

DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305 DO CTB VERSUS O PRINCÍPIO DA NÃO INCRIMINAÇÃO.

DANNY RODRIGUES MORAES: Advogado, aprovado para Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Piauí e Tribunal de Justiça do Amazonas.

Resumo: Busca-se, no presente artigo, apontar as características, preceitos e fundamentos a respeito da constitucionalidade do art. 305 do CTB frente o princípio da não incriminação, bem como analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o tema. Nestes termos, objetiva-se demonstrar sua relevância para o direito, de modo que não podem, os operadores do direito, negligenciar essa realidade tão comum nos tempos modernos.

Palavras-chave: Princípio da não incriminação. Art. 305 CTB. Constitucionalidade.

Abstract: This article seeks to point out the characteristics, precepts and foundations regarding the constitutionality of art. 305 of the CTB against the principle of non-incrimination, as well as to analyze the existing doctrinal and jurisprudential positions on the subject. In these terms, it aims to demonstrate their relevance to the law, so that lawmakers cannot neglect this reality so common in modern times.

Keywords: Principle of non-incrimination. Art. 305 CTB. Constitutionality.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve histórico; 2. Da análise da constitucionalidade do artigo 305 do código de trânsito brasileiro; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de clarear a celeuma em torno da constitucionalidade do Art. 305 do CTB frente ao princípio da não incriminação.

Buscando fomentar a discussão acerca do tema, a partir de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, até a conclusão do tema conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral tem-se o desiderato de analisar a controvérsia à luz da Constituição Federal de 1988.

1. BREVE HISTÓRICO

O *leading case* surgiu de uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que declarou a inconstitucionalidade incidentalmente do disposto no art. 305 do CTB, cuja a ementa segue abaixo:

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 305 DO CTB. FUGA DE LOCAL DE ACIDENTE. FATO ATÍPICO. 1. Controle difuso de constitucionalidade. Reconhecimento autorizado no âmbito da Turma Recursal Criminal, sem afronta à Súmula Vinculante n. 10 do STF. Solução que alcançou semelhante decisão do Órgão Especial do TJRS, assim como de outros tribunais pátrios, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo em comento. 2. Como consequência, proclamando-se inexistência de infração penal, impõe-se a reforma da sentença para absolver o réu com base no artigo 386, III, do CPP. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA INCIDENTALMENTE

Alegasse que o referido dispositivo não constitui obstáculo à imputação do crime de fuga do condutor do local do acidente de trânsito, na medida em que os direitos à não auto incriminação e ao silêncio permanecem incólumes, seguindo igualmente íntegras todas as garantias processuais e penais asseguradas aos acusados em geral.

2. DA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A questão de fundo debatida nos autos diz respeito à constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (fuga do local do acidente) tendo como parâmetro o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal

Diversas Cortes Estaduais vinham decidindo no sentido da inconstitucionalidade do preceito em questão, consignando que a simples permanência na cena do crime já seria suficiente para caracterizar ofensa ao direito ao silêncio. Obrigar o condutor a permanecer no local do fato, e com isso fazer prova contra si, afrontaria ainda o disposto no artigo 8º, inciso II, alínea "g", do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário.

Nesse sentido, declararam a inconstitucionalidade do art. 305 do CTB: i) o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 990.10.159020-4; ii) a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.07.456021-0/000; iii) a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Estado de Santa Catarina, na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Criminal nº 2009.026222-9/001.00; e iv) o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004934-66.2011.404.0000/RS.

Dentro do Ministério Público Federal as teses seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade possuíam adeptos. A Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques oficiou nos autos do RE nº 846.851, opinando pelo provimento do recurso extraordinário, aduzindo que não há que se falar em violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Já o Ministério Público Federal opinou em sentido diverso nos autos do RE nº 829.967, pela seguintes razões: i) com fundamento no direito geral de liberdade, na garantia do devido processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório de processo penal, não se permite ao Estado compelir os o que cidadãos a contribuïrem para a produção de provas que os prejudiquem; ii) o direito à não auto-incriminação possui previsão normativa no direito internacional, no direito comparado e no direito constitucional; iii) não procede o argumento de que o direito ao silêncio limita-se à impossibilidade de exigir uma colaboração ativa do acusado; iv) a responsabilidade civil ou criminal daquele que causa um acidente de trânsito não depende de sua fuga do local do sinistro, pois a primeira é alcançável pela reparação de danos, enquanto que a segunda decorre das normas próprias do direito penal caso tenha ocorrido a violação de bens jurídicos por elas protegidos; v) em outros delitos mais graves – e.g. homicídio ou estupro – o legislador não criminalizou a conduta daquele que, ao perpetrá-los, venha a evadir-se do local, não sendo razoável penalizar o agente somente por se tratar de um acidente de trânsito; e vi) cria-se uma possibilidade de prisão por obrigação civil fora dos casos que a Constituição autoriza (art. 5º, LXVII).

