibidem*, p. 576.



“A inexigibilidade de colaboração com a investigação (recusa de participar de reconstituição do crime, de fornecer material para exame grafotécnico ou de padrão vocal) e, inclusive, **a possibilidade de opor-se à ação estatal que visa à sua responsabilização criminal** (negando falsamente a prática do crime ou imputando falsamente sua autoria a outrem, cuja punibilidade esteja extinta ou, ainda, fornecendo material gráfico deliberadamente falso, visando prejudicar as conclusões do exame pericial)”³⁰ (grifou-se)

Há de se fazer um registro. A nosso sentir, a postura desta Corte nos últimos trinta e dois anos acerca da temática, especialmente a partir das inestimáveis contribuições deste Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, e do Decano do Tribunal, Ministro CELSO DE MELLO, são extremamente louváveis e necessárias em um país tão violento nas relações autoridade-indivíduo como o nosso³¹. É **motivo de orgulho** que tenhamos construído um modelo *liberal de resistência* aos discursos autoritários que insistem em exigir a participação e colaboração do investigado em seu próprio martírio³². Tal qual os Estados Unidos conduziram referida garantia a outro patamar nos anos 1960 e 1970, sendo *Miranda v. Arizona* (1966) o mais paradigmático precedente deste período, marcado pela luta em torno dos direitos civis naquele país, o Brasil avançou ainda mais neste processo. Não há que se falar em excessos na

³⁰ *Ibidem*, p. 598.

³¹ Por todos, CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. Editora Saraiva, São Paulo, 2015.

³² Dentre os principais julgados que conferiram ao *nemo tenetur* a extensão de que hoje goza: **HC 68742**, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991; **HC 68929**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 22/10/1991; **HC 69026**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991; **HC 72815**, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 05/09/1995; **HC 73035**, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/1996; **HC 77135**, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998; **HC 79244**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2000; **HC 79589**, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2000; **HC 79781**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 18/04/2000; **HC 83096**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/11/2003.



interpretação do *nemo tenetur*³³, mas em correta identificação do conteúdo do princípio à luz da realidade nacional.

3.3. O art. 305 do CTB é incompatível com o art. 5º, LXIII da CF.

Após essa introdução acerca da garantia da proibição de autoincriminação, explicita-se sua relação ao tipo penal descrito no art. 305 do CTB. Entende-se que o tipo penal é incompatível com a ordem constitucional vigente, especialmente com o art. 5º, LXIII da CF.

Explicam-se as razões. Nos termos de ALBIN ESER, o arguido tem o direito de decidir não somente *se*, mas como deseja se manifestar a respeito da investigação³⁴. Assim, a obrigação de permanência no local do acidente configura-se como medida inexigível do cidadão³⁵, posto que ninguém deve ser compelido a participar de qualquer atividade do interesse da investigação que possa, futuramente, prejudicar sua defesa³⁶, bem como *não pode sofrer qualquer prejuízo*, muito menos a imposição de sanção criminal autônoma, decorrente da omissão em colaborar com a atividade

³³ Expondo que a histeria punitiva contemporânea que confere, incorretamente, ao princípio do *nemo tenetur* caráter de promotor de “impunidade” no âmbito penal, v. FRANÇA, Leandro Ayres; MARQUES, Maira da Silveira. O princípio da não autoincriminação. **Revista Liberdades**. n. 21, jan./abr. 2016. p. 80-90.

³⁴ ESSER, Albin *apud* ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 122.

³⁵ Afirmou NUCCI, em manifestação largamente reproduzida: “*Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contrária, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – nemo tenetur se detegere. (...) Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se auto-acusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou*” NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1116.

³⁶ SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 430. Bem como LOPES JR., para quem o investigado pode se negar a dar “*a mais mínima contribuição*” para a atividade persecutória (LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 314).



investigativa³⁷, garantias que devem ser compreendidas como produto do exercício da autodefesa, que se manifesta na faculdade de *resistência pessoal* do indivíduo à pretensão estatal³⁸.

Não há dúvidas quanto à **presença de nexo de causalidade entre o comportamento exigido pela autoridade (permanência no local do acidente) e a incriminação do condutor do veículo**. Afinal, ao ser obrigado a ali permanecer, o condutor colabora com a investigação ao permitir sua identificação, da placa de seu veículo e de outras eventuais características relevantes à sua responsabilização criminal ou cível. Como afirma SCHMITT DE BEM: *“Penso que mascara a realidade afirmar que o fato de o agente ser obrigado a permanecer no local não se aproxima à confissão de autoria de crime nem mesmo à admissão da existência do próprio crime. Poderia cogitar-se, inclusive, que eventual permanência ensejaria uma reprodução simulada da reconstituição dos fatos, e, por isso, torna-se absolutamente inaceitável”*³⁹.

Assim, a situação em comento parece se alinhar à feição do princípio de vedação à autoincriminação que exprime a *possibilidade de opor-se à ação estatal que visa à sua responsabilização criminal* (cf. BOTTINO, supra). Nesse sentido, por exemplo, é impune, e impassível de constituir razão para agravamento de pena, a conduta do agente que nega falsamente a prática de crime⁴⁰ ou que se utiliza de malícia objetivando prejudicar a confecção de laudo pericial⁴¹. Evidente, pois, que **a garantia prevista no art. 5º, LXIII da CF não compreende somente a possibilidade de silenciar, mas também a faculdade de se opor à persecução**. Decidir em sentido contrário, com

³⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 640.

³⁸ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 313.

³⁹ BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito Penal de Trânsito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁰ **HC 72815**, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 05/09/1995

⁴¹ **HC 83960**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005.



o devido acatamento, corresponderia à desconstrução das relevantes premissas traçadas ao longo das últimas três décadas nesta matéria.

3.4. Encobrimento de delito anteriormente praticado vs. Exigência de comportamento pelo Estado que conduz à autoincriminação. Declarar a inconstitucionalidade não implica em reconhecer um *direito de atrapalhar a atividade investigativa* ou de um *direito à fuga*.

Necessário enfrentar o argumento de que admitir que o art. 305, CTB, afrontaria o *nemo tenetur se detegere* incorreria em reconhecer que a garantia de vedação à autoincriminação englobaria o “*direito de atrapalhar o Estado*”⁴²

Nos casos de fuga do local do acidente, independentemente das razões que orientam tal conduta, há como consequência a **recusa em participar da investigação**. Nessa seara, devem ser distinguidas as hipóteses em que (i) o agente pratica novo delito para encobrir a prática de crime anterior, sem que tenha havido solicitação de qualquer informação ou colaboração por parte do Estado; daquela em que (ii) o agente praticou anteriormente o delito e o Estado exige sua colaboração com a investigação. Na primeira hipótese há temor genérico de revelação de crime anteriormente praticado; na segunda, risco concreto de autoincriminação mediante colaboração com as autoridades⁴³.

Quer-se dissociar as condutas, no primeiro caso, por exemplo, de ocultação de cadáver, em que a ação presta-se a dificultar a responsabilização penal, embora não haja qualquer comportamento solicitado pela autoridade; das ações, no segundo

⁴² Argumento presente na manifestação do Senado Federal, Peça 15 destes autos.

⁴³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 475-476.



caso, de permanência no local do crime, pois aqui se exige um comportamento colaborativo do indivíduo para com a investigação. Ainda há outra diferença nos cenários acima expostos: no primeiro, ainda que o comportamento do agente embarace a investigação, dele não decorre a incriminação do investigado; no segundo, a (auto) incriminação é certa.

Assim, sem razão a invocação de que se estaria legitimando o *direito de atrapalhar* a investigação, pois apenas decorre da declaração de inconstitucionalidade o reconhecimento de que *não há o dever de colaborar com a investigação se isso representar a autoincriminação do agente*, concretizando situação manifestamente distinta.

