

## VOTO-VOGAL

**O Senhor Ministro Edson Fachin:** Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

No mérito, peço vênia a Sua Excelência para manter o entendimento que, em essência, é idêntico ao que acolhi quando do julgamento do RE 971.959, Rel. Min. Luiz Fux, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 14.11.2018. O referido julgamento, não obstante a respeitável posição do e. Ministro Marco Aurélio, foi assim ementado:

“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. TEMA Nº 907. NATUREZA PRINCÍPIOLÓGICA DA GARANTIA DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DA GARANTIA. HARMONIZAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS CONSTITUCIONALMENTE. POSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO PARA AFASTAR A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL ANALISADO.

1. O princípio da vedação à autoincriminação, conquanto direito fundamental assegurado na Constituição Federal, pode ser restringido, desde que (a) não seja afetado o núcleo essencial da garantia por meio da exigência de uma postura ativa do agente na assunção da responsabilidade que lhe é imputada; e que (b) a restrição decorra de um exercício de ponderação que viabilize a efetivação de outros direitos também assegurados constitucionalmente, respeitado o cânone da dignidade humana do agente.

2. O direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere – nada a temer por se deter), do qual se desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, consiste em um dos marcos históricos de superação da tradição inquisitorial de valorar o investigado e/ou o réu como um objeto de provas, do qual deveria ser extraída a “verdade real”.

3. O direito de não produzir prova contra si mesmo, ao relativizar o dogma da verdade real, garante ao investigado os direitos de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória e de não ser compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova

contrária ao seu interesse, ambos pilares das garantias fundamentais do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação.

4 A garantia explicitada na missiva *nemo tenetur se detegere* possui raízes no *jus commune* medieval e se desenvolveu: a) na Europa Continental somente no Século XVIII, com a Revolução Iluminista, a derrocada do Antigo Regime e a superação do procedimento inquisitorial; b) na Inglaterra, a garantia remonta à publicação da Carta Magna em 1215, tendo, ao longo dos séculos seguintes, se desenvolvido e expandido para as colônias, principalmente nos Estados Unidos, traduzida sob a forma do *privilege against self compelled incrimination*; c) os sistemas anglossaxônicos adversariais atuais admitem que o acusado exerça seu direito ao silêncio, recusando-se a depor; porém, se optar por prestar declarações, o fará na condição de testemunha, tanto que obrigado a prestar juramento de falar a verdade, inclusive com possibilidade de responsabilização por perjúrio. Daí a origem do termo *privilege*, na medida em que se confere ao acusado a prerrogativa de não ser ouvido como testemunha.

5. No Brasil, a) durante o seu período colonial, dada a natureza inquisitória das Ordenações Portuguesas, não havia espaço para o desenvolvimento da garantia do *nemo tenetur se detegere*; b) a partir, porém, da Constituição Imperial de 1824, que aboliu expressamente a tortura e as penas cruéis, a evolução foi gradativa; c) com o Código de Processo Criminal de 1832, de inspiração liberal francesa e inglesa, atribuiu-se ao interrogatório a natureza de peça de defesa, com a previsão, ademais, de que a confissão só seria válida se realizada livremente pelo réu; d) destarte, no século XX, no período anterior à Constituição de 1988, ainda eram visíveis os traços inquisitoriais do sistema persecutório brasileiro, considerando que o Código de Processo Penal de 1941, no seu art. 186, embora consagrando expressamente o direito do acusado de não responder às perguntas que lhe fossem formuladas, o fazia ressalvando “que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”; e) A vedação à autoincriminação só encontrou ressonância no Brasil em sua devida plenitude com a Constituição Federal de 1988, cujo art. 5º, LXIII, é inspirado pela 5ª Emenda da Constituição Norte-Americana, que assim dispõe: “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

6. A garantia contra a autoincriminação encontra, ainda, consagração no plano convencional, tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

7. A CADH, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992, estabelece limites à busca pela verdade real e tutela o

princípio do nemo tenetur se detegere ao prever, no art. 8, n.2, "g", que toda a pessoa acusada da prática de algum delito possui como garantia mínima, dentre outras, a "de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada." A CEDH, no art. 6º, garante o direito a um processo equitativo (fair trial), havendo precedentes paradigmáticos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Funke vs. France; Murray vs. The United Kingdom; Saunders vs. The United Kingdom) definindo a garantia como corolário essencial de um processo equitativo.