Importa destacar que a observância da norma legal em comento não implica, por parte dos condutores envolvidos em acidentes, a produzirem provas contra si. Os acidentes de trânsito são fatos corriqueiros nas vias terrestres do Brasil e podem acontecer por casos fortuitos ou de corça maior, por descuido de condutores não diretamente afetados ou por desatenção de outro motorista envolvido. Dessa maneira, os condutores, ao serem proibidos pelo art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro de fugir do local do acidente para facilitar a apuração do acontecimento, não necessariamente sofrerão qualquer responsabilidade penal ou civil, podendo até mesmo, após a averiguação, receber reparação civil ulterior e contribuir com a produção de provas criminais não contra si, mas contra outrem.

Além disso, ao ser obrigado a permanecer no local do acidente, o motorista, mesmo sendo eventualmente o responsável pelo ocorrido, poderá tranquilamente, sem ser preso ou independentemente de qualquer sanção, calar-se ou se negar a assumir eventual responsabilidade civil ou penal que lhe possa vir a ser atribuída em todos os momentos seguintes, desde a apuração administrativa do fato pela autoridade de trânsito competente até o fim de eventuais ações civis ou penais contra ele ajuizados.

Em decorrência dos princípios da ampla defesa e da não auto-incriminação, constantes dos incisos LV e LXIII do art. 5º da Constituição Federal, incumbirão unicamente ao Estado e aos acusadores os deveres de persecução civil e penal e de produção do conteúdo probatório necessário à condenação do motorista, assegurando-se-lhe amplamente em todas aquelas ocasiões o direito de permanecer calado e de não produzir provas contrárias a seus interesses. Não há falar, portanto, nessas circunstâncias, que o dispositivo legal em exame exige dos condutores envolvidos em acidentes a "*produção de provas contra si*".

A liberdade do condutor para manejar o seu veículo possui limites, não podendo, pois, ser utilizada como pretexto para negasse, em caso de envolvimento em acidentes, a contribuir com as autoridades competentes para a apuração dos acontecimentos.

Tendo recebido do Estado a permissão para dirigir e assumido a responsabilidade de observar as normas de trânsito, não resulta inadequado impor ao motorista que se envolver em acidentes o dever de prestar socorro à vítima (art. 304 do CTB), assim como de contribuir com as autoridades estatais na apuração dos fatos ocorridos, inexistindo, pois, qualquer irrazoabilidade ou desproporcionalidade nessa imposição.

Os arts. 209 e 278 do Código de Trânsito Brasileiro impõem aos condutores multa em caso de evasão "por não efetuar o pagamento do pedágio" e de evasão "da fiscalização, não submetendo veículo à pesagem obrigatória nos pontos de pesagem, fixos ou móveis", assim como multa e apreensão do veículo em caso de fuga à ação policial. Nessas hipóteses, nas quais em jogo a efetiva fiscalização de obrigações que não exorbitam da espera patrimonial, o legislador entendeu suficiente à sanção do ilícito a imposição de multa. O art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, por outro lado, ao impedir a fuga dos condutores quando houver acidente de trânsito, objetivo impor aos condutores a obrigação de contribuírem com as autoridades competentes no exercício de suas atribuições, favorecendo, em última análise, a própria segurança do trânsito, bem como a administração da Justiça na apuração de possíveis ilícitos que possam causar dano não só patrimonial, mas físico, podendo implicar inclusive prática de outras

condutas criminosas como a lesão corporal e o homicídio. Os valores e bens tutelados pela norma inscrita no art. 305, portanto, justificam a decisão legislativa de impor sanção penal ao seu descumprimento, inexistindo qualquer ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, da não auto-incriminação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido ao discorrerem sobre o tema Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

"Tornou-se prática comum no Brasil referir-se ao direito ao silêncio como um suposto princípio da não autoincriminação. Na realidade, as coisas não são bem assim. A garantia do direito ao silêncio, como vimos, reafirma a necessidade de controle racional das decisões judiciais, de modo a impedir que o órgão julgador se valha do silêncio ou da negativa de respostas às perguntas como critério de certeza ou de convencimento judicial. De outro lado, há, dentre inúmeras garantias e direitos subjetivos do cidadão brasileiro, direito à intimidade, à privacidade, à incolumidade física e psíquica, à honra, à imagem (art. 5º. X e XII, CF), que não podem ser tangenciados pelo Poder Público, salvo nos limites autorizados no texto constitucional, de que é exemplo, a exigência de autorização judicial para a interceptação telefônica, para a expedição de mandado de prisão e para a busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI, XII e LXI, CF).