A partir destas considerações é possível concluir que haveria, então, um direito subjetivo à fuga? Não, em definitivo. Traçando paralelo com a situação aqui analisada, observa-se a posição de BADARÓ, para quem *não há um direito de mentir*, mas deve ser reconhecida a *irrelevância jurídica da mentira*⁴⁴. Logo, também aqui, deve-se afirmar que **não há um direito subjetivo de fugir**⁴⁵, **mas é necessário declarar a irrelevância jurídica da fuga**.

3.5. O direito de permanecer em silêncio após a chegada da autoridade policial no local do acidente não modifica a contrariedade do tipo penal ao art. 5º, LXIII da CF.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 446.

⁴⁵ PACELLI posiciona-se em consonância com tal ideia, apesar de concluir em sentido diverso ao deste *Amicus Curiae* a respeito da constitucionalidade da norma em questão: “*Tais ações, quando muito, e sempre condicionada às circunstâncias concretas de cada situação e agente, poderão ser justificadas, isto é, toleradas, tal como ocorre, por exemplo, com o estado de necessidade. Não qualificam, porém, direito subjetivo*” (PACELLI, Eugênio. Breves notas sobre a não autoincriminação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 222, p. 4-5, mai. 2011). No mesmo sentido: HONORATO, Cassio Mattos. Impactos das normas constitucionais sobre o teste randômico do etilômetro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 958, p. 169-229, ago. 2015.



Afirma-se com frequência que a garantia de proibição à autoincriminação é resguardada mesmo com a exigência de permanência do agente no local do acidente, sob o argumento de que este não é obrigado a falar quando da chegada de autoridade investigativa⁴⁶.

Como já exposto anteriormente (item 3.3, *supra*), a exigência do Estado para que o agente permaneça no local viola *per se* a garantia insculpida no art. 5º, LXIII da CF, não importando se o agente irá, posteriormente, calar-se em relação aos fatos. Afinal, se irá permanecer em silêncio, não precisaria sequer permanecer no local para tal finalidade. Paradigmática, nesse sentido, o julgamento das ADPF 395 e 444, que declararam que a exigência de presença do investigado em interrogatório, mediante condução coercitiva, afronta à garantia de proteção à autoincriminação, possuindo o investigado o *direito de se ausentar* ao ato. A percepção de que o acusado poderia sofrer a condução coercitiva, mas, mesmo assim, permanecer em silêncio, foi aventada no julgamento das ações, todavia, tal compreensão **não prevaleceu** nos referidos precedentes, formando-se maioria em sentido contrário. Confira-se trecho da ementa da ADPF 444:

“(…) Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito

⁴⁶ Sobre este aspecto, no julgamento do RE 971959: “A exigência de permanência no local do acidente e de identificação perante a autoridade de trânsito não obriga o condutor a assumir eventual responsabilidade cível ou penal pelo sinistro nem, tampouco, enseja que contra ele se aplique qualquer penalidade caso não o faça. O condutor, após sua identificação pela autoridade de trânsito, pode optar, quando indagado, por permanecer em silêncio e não prestar nenhum esclarecimento acerca das circunstâncias do acidente” (Informativo 932/STF). Nesse sentido, anteriormente: HC 137.340/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011.



à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado (...). **A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.** 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que **o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato**, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP.”

(ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, destacou-se)

Ademais, já se delineou que a mera presença do acusado no local do fato traz prejuízos ao exercício de sua autodefesa, posto que, ao menos, conduz à sua identificação, da placa de seu carro e de outros caracteres relacionados ao acidente. Sobre o tema, manifestou-se o TJSC: *“Ora, a mera permanência no local do fato já é suficiente para prejudicar o acusado, sendo que inexistente qualquer sentido do ponto de vista penal, senão moral/cívico, em impor a sua permanência, se - como alegam aqueles que defendem dita criminalização - não será obrigado a colaborar com o esclarecimento/apuração do ocorrido”*⁴⁷.

Logo, a manifestação ou sua ausência após a chegada de autoridade ao local do fato não modifica a concretização de violação ao *nemo tenetur*.

3.6. Os argumentos relativos aos prejuízos à investigação ou à possibilidade da investigação favorecer o condutor do veículo.

Outros dois argumentos merecem refutação, relativos à investigação posterior realizada no local do acidente. A primeira é a alegação de que a fuga prejudica a investigação. A segunda de que a investigação pode beneficiar o condutor,

⁴⁷ TJSC. Arguição de Inconstitucionalidade nº 2009.026222-9/0001.00. Relatora Des. Salete Silva Sommariva, j. em 08/06/2011.



seja reconhecendo sua ausência de responsabilidade, seja reconhecendo seu direito à indenização.

Sobre o primeiro aspecto, rememora-se que compete ao Estado a apuração de fatos potencialmente criminosos, não sendo exigível, em qualquer circunstância, que o cidadão colabore com investigação que correrá contra si próprio. Afinal, “*o agente nada deve ao Estado para facilitar a apuração dos fatos e para a sua própria incriminação*”⁴⁸. Ademais, como assevera MAGALHÃES GOMES FILHO, o direito à produção de prova relativa aos órgãos de persecução do Estado não pode a ela conferir prerrogativa sobre o corpo e autonomia de outrem⁴⁹.

O TJSP ressaltou a obrigação do Estado (e não do particular) em realizar a devida investigação criminal: “*Obrigar o causador do acidente a permanecer no local para ser identificado e responsabilizado penal ou civilmente, é obrigá-lo a se auto-incriminar, comportamento inexigível para qualquer outro crime, ainda que mais grave, não importando que com isto, haja maior dificuldade na identificação de quem provocou o acidente*”⁵⁰.

Com maior razão, a percepção de que o agente não pode se colocar em situação em que esteja ao *bel prazer* de seus investigadores decorre da compreensão moderna de que o investigado/acusado somente pode ser enxergado como sujeito do processo penal, e não como seu mero objeto (cf. CASTANHEIRA NEVES, *supra*).

Quanto ao segundo argumento, permanecer no local do acidente para se beneficiar ou ver reconhecida a ausência de responsabilidade sobre as consequências

⁴⁸ TJMG. Incidente de Inconstitucionalidade nº 70047947478, Tribunal Pleno, Relator: p/ acórdão: Des. Cláudio Baldino Maciel, j. em 24/06/2013

⁴⁹ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 119.

⁵⁰ TJSP. Incidente de Inconstitucionalidade nº 990.10.159020-4. Relator Des. Boris Kauffman, publicado em 14/07/2010.



somente pode ser entendido como uma *faculdade* do agente, mas nunca uma *exigência*. Aliás, como apontado acima, é de se estranhar a imposição de um tipo penal para tutelar a responsabilidade civil decorrente de sinistro relacionado ao trânsito de veículos.

3.7. O argumento de que a declaração da inconstitucionalidade da norma negaria a vontade do Parlamento.

Aponta-se, por derradeiro, que a descriminalização da norma em estudo *negaria a vontade do Parlamento*, visto que a conduta seria criminalizada em razão da busca constitucional por uma sociedade solidária⁵¹ (art. 3º, I da CF).

Duas razões nos parecem infirmar esta posição.

Primeiramente, trata-se da construção de uma falsa dicotomia, dado que o *dever de solidariedade* decorre da *prestação de socorro* àquele que se acidentou e não da mera permanência no local do acidente (basta pensar na hipótese daquele que permanece no local, mas não presta socorro; ou daquele que presta socorro para logo depois evadir-se do local). Reitera-se: o art. 305 do CTB não tutela a integridade física dos envolvidos em acidente de trânsito, mas somente o interesse do Estado no desenvolvimento da atividade investigativa.

Em segundo lugar, não se evidencia possível afirmar negação à vontade do Poder Legislativo, posto que o exercício do controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais pressupõe a prerrogativa desta Corte Suprema em definir por último quais normas infraconstitucionais estão e quais não estão em compatibilidade

⁵¹ Leia-se: “Além disso, descriminalizar o crime de fuga significaria efetivamente negar a vontade do Parlamento. Essa conduta é criminalizada porque a Constituição promete, em nome do povo, uma sociedade justa e solidária, o que não poderia ser garantido caso afastada a juridicidade de uma conduta de quem abandona o local do acidente para fugir à responsabilidade penal e civil”.



com a Constituição, o que não implica em *negar vontade* a outro dos poderes, mas em fazer valer o desenho institucional de separação de poderes traçados em nossa Constituição. Dito de outra forma, não é por que se declara uma norma infraconstitucional incompatível com a Constituição que se está negando a vontade do Parlamento; afinal, este é, tão somente, o modelo político-constitucional que adotamos.

4. REUNIÃO DE PESQUISAS EMPÍRICAS. A INCRIMINAÇÃO CONTIDA NO ART. 305 DO CTB NÃO POSSUI EFEITO INTIMIDATÓRIO.

4.1. Funções preventivas da pena criminal e empiria.

A função de prevenção geral da pena baseia-se na ideia de que cabe ao Direito Penal intimidar os destinatários da norma (prevenção geral negativa), transmitindo o real sentido do comportamento estimulado pela ordem jurídica e promovendo *fidelidade ao direito* (prevenção geral positiva).

Todavia, **se a função preventiva pressupõe intimidar a realização de um comportamento ou promover sua observância na sociedade, deve ser empiricamente comprovado que a existência da norma incriminadora é capaz de produzir tais efeitos⁵²**, sob pena de a justificação do caráter intimidatório ou pedagógico da incriminação se tratar de mera abstração, de sorte que a pena pôr-se-á no sistema normativo por finalidade meramente retributiva.

⁵² Consideração em semelhante direção é realizada por Luís Roberto Barroso ao prefaciar a obra “O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil”, de Ademar Bordes de Sousa Filho. Diz o Min. BARROSO: “O conhecimento empírico, tão menosprezado no Brasil, é particularmente valioso para o direito penal, que produz consequências diretas e relevantes na vida das pessoas” (Disponível em <https://bit.ly/2BkJxme>. Acesso em 18 de jun. 2020).



HASSEMER sempre delineou a importância da utilização de demonstrações empíricas no Direito Penal, justamente para evitar a incursão nos discursos legitimadores da incriminação por critérios meramente dedutivos (em um processo de autolegitimação). Assim, para ele as teorias da pena dependem “*insistentemente de verificação empírica: (...) sem eficácia não há justificação*”⁵³.

GÜNTHER aduziu em igual sentido que o caráter intimidatório da pena deve ser avaliado individualmente, pois “*cada caso de comportamento desviante precisaria ser identificado e sancionado e os efeitos negativos da sanção precisariam ser experimentados mais intensamente do que os efeitos positivos da possível conduta desviante*”⁵⁴.

Portanto, como afirma FERRAJOLI, **a justificação da pena não pode se dar em abstrato, mas somente em concreto**, como critério de verificação negativo da legitimidade do Direito Penal enquanto instrumento de controle social, posto que a segurança e liberdades do cidadão são atingidas não somente pelos delitos, mas usualmente (e em maior medida) pelo aparato interventivo penal⁵⁵

Tais considerações se coadunam com a adoção de um Direito Penal subsidiário e fragmentário no marco de um Estado Social, o qual, como lembra MIR PUIG, não pode considerar legítima uma incriminação fundada somente na tentativa

⁵³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 427.

⁵⁴ GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. Tradução Flávia Portella Püschel. São Paulo: **Revista Direito-GV**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2006, p. 194.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 45-47.



de forjar uma consciência jurídica de adesão interna dos cidadãos, por mais bem intencionada que esta seja esta estratégia⁵⁶.

SALVADOR NETTO destaca que a norma sancionatória penal, por sua violência intrínseca, possui funções distintas das normas cíveis, que buscam a reparação do dano, e as normas administrativas, que intentam a eliminação das fontes de perigo. **A sanção penal, portanto, não pode se contentar com meras justificativas normativas internas a seu sistema, senão deve observar os conteúdos empíricos e sociais decorrentes de sua aplicação, buscando uma legitimidade externa a seu sistema,** para que se alcance um *conceito material de delito*. A consequência da adoção de um critério puramente formal de Direito Penal, que entende que toda violação de dever precisa conduzir à imposição de pena, é enxergar na sanção penal o “*único fator de motivação*” dos cidadãos⁵⁷, o que não nos parece adequado.

Necessário avaliar, portanto, se o delito contido no art. 305 do CTB é capaz de incutir na sociedade fator intimidatório ou de fidelidade ao direito. Para tanto, valer-se-á dos avanços científicos, mormente no campo da psicologia, para diagnosticar a veracidade ou inveracidade de tal assertiva.

4.2. Pesquisas científicas relacionadas ao efeito de fuga do local de acidente.

Diversas pesquisas científicas buscaram compreender as razões que levam condutores a evadirem do local do acidente de trânsito. Tais pesquisas, em geral, se

⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. . In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 57.

⁵⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p, 159.



localizam no âmbito da psicologia forense e encontram-se concentradas em produções em língua inglesa⁵⁸.

SELLING foi pioneiro em tais pesquisas, tendo escrito em 1941 sobre a psicopatologia do motorista que bate e foge (*hit-and-run driver*). Àquele tempo, associou o comportamento de fuga a tendências antissociais do indivíduo, como egocentrismo, “deficiência mental”, psiconeuroses, ansiedade etc., registrando que apenas 2% das pessoas observadas estavam livres de qualquer padrão desviante⁵⁹. Tal visão do indivíduo como portadora de personalidade desviante foi, em grande medida, superada com o avanço científico.

DALBY e NESCA, por sua vez, expõem que os condutores de veículos tomam a decisão quanto à fuga de forma irrefletida, em estado de pânico, havendo uma evidente ausência de vontade em cometer eventual delito, pois **o agente em geral sucumbe à reação de fuga como consequência direta da descarga adrenérgica que ocorre em tais situações**⁶⁰ Segundo os pesquisadores, justificativas comuns para a realização da fuga incluem: (i) a ausência de conhecimento de que um acidente ocorreu; (ii) estados de automatismo causados pelo choque da situação; (iii) decisão racional de não parar por receio de represálias; (iv) insuficiente capacidade de reflexão causada por lesões na cabeça decorrentes do acidente.⁶¹

⁵⁸ Infelizmente, não foram identificadas pesquisas brasileiras sobre esta questão, embora tal fato não comprometa de modo algum as conclusões alcançadas a partir da análise dos trabalhos abaixo discriminados.

⁵⁹ SELLING, L. S. The psychopathology of the hit-and-run driver. **American Journal of Psychiatry**, 98(1), 1941, p. 93.

⁶⁰ No original: “The decision to flee or remain is then determined by the outcome of this analysis. In our experience, these individuals tend to present as normal people (i.e., free of mental illness) who panic and flee without reflection on their decision or become overwhelmed by the prospect of a criminal record. **They clearly lacked intent to commit a crime and often succumb to the adrenaline response that can lead to a flight response**” (DALBY, T.; NESCA, M. The Psychology of Hit-and-run. **Law Enforcement Executive Forum**, 8(5), 2008, p. 52-53).

⁶¹ *Ibidem*, p. 53.



FISCHER *ET AL*, contribuindo com a demonstração de que a decisão de fuga não costuma seguir padrões claros de racionalidade, perceberam que pessoas com determinadas condições psiquiátricas, como TDAH (transtorno do déficit de atenção com hiperatividade) e bipolaridade, participam em maior proporção neste tipo de fenômeno, posto que elas conduzem seus portadores a estados de maior desatenção e impulsividade⁶².

FUJITA ET AL. realizaram pesquisa semelhante aplicada à realidade japonesa. Dentre suas conclusões, afirmaram que **a política de aumento de penas para crimes de trânsito no Japão conduziu ao aumento dos casos de evasão do local do acidente**. Expõem também que nenhum texto na literatura científica descreveu relação evidente entre comportamento de fuga e sanção legal, de forma que aquele (fuga) não parece ser influenciada por esta (sanção)⁶³.