É no conjunto desse rol de direitos individuais que se resume o *nemo tenetur se detegere*, ou, se quiser, a não autoincriminação.

O que não se pode afirmar, ao contrário do que se canta por aqui em verso e prosa, é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória - contra si -, bastando assim desejar. Não existe esse direito. Nem aqui e nem em lugar nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, incluindo os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos. O que se garante, junto ao direito ao silêncio, é a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos mencionados direitos individuais (integridade física, psíquica etc).

Exatamente por isso, pode o Estado conduzir coercitivamente o acusado à audiência de instrução e julgamento, quando houver a necessidade de reconhecimento de pessoa, na produção de prova

testemunhal (art. 260, segunda parte, CPP). Evidentemente, o dispositivo não se aplica ao interrogatório, visto tratar-se de meio de defesa, a critério exclusivo da defesa.

Pensamos também não haver qualquer mácula na exigência de submissão ao conhecido bafômetro, na medida em que aludida providência -- abstratamente -- não afeta direitos subjetivos, ao menos na intensidade que devem merecer proteção. É certo que estamos nos referindo à medida em abstrato. Pode ocorrer que determinada diligência nesse sentido, concretamente, venha implicar efetiva violação a direitos individuais, o que ocorreria, por exemplo, na exposição indevida da imagem de alguém à curiosidade pública, durante a realização do exame. Essa, a exposição, sim, violada direitos; a exigência de soprar o aparelho, por si só, não. Como também não violara direitos fundamentais a submissão a exame clínico para a comprovação da embriaguez, tal como previsto no art. 277 e art. 306, §3º, da Lei nº 9.503/97 (CTB), ainda que contra a vontade do agente. Evidentemente, dele não se poderá exigir colaboração, no que tange aos atos que só possam ser por ele praticados.

De se ver, no ponto, que o direito brasileiro não contempla muitas hipóteses de intervenções corporais, embora esse leque de alternativas tenha sido incrementado com a Lei nº 12.654/12, que institui a identificação *genética* e com a Lei nº 12.760/12, que, alterando diversos dispositivos da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), prevê também a perícia médica para a comprovação de alcoolemia, vedada, contudo, por ausência de previsão, a coleta de sangue.

Nesse contexto que se deve entender a exigência de que o condutor do veículo acidentado permaneça no local do sinistro. Do contrário, estará cerceada, por exemplo, a possibilidade de constatação de embriaguez ou de influência de substâncias psicoativas pelas autoridades de trânsito, na forma prevista no art. 277 do CTB.

Assim, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 907 da repercussão geral em 14 de novembro de 2018, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-

se a seguinte tese: "A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade", vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram contrariamente à tese. Não participou, justificadamente, da votação da tese, o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL À LUZ DO ART. 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RE Nº 971.959. TEMA Nº 907.

Decisão

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ministro LUIZ FUX Relator

Tema

907 - Constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.

CONCLUSÃO

Não é possível alargar o conteúdo da garantia constitucional a ponto de permitir condutas como a chancelada pelo acórdão recorrido. Da mesma forma que a garantia de não incriminação não é impedimento absoluto para determinadas intervenções corporais no agente, não é possível também que o princípio *nemo tenetur se detegere* seja utilizado para legitimar a fuga do condutor do local do acidente.

Se é certo, por um lado, que a cláusula constitucional prevista no art. 5º, inciso LXVIII, assegura o direito de não se produzir ativamente prova contra si, por outro, não pode ela ser interpretado como uma licença absoluta em favor do agente, de modo a desonerá-lo de todas as regras de conduta que, mesmo tangenciando o fato delituoso, não impliquem assunção de culpa, como na hipótese do art. 305 do CBT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEM, Leonardo Schmitt de; GOMES, Luiz Flávio. Nova lei seca. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. DOU de 31 de dezembro de 1940. Disponível em: Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: 27 dez. 2018.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011. v.1.

JESUS, Damásio de. Direito penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.