⁶² FISCHER, M; BARKLEY, RA; SMALLISH, L; FLETCHER K. Hyperactive children as young adults: driving abilities, safe driving behavior, and adverse driving outcomes. **Accident Analysis & Prevention.**, 39(1), 2007, p. 102.

⁶³ No original: *“Temporal effects might be an interesting result of this study. Results of the study showed that the likelihood of a hit-and-run accident increased during the second half of the 2000s compared with the first half of the 2000s. The results might be related to the Japanese traffic safety strategy. During the 2000s, the Japanese government implemented the Seventh and Eighth Fundamental Traffic Safety Programs to reduce motor vehicle accident fatalities. A comprehensive approach was taken, including enhancement of driver education, improvement of vehicle safety, road facilities, and emergency rescue systems (Cabinet Office, 2006). More importantly, severe punishment for traffic crimes was introduced. For example, in June 2002, maximum shortcoming points for drivers involved in accidents caused by careless driving were increased from 13 points to 20 points, and the maximum years of possible imprisonment for drivers were raised from 5 years to 7 years in June 2007. Specifically for drivers involved in alcohol-related accidents, the maximum years of possible imprisonment were increased from 7 years to 15 years in December 2001, and were raised again to 20 years in January 2005. Accordingly, the legal limit of blood alcohol concentration was lowered from 0.50 mg/ml to 0.30 mg/ml in June 2002. That Japanese comprehensive traffic safety strategy might have affected the reduction of pedestrian accidents and especially those of alcohol related accidents, and consequently reduced the opportunities for hit-and-run behavior, but it also increased the likelihood of hit-and-run behavior. **No report in the relevant literature has described findings related to the association between hit-and-run behavior and road traffic accident measures or legal punishment (...)** However, **the results of this study suggest that harsher punishments against drivers would not be sufficient to prevent drivers from fleeing the accident scene. Results show that the Japanese comprehensive road traffic prevention measures including harsher legal punishment against drivers decreased the number of pedestrian accidents and hit-and-run pedestrian accidents, but they increased the hit-and-run likelihood.**” (FUJITA G; OKAMURA K; KIHIRA M, et al. Factors contributing to driver choice after hitting a pedestrian in Japan. **Accident Analysis and Prevention**, n. 72, 2014, p. 283-285.*



KLUPPELS aponta que a fuga de acidentes é produto de uma mistura de emoções, como medo, vergonha e culpa. Indica, ainda, que se há algum efeito dissuasório a partir da imposição de lei inibitória, este se relaciona com a *possibilidade de ser pego*, mas não com a severidade da sanção⁶⁴.

É a partir dos esforços de HOPKINS, CHIVERS e STEVENSON-FREER⁶⁵, pesquisadores da Universidade de Leicester, Reino Unido, **que uma das maiores e relevantes pesquisas sobre o tema foi produzida**. Os autores fizeram entrevistas com 52 pessoas que haviam fugido do local do acidente para compreender suas razões. A partir disso, traçaram tipos ideias de comportamentos em situações como esta.

Eles concluíram que existem ao menos seis tipos de condutores de veículos que evadem do acidente, conforme a sua motivação: (i) os desatentos, que não percebem o acidente (especialmente aqueles que conduzem veículos de grande porte, como vans e SUV); (ii) os indecisos, que não têm certeza se o acidente foi grave o suficiente para ser reportado; (iii) os que entram em pânico e agem movidos por automatismos (os autores comparam estes com alguém que “entra em modo avião”); (iv) os intimidados, que efetivamente sofreram agressões em razão do acidente; (v) os escapistas racionais, que se subdividem entre aqueles que desejam (a) esconder seu passado criminal, (b) que não querem ser vítimas de “armações” (“scams”) e (c) para evitar agressões; (vi) os que se encontravam sob o efeito de álcool e drogas no momento do acidente (os autores ainda consideram que tal fator pode prejudicar o julgamento sobre a necessidade ou não de fuga).⁶⁶ Assim, apontam que a fuga do local

⁶⁴ KLUPPELS, L. Beyond shame and guilt: What's inside a hit and run accident, **Belgian Road Safety**, 2016, p. 7. Disponível em: <https://bit.ly/2CjEnaS>. Acesso em 18 de jun. 2020.

⁶⁵ HOPKINS, M., CHIVERS, S. and STEVENSON-FREER, G. **Hit-and-run: why do drivers fail to stop after an accident?** Contexts of incidents, driver motivations and preventative strategies. Leicester: University of Leicester, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3ddqQhF>. Acesso em 18 de jun. 2020.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 2-3.

do acidente é um fenômeno complexo gerado por uma ampla gama de circunstâncias e de motivações⁶⁷.

Conforme a pesquisa, **apenas 19,2% (10 de 52) das pessoas fugiram do local do acidente a partir de decisões racionais**, sendo que parte destas não buscava se evadir à responsabilização criminal, mas tão somente evitar linchamentos e “armações” dos agentes de Estado. Conforme tabela extraída da pesquisa⁶⁸:

Table 4.3: The motivations for hit-and-run¹⁵

Reasons for leaving the scene (broad categories)	Offender types	Description
No knowledge of collision (n=8)	<i>The oblivious</i>	Drivers who are unsure that an accident has occurred.
Too trivial to report (n=16)	<i>The uncertain departers</i>	Drivers who are unsure whether the accident should be reported at all – usually due to their judgement that the accident is too trivial.
The need for self-preservation (n=21)	<i>The panickers (n=7)</i>	The initial response of this group is to ‘panic’ at the scene (regardless of blame or extent of damage/injury), this is followed by an overwhelming desire to leave the scene.
	<i>The rational escapists (n=10)</i>	Drivers who make a rational decision to leave the scene (by considering the consequences of staying at the scene as against the benefits of leaving). This group may make a rational decision to leave to either (1) hide criminality; (2) avoid being victims of ‘scams’ or (3) to protect their safety if the accident has occurred in a dangerous location.
	<i>The intimidated (n=4)</i>	Drivers who face aggression from other drivers or pedestrians and as a consequence leave the scene.
Alcohol/drug use (n=7)	<i>The impaired or ‘non compos mentis’.</i>	Drivers who are drunk or drugged at the time of the accident. This may be the cause of the accident and impairs judgement over whether to stay at the scene or not.

O texto ainda aponta **possíveis medidas úteis à mitigação do fenômeno**, mas em nenhum momento cita qualquer valia dos instrumentos penais de repressão.

⁶⁷ No original: “The study highlights the complexity of hit-and-run. The offences of fail to stop and report are generated in a range of circumstances, and a number motivational reasons for failing to stop or report an accident are observed. The findings also show that groups of motivational factors for leaving the scene can be identified and so can groups of hit-and-run drivers.” (Ibidem, p. 4).

⁶⁸ Ibidem, p. 27.



Dentre as opções mencionadas estão, por exemplo, o desenvolvimento de meios eletrônicos para reportar uma ocorrência, a promoção de educação do trânsito e de campanhas publicitárias de conscientização à responsabilidade social, o incentivo à utilização de câmeras fixas de gravação contínuas nos carros e o enfrentamento de questões antecedentes (como a direção alcoolizada)⁶⁹.

Em outro artigo, HOPKINS e CHIVERS asseveram que a aproximação do tema baseada no paradigma de *processos decisórios racionais* pode até ser relevante, mas se mostra insuficiente para compreender as reais motivações dos condutores que evadem. **O que parece ser “racional” é, no máximo, o exercício de uma forma limítrofe de racionalidade**, haja vista que no momento do acidente, o condutor não conhece as consequências reais do ocorrido⁷⁰.

Algumas conclusões podem ser extraídas destas leituras: (i) a fuga do local de acidente possui múltiplas razões, sendo minoritárias as explicações racionais motivadas pela evitação à responsabilização jurídica; (ii) mesmo quando a decisão é tomada por um processo racional de fuga à responsabilidade, trata-se de um procedimento pouco ou não refletido, motivado por impulsos decorrentes da descarga adrenérgica comum a situações estressantes e influenciado pela ausência de conhecimento das consequências físicas do acidente; (iii) ainda que se considere haver racionalização da fuga para evitar a responsabilização jurídica, a dissuasão ao comportamento parece estar relacionada à chance de ser pego (por uma blitz policial, por exemplo), e não pela existência de norma penal incriminadora da conduta de fuga; (iv) o incremento da sanção pode, inclusive, produzir o efeito adverso de aumento dos

⁶⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁰ HOPKINS, M; CHIVERS, S. Theorizing hit-and-run: A Study of Driver Decision Making Processes after a Road Traffic Collision. **Criminology and Criminal Justice**, 2018, p. 12.

casos de fuga; **(v)** dentre as medidas sugeridas por especialistas para mitigação do fenômeno não existe referência à utilização de instrumentos penais.

A tradução jurídico-penal a tais observações conduz a novas conclusões:

- (i) Se o comportamento de fuga é minoritariamente influenciado por decisões racionais, e, quando assim consideradas, o grau de racionalização é reduzido, **o efeito intimidatório da sanção penal mostra-se pouco ou nada relevante**, pois não é capaz de determinar o comportamento do agente em uma situação concreta de acidente de trânsito, a demonstrar que o suposto *livre arbítrio* do agente é decisivamente mitigado;
- (ii) Se o comportamento é pouco ou nada refletido, **a lei penal é incapaz de promover fidelidade ao direito**;
- (iii) Se o potencial caráter intimidatório decorre essencialmente da *possibilidade de ser pego*⁷¹, então **a norma penal por si só não possui efeito preventivo**, mas sim o aumento da fiscalização em estradas, instalação de câmeras em vias dos grandes centros urbanos, etc.

⁷¹ Desde BECCARIA já se afirma que não é a gravidade da pena, mas a maior probabilidade da punição que pode desestimular o autor a praticar delitos (cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal. Parte Geral**. 6. ed. Florianópolis: ICPC, 2014, p. 431). GÜNTHER traça considerações semelhante: “Assim que aumenta a probabilidade de que uma conduta não seja descoberta, diminui proporcionalmente o efeito intimidatório da ameaça da pena. Desse modo, os poucos resultados empíricos relativos à prevenção geral negativa comprovam mais um efeito intimidatório do controle policial do que da própria ameaça da pena ou da execução exemplar de penas individuais (...) As **pessoas evitam dirigir alcoolizadas menos em razão da proibição desta conduta pela lei penal ou da ameaça de punição do que em razão do fato de, naquela noite, no caminho para casa, a polícia estar realizando uma ‘batida’.**” (GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. Tradução Flávia Portella Püschel. **Revista Direito-GV**. São Paulo, v. 2, n. 2, jul./dez. 2006, p. 194).



Em suma, **a norma não é capaz de cumprir as expectativas preventivas nela depositadas.**

Assim, a imagem do condutor que foge como alguém dotado de comportamentos antissociais (como afirmava SELLING), ou despido de valores morais como o de solidariedade e empatia, parece não corresponder à realidade, o que também suscita dúvidas quanto à necessidade de incriminação sobre o ângulo da *reprovabilidade* da conduta.

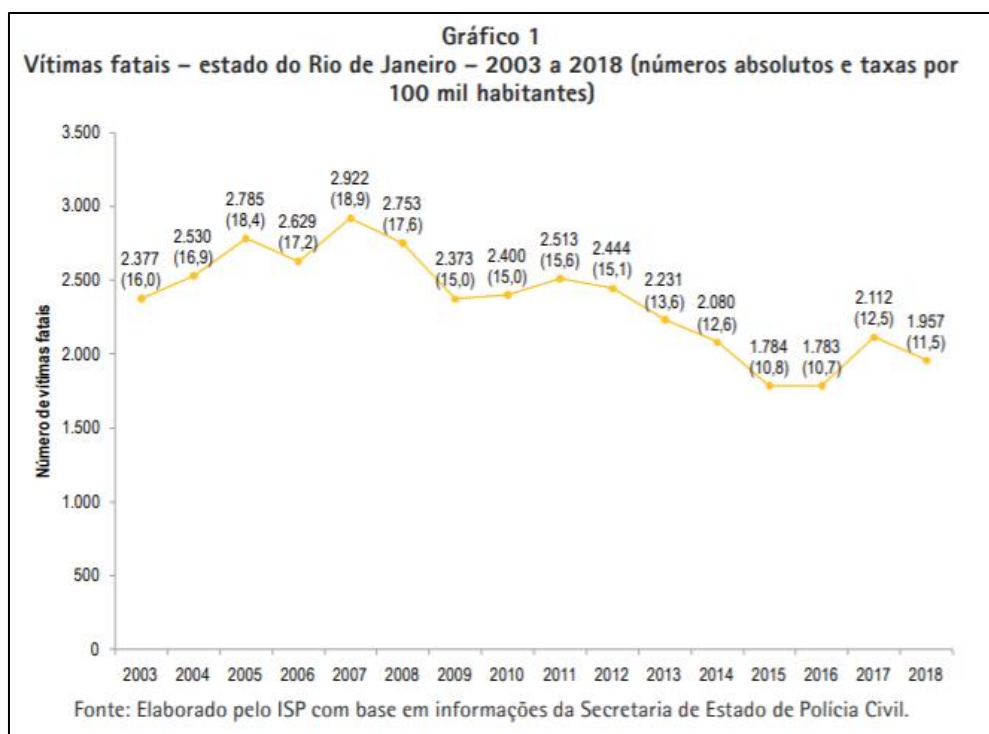
Diferentemente do que foi mencionado em algumas manifestações por ocasião do julgamento do RE 971959, não se observa qualquer eficácia do alegado “*incentivo normativo*” à permanência no local do acidente proporcionado pela norma em questão.

A respeito do terceiro ponto supracitado, importante frisar que não é necessária a existência da norma penal como aquela presente no art. 305 do CTB para permitir a responsabilização criminal e cível decorrente do acidente. Qualquer cidadão pode ser parado em uma blitz para averiguação. Caso identifique-se que tenha provocado homicídio culposo (art. 302, CTB), ou lesão corporal culposa (art. 304, CTB), ou que tenha omitido socorro quando poderia prestá-lo (art. 304, CTB), ou ainda quando houver dado causa à provocação de danos cíveis a outrem (art. 186 c/c 927, CC), o cidadão será chamado à responsabilidade. Todavia, busca-se frisar que **a incriminação autônoma da conduta não parece fazer sentido frente às considerações acima traçadas**, embasadas em estudos empíricos de grande valia para o esclarecimento do fenômeno.

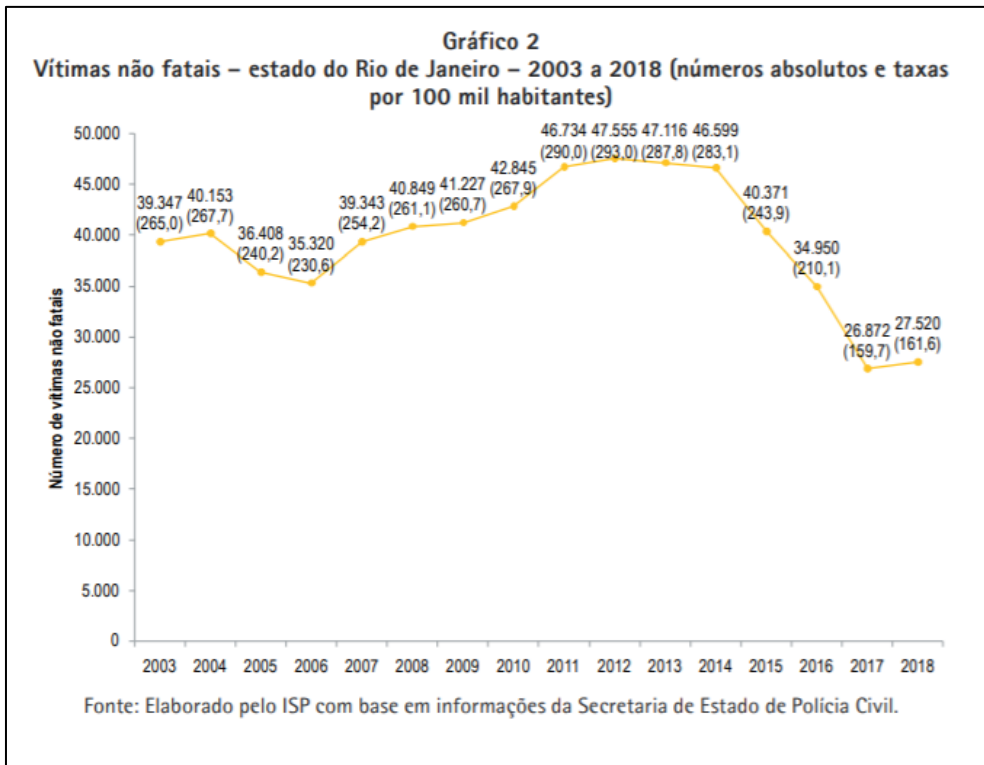
4.3. A realidade brasileira: não há evidências de que o Direito Penal tenha contribuído para a redução dos acidentes de trânsito.

Os indicadores recentes apontam para a ocorrência de uma redução no número de acidentes de trânsito. Dados extraídos do **Dossiê Trânsito 2019**, elaborado por VIEIRA, ROLIM e PEPE, do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro apontam para a diminuição, entre 2007 e 2016, em 43% dos acidentes fatais e em 37% de acidentes não fatais⁷².

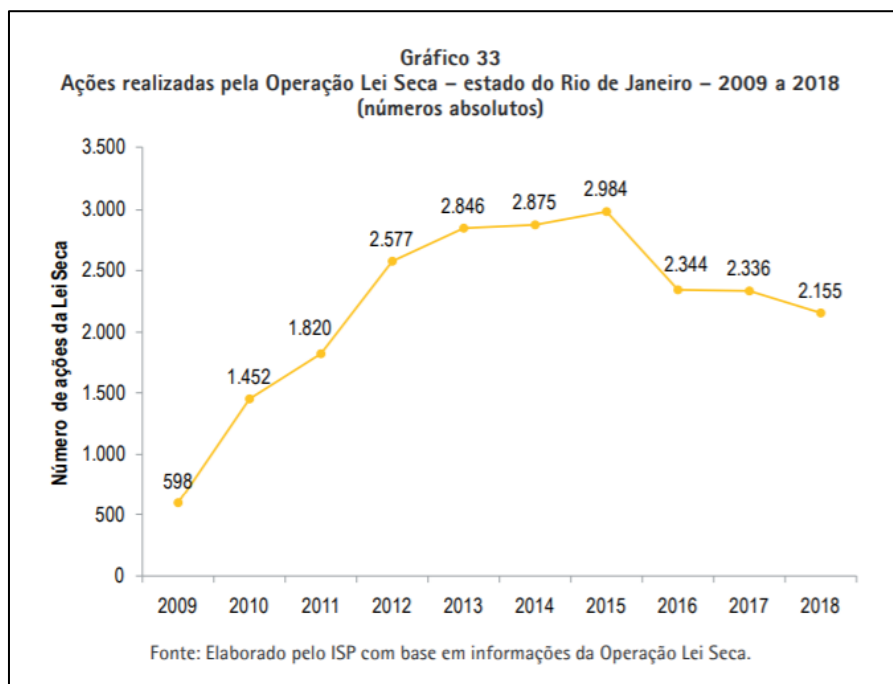
Os gráficos a seguir, extraídos da referida pesquisa, são esclarecedores:



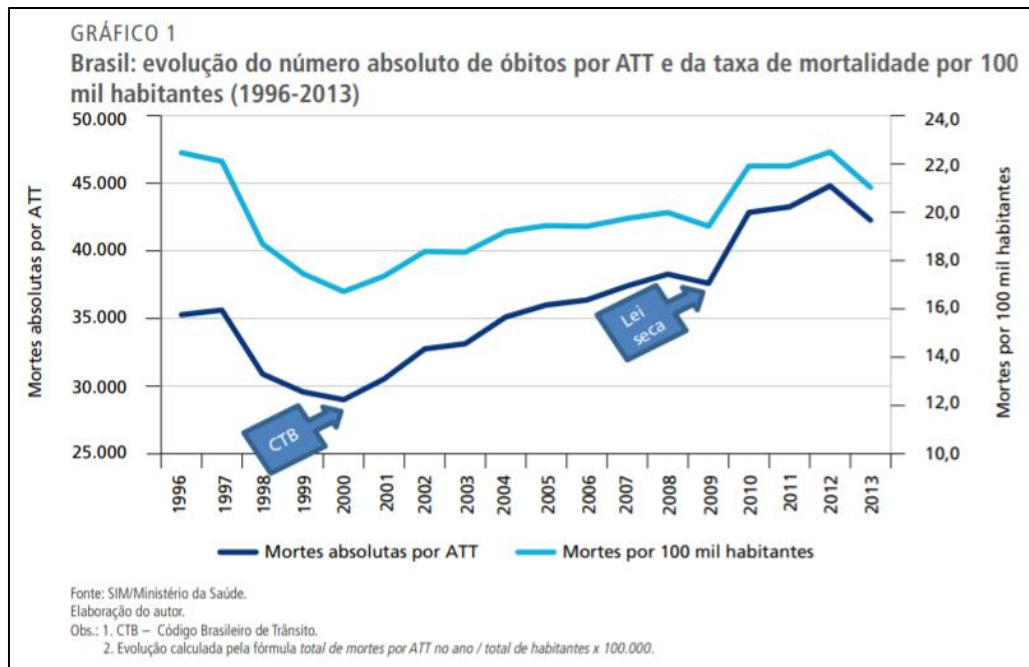
⁷² VIEIRA, Fábio; ROLIM, Louise; PEPE, Pedro. **Dossiê trânsito 2019**. 3. ed. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2YP3aLo>. Acesso em: 18 de jun. 2020, p. 11.



Em relação às ações realizadas no âmbito da “Operação Lei Seca”:



CARVALHO, em pesquisa publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apresenta informações sobre mortes relacionadas a acidentes de trânsito a nível nacional para o período de 1996 a 2013. Observe-se o gráfico⁷³:



Notam-se algumas relações de causalidade (ou de sua ausência) a partir dos gráficos acima apresentados: (i) a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) e da “Lei Seca” (Lei n. 11.705/2008) não conduziram, por si só, a uma redução do número de acidentes com vítimas fatais e não fatais; (ii) embora tenham ocorrido reduções no número de acidentes logo após a entrada em vigência destas leis, logo após os números voltaram a crescer; (iii) a entrada em vigor da “Lei Seca” no Rio de Janeiro não produziu efeitos de redução de acidentes entre os anos de 2008 e 2011; (iv) há redução expressiva nos acidentes com vítimas fatais a partir de 2012 e também nos acidentes com vítimas não fatais a partir de 2015; (v) parecer haver relação de causalidade entre o incremento nas operações relacionadas à “Lei

⁷³ CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. **Mortes por acidentes de transporte terrestre no Brasil**: Análise dos sistemas de informação do Ministério da Saúde. Brasília: Ipea, Texto para Discussão nº 2212, 2016, p. 10.



Seca”, que tiveram expansão crescente entre 2009 e 2015, e a redução no número de acidentes; **(vi)** parecer haver relação de causalidade entre a diminuição das operações relacionadas à “Lei Seca”, que se inicia em 2016 e segue até 2018, e o aumento no número de acidentes com vítimas fatais (especialmente em 2017) e com vítimas não fatais (especialmente em 2018)⁷⁴.

Dentre os fatores listados por CARVALHO como avanços na política de segurança no trânsito estão as campanhas de conscientização e fiscalização no trânsito; a “Lei Seca”; a obrigatoriedade do cinto de segurança, de cadeirinhas infantis e de capacetes para motociclistas; o aprimoramento na regulamentação dos equipamentos de segurança, como os *air bags* e os freios ABS⁷⁵; bem como a **melhoria na infraestrutura de atendimento dos hospitais brasileiros e os avanços médicos**, que possibilitaram a redução da taxa de mortalidade hospitalar dos internados por acidentes de trânsito de 4,62% (2007) 3,06% (2014)⁷⁶. Além dos fatores supracitados, a pesquisa aponta para a necessidade de aprimoramento das ações relativas a planejamento urbano⁷⁷.

O relevante aqui é perceber, como bem observou o Min. MARCO AURÉLIO na sessão de julgamento do RE 971.959, que **a importante redução dos acidentes de**

⁷⁴ Nesse sentido concluíram os autores da pesquisa: “Apesar de uma maior relação entre os números totais de ações da Operação Lei Seca e os de acidentes fatais e não fatais no estado a partir de 2015, é inegável a redução de acidentes de ambas as gravidades no estado do Rio de Janeiro nos anos anteriores ao ano citado, até 2018” (VIEIRA, Fábio; ROLIM, Louise; PEPE, Pedro. **Dossiê trânsito 2019**. 3. ed. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2YP3aLo>. Acesso em: 18 de jun. 2020, p. 46).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 31

⁷⁶ *Ibidem*, p. 29,

⁷⁷ “(...) o planejamento urbano mostra-se de grande importância para a proteção de pedestres e para a redução de atropelamentos. Além da conscientização para uma melhor conduta, é essencial estudar os locais de travessias nas vias públicas, partindo da observação das rotas de circulação utilizadas pelos próprios pedestres, principalmente se estes forem idosos ou crianças. Isso faz com que os mesmos evitem atravessar em locais não indicados, arriscando menos sua integridade física. É importante também a padronização dos semáforos e uma revisão do tempo de cada um, de forma que a travessia torne-se mais tranquila e o tempo necessário para tal esteja assegurado” (VIEIRA, Fábio; ROLIM, Louise; PEPE, Pedro. **Dossiê trânsito 2019**. 3. ed. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2YP3aLo>. Acesso em: 18 de jun. 2020, p. 61).

trânsito não se deu mediante a imposição de sanções penais, mas através de políticas públicas concretas e eficientes. Tanto assim o é que após a promulgação do CTB o número de acidentes seguiu em uma crescente constante até o enrijecimento de medidas de cunho administrativo, como é o caso das sanções decorrentes da direção alcoolizada, bem como da conscientização social referente a tais temas, de modo que os instrumentos penais foram completamente secundários nesse âmbito.

Trata-se de mais uma evidência concreta de que o tipo penal previsto no art. 305 do CTB não contribui para o árduo processo de redução de acidentes no trânsito.

Portanto, não nos parece adequada a invocação de argumentação genérica e abstrata no sentido de que referido dispositivo preveniria infrações de trânsito, ou, mais especificamente, que reduziria o índice de fuga do local de acidente, posto que isto não é confirmado pelas evidências empíricas.

5. AFRONTA DO ART. 305, CTB, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

5.1. O bem jurídico penalmente tutelado e o exame de proporcionalidade.

Conforme a clássica lição de ROXIN, os bens jurídicos são circunstâncias ou finalidades protegidas pelo Estado que devem ser *úteis ao indivíduo* e a seu *livre desenvolvimento*⁷⁸. Especificamente quanto aos *crimes contra a administração da justiça*, BOTTINI alerta que o Direito Penal não pode se prestar a meramente proteger o funcionamento da administração por si só (o que configuraria, dizemos nós, em uma argumentação circular que redundaria na autolegitimação dos instrumentos penais),

⁷⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1997, p. 56.



mas somente deve intervir na medida em que referida tutela demonstre sua utilidade concreta, análise que deve possuir como referente último o cidadão ou a coletividade⁷⁹. Disso decorre que **o tipo penal não pode representar realidade mais gravosa do que o fenômeno que visa coibir (o crime).**

Afirmou-se no julgamento do RE 971959 que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma deixaria o bem jurídico “a descoberto”, isto é, haveria um déficit de proteção normativa aos bens jurídicos protegidos pelo tipo penal. Tais bens jurídicos foram identificados como *a promoção de segurança no trânsito e o direito à vida*. Confira-se:

“A fragilização da tutela penal do Estado, mediante a visualização de óbices à responsabilização penal da conduta de fugir do local do acidente, deixa a descoberto o bem jurídico de tutela da administração da justiça que o Estado deveria salvaguardar por meio da norma penal, bem como, indiretamente, os direitos fundamentais que se busca proteger com a promoção de maior segurança no trânsito, sobretudo o direito à vida”.

A questão que coloca, então, é decisiva a esta peça jurídica: **caso fosse declarada a inconstitucionalidade da norma penal, haveria déficit de proteção aos bens jurídicos apontados?**

Necessário, preliminarmente, apontar latente *contradição* das razões de decidir no referido julgamento. Afirma-se, anteriormente, que o art. 305 do CTB protegeria a *administração da justiça*⁸⁰ (posição do *Amicus Curiae*), para logo depois asseverar que a norma penal visa tutelar a segurança no trânsito e a vida, o que demonstra inconsistência nos fundamentos da corrente vencedora.

⁷⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos crimes contra a administração da justiça. In: MACHADO, Costa; AZEVEDO, David Teixeira de (Orgs.). **Código penal interpretado** – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. Barueri: Manole, 2017, p. 567

⁸⁰ “Por sua vez, o art. 305 do CTB não acusa, impõe ou aponta que o condutor do veículo seja um criminoso. Ao contrário, o que se pretende é preservar o local do acidente para proteger a administração da justiça, razão pela qual se impõe que os condutores lá permaneçam”.



De todo modo, já se expôs nesta manifestação que o art. 305 não tutela a integridade física no trânsito, pois este bem jurídico é protegido pelos artigos 302, 303 e 304; de outro lado, também não tutela, nem poderia, a segurança no trânsito, dado que a ação de fuga deve necessariamente se dar *após* o acontecimento do acidente, esvaindo-se neste ponto qualquer possibilidade de alegação de aumento da segurança do trânsito em razão da existência do crime em comento (pode-se compreender em sentido diverso em relação aos artigos 302, 303 e 306 do CTB, pois estes estabelecem deveres de cuidado *anteriores* à ocorrência do acidente). A tutela penal subsiste em relação à administração da justiça, ou seja, à facilitação da investigação dos fatos e atribuição de responsabilidade aos envolvidos.

5.2. Criminalização autônoma da fuga como exemplo ímpar na legislação penal. A inócua discussão a respeito de existência de *dolo* ou *culpa* na ação.

Importante notar que **não existe exigência semelhante em relação a qualquer outro delito previsto na legislação penal brasileira**. Não se pune autonomamente a fuga do local da ocorrência do fato, embora dele possa decorrer responsabilização penal ou cível do agente, nos crimes dolosos ou mesmo nos crimes culposos.

Destarte, a **questão da imputação subjetiva da lei penal ao agente, que se dá na forma de dolo ou de culpa, é completamente irrelevante para se aferir a existência de um dever de permanência no local do sinistro**. Aliás, como bem registra CANTERJI e FALAVIGNO, o tipo penal somente obriga a permanecer no local aquele que

participa do acidente com *dolo* (quando há consciência e vontade⁸¹) ou *culpa* (mediante violação a deveres de cuidado no trânsito), mas não projeta obrigações sobre quem participa fortuitamente no fato⁸². Considere-se, por exemplo, a hipótese daquele que se comporta conforme os deveres de cuidado no trânsito quando, de repente, um pedestre joga-se na frente de seu carro. Nesse caso, não decorre qualquer responsabilidade, em tese, ao condutor do veículo, pois este não poderá responder nem civil, nem penalmente. Logo, caso este confie na inexistência de culpa em sua conduta e, percebendo a ausência de lesão à integridade corporal de outros envolvidos no acidente, poderia evadir-se sem ser-lhe devida a obrigação de permanência no local do fato.

Ainda a propósito da inexistência de exigência semelhante em nosso ordenamento jurídico, verifica-se que não constitui crime a fuga da cadeia, quando não realizada mediante violência (art. 352 do CP⁸³), embora constitua falta grave no âmbito da execução penal (art. 50, § 2º, LEP); por outro lado, **embora se incrimine a conduta de auxiliar a subtração à persecução penal, é impunível aquele que age para subtrair a si mesmo de responsabilização criminal (art. 348 do CP⁸⁴)**. O fundamento de tais escolhas político-criminais parece remontar as longínquas, mas influentes, lições de HOBBS acima delineadas, para quem ninguém é obrigado a se autodenunciar ou a seus entes queridos. Aliás, o próprio art. 348, § 2º do CP prevê a atipicidade da

⁸¹ A respeito da indispensabilidade do elemento volitivo para a configuração do dolo, v. TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018 253-266.

⁸² CANTERJI, Rafael Braude; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A Incompatibilidade Constitucional da Infração Prevista no Artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 10, nº 1039, 08 de outubro de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2CF7qpl>. Acesso em 28 de jun. 2020.

⁸³ Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

⁸⁴ Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. § 1º - Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa. § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.



conduta de favorecimento pessoal quando o agente é parente próximo do autor de crime.

O eminente Subprocurador-Geral da República, BONIFÁCIO DE ANDRADA, na representação supramencionada, entende haver **inversão de valores** em nosso sistema de justiça em razão da incriminação constante do art. 305, CTB, eis que, ao se impor responsabilização mais gravosa para a tutela de bens jurídicos menos relevantes, e determinar-se a ausência de responsabilização para a tutela de bens jurídicos mais importantes, há vulneração aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁸⁵.

Assim, nos parece desacertada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 971959/RG, ao incorrer, data vênua, em confusão a respeito da forma de imputação subjetiva, alegando haver distinção quanto à necessidade de criminalização da fuga conforme a ação seja dolosa ou culposa. Confira-se:

“Ademais, a Corte enfatizou a diferença entre a situação dos autos e a de quem pratica um homicídio doloso no trânsito. Nos crimes dolosos, o dolo na prática do crime e o *iter criminis* são, desde o início, os atos preparatórios, executórios, a consumação e obviamente a evasão. Há um dolo para prática do crime, de modo que o agente não pode ser responsabilizado caso fuja do local do delito. Por sua vez, o art. 305 do CTB não acusa, impõe ou aponta que o condutor do veículo seja um criminoso. Ao contrário, o que se pretende é preservar o local do acidente para proteger a administração da justiça, razão pela qual se impõe que os condutores lá permaneçam. O que se pune é o afastamento do local de acidente”⁸⁶.

As considerações acerca do *iter criminis* nos parecem irrelevantes para a avaliação do caso concreto. Já se afirmou, acima, que em outros crimes culposos não há criminalização autônoma decorrente da fuga do local do acontecimento. A única exceção parece se dar, somente, quando a ação se passa no trânsito.

⁸⁵ Peça 02 destes autos, p. 03.

⁸⁶ Informativo 932 do STF. Disponível em: <https://bit.ly/2YE3fTc>. Acesso em: 28 de jun. 2020.



Igualmente, não nos parece em conformidade com os critérios de dogmática penal, tampouco com o discurso penal moderno, a consideração de que o art. 305 do CTB não sancionaria o motorista que não seja “*criminoso*”. Afinal, criminoso é somente aquele que praticou ato definido (ao tempo da ação) como crime, reconhecimento que somente se torna imutável com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, mesmo se a ação no ambiente de trânsito fosse dolosa (ou em qualquer outra área), não seria devido ao Estado etiquetar o agente como “*criminoso*”, por imposição do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF), sob pena do próprio Estado antecipar conclusão sobre a culpabilidade do agente para antes do trânsito em julgado⁸⁷.

Além disso, todo aquele que pratica delito, seja ele doloso ou culposos, pode, após o trânsito em julgado, ser reconhecido como “*criminoso*”, não sendo tal qualidade exclusiva da prática de crimes dolosos. A distinção aventada, portanto, não se evidencia adequada.

5.3. Violação do art. 305, CTB, à proporcionalidade como proibição de excesso.

Afigura-se possível o controle de constitucionalidade de leis penais⁸⁸, especialmente por meio de análise do princípio da proporcionalidade, que se determina pela “*apreciação da necessidade e adequação da providência adotada*”⁸⁹.

⁸⁷ Sobre o tema, são indispensáveis as conclusões alcançadas pela Corte no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, relacionadas à constitucionalidade do art. 283 do CPP.

⁸⁸ SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; SOUSA FILHO, Ademar Borges. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil. São Paulo: Fórum, 2019; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais, ano 2, n. 3, p. 15-38, jan./jun. 2015.

⁸⁹ Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 971.959.



Nesse sentido, manifesta-se Mariângela Gomes:

“Sem significar invasão do Poder Judiciário na esfera exclusiva do Poder Legislativo, é imprescindível àquele Poder, por meio do Supremo Tribunal Federal – nossa corte constitucional –, controlar a observação aos imperativos de proporcionalidade no processo de produção legislativa, uma vez que, num Estado Constitucional de Direito, o direito penal se legitima apenas quando oferece, de fato, a mais efetiva tutela aos bens jurídicos constitucionais”.⁹⁰

No caso concreto, há violação à proporcionalidade como proibição de excesso, haja vista que existem diversos outros meios, menos gravosos e restritivos às garantias constitucionais, para tutelar esta situação. O aumento de blitz policiais, ações como aquelas da Operação Lei Seca, utilização de GPS, câmeras etc. Há diversas outras formas – muito mais efetivas – que podem contribuir para a responsabilização civil e penal (por outros delitos, como a omissão de socorro) daquele que se envolve em um acidente de trânsito.

Por outro lado, as pesquisas empíricas trazidas neste Parecer demonstram que a criminalização autônoma da fuga não intimida, tampouco motiva o cidadão a agir em conformidade ao direito. Em verdade, os instrumentos penais são de pouca ou nenhuma relevância para o enfrentamento aos acidentes de trânsito, podendo, inclusive, contribuir para o aumento do número de fugas. **Medidas estruturais parecem ser a solução**, passando estas desde a intensificação do controle administrativo sobre os condutores que dirigem embriagados e seguindo até a melhoria no atendimento hospitalar, que é capaz de diminuir o número de vítimas fatais dessa triste realidade nacional.

O Direito Penal, instrumento de responsabilização individual, que se projeta *a posteriori* ao sinistro, não é um dessas ferramentas estruturais. Portanto, somente deve ser utilizado pelo Estado em situações muito gravosas. Quando usado de forma indiscriminada – como no art. 305, CTB –, viola garantias constitucionais e não respeita

⁹⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais, cit., p. 35.



os critérios de proporcionalidade. Assim, a criminalização autônoma da fuga é medida mais gravosa do que o próprio fenômeno que ela visa combater.

Conclui-se, portanto, que **não há adequação (a norma não motiva), necessidade (outros instrumentos não penais podem ser empregados) ou proporcionalidade em sentido estrito (aferição entre meios e fins) na criminalização autônoma da fuga.**

Na esperança de ter contribuído para o debate de maneira significativa e franca, em nome de todos os associados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e firmes no compromisso com os preceitos democráticos instituídos na Constituição da República de 1988, agradecemos a deferência da Corte.

Nesse sentido,

É o Parecer,

De São Paulo para Brasília, 29 de setembro de 2020,

Prof. Dr. **Mauricio Stegemann Dieter**
OAB/PR 40.855

Débora Nachmanowicz de Lima
OAB/SP 389.553

Alfredo Ermírio de Araújo Andrade
OAB/SP 390.453