8. O Supremo Tribunal Federal, a) no HC 68.929, de relatoria do Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22.10.1991, decidiu pelo seu Plenário que, do direito ao silêncio, uma das formas de manifestação do princípio da não autoincriminação, decorre, igualmente, o direito do acusado de negar a prática da infração; b) já no HC 78.708, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 09.03.1999, reafirmou-se a jurisprudência do Tribunal no sentido de que a falta da advertência quanto ao direito ao silêncio torna ilícita a prova resultante do ato de inquirição; c) a evolução jurisprudencial consolidou-se por esta Corte Constitucional no julgamento, em 22.09.2011, da repercussão geral da questão constitucional debatida no RE 640139, de relatoria do Min. Dias Toffoli, oportunidade em que se reafirmou que o princípio constitucional da vedação à autoincriminação não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar maus antecedentes, o que torna típica, sem qualquer traço de ofensa ao disposto no art. 5º, LXIII, da CF, a conduta prevista no art. 307 do CP; d) o paradigmático julgamento do RE 640139 adotou a premissa de que a garantia contra a autoincriminação não pode ser interpretada de forma absoluta, admitindo, em consideração a sua natureza principiológica de direito fundamental, a possibilidade de relativização justamente para viabilizar um juízo de harmonização que permita a efetivação, em alguma medida, de outros direitos fundamentais que em face daquela eventualmente colidam.

9. A persecução penal, pela sua natureza, admite a relativização de direitos nas hipóteses de justificável tensão (e aparente colisão) entre o dever do Poder Público de promover uma repressão eficaz às condutas puníveis e as esferas de liberdade e/ou intimidade daquele que se encontra na posição de suspeito ou acusado. É o que ocorre com a garantia do nemo tenetur se detegere, que pode ser eventualmente relativizada pelo legislador.

10. A garantia do nemo tenetur se detegere no contexto da teoria geral dos direitos fundamentais implica a valoração do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos como critério balizador do juízo de ponderação, inclusive no que condiz aos postulados da proibição de excesso e de vedação à proteção insuficiente.

11. A garantia do nemo tenetur se detegere se insere no mesmo conjunto de direitos subjetivos e garantias do cidadão brasileiro de que são exemplos os direitos à intimidade, privacidade e honra, o que implica dizer que a relativização da garantia é admissível, embora mediante a observância dos parâmetros constitucionais pertinentes à harmonização de princípios eventualmente colidentes. Diante desse quadro, o direito à não autoincriminação não pode ser interpretado como o direito do suspeito, acusado ou réu a não participar da produção de medidas probatórias (FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 410/411).

12. A garantia contra a não autoincriminação tem como corolário a preservação do direito do investigado ou réu de não ser compelido a, deliberadamente, produzir manifestação oral que verse sobre o mérito da acusação.

13. O direito de o investigado ou réu não realizar condutas ativas que importem na introdução de informações ao processo também comporta diferentes níveis de flexibilização, embora a regra geral seja a da sua vedação. A jurisprudência do STF, historicamente, adotava uma postura restrita quanto à admissibilidade das chamadas intervenções corporais. Contudo, na linha do que se visualiza no cenário internacional, a jurisprudência desta Corte Superior, gradativamente, iniciou uma caminhada em sentido oposto, do que constitui precedente exemplificativo a RCL 2.040/DF, de relatoria do Min. NÉRI DA SILVEIRA, julgada na data de 21/02/2002, ocasião em que se decidiu que a autoridade jurisdicional poderia autorizar a realização de exame de DNA em material colhido de gestante mesmo sem autorização daquela última, tudo com o objetivo de investigar possível crime de estupro de que tenha sido vítima. 1

4. O direito comparado, à luz da legislação, da doutrina e a da jurisprudência dos principais países da Europa Continental, admite a intervenção corporal coercitiva, desde que autorizada judicialmente, se restrinja à cooperação passiva do sujeito investigado ou acusado e não ofenda a dignidade humana do examinado.

15. O Brasil, quanto à intervenção corporal para fins de investigação penal, assenta fundamento constitucional no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que abriga cláusula de reserva de jurisdição para o controle quanto ao tangenciamento dos direitos fundamentais à intimidade, privacidade e imagem consagrados na norma constitucional. Nesse contexto normativo, não há dúvidas de que o constituinte brasileiro admitiu a possibilidade de que o legislador autorize intervenções estatais na vida privada, inclusive no que condiz às supracitadas intervenções corporais.

16. A questão constitucional debatida no presente recurso extraordinário é se a opção legislativa de criminalizar a conduta

daquele que, com o fim deliberado de se furtar à eventual responsabilização cível e/ou penal, se afasta do local de acidente no qual se envolveu (art. 305 do CTB) ofenderia a garantia constitucional contra a autoincriminação (emanada do inciso LXIII do art. 5º da CF), na medida em que, a contrario sensu, exige do agente a conduta de permanecer no aludido local com o fim de viabilizar sua identificação pelas autoridades de trânsito, passo necessário para a promoção da sobredita responsabilização em sede judicial.

17. O tipo penal do art. 305 do CTB tem como bem jurídico tutelado “a administração da justiça, que fica prejudicada pela fuga do agente do local do evento, uma vez que tal atitude impede sua identificação e a consequente apuração do ilícito na esfera penal e civil” (CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39).

18. A fuga do local do acidente é tipificada como crime porque é do interesse da Administração da Justiça que, conforme o caso, ou o particular ou o Ministério Público disponham dos instrumentos necessários para promover a responsabilização cível e/ou penal de quem, eventualmente, provoca dolosa ou culposamente um acidente de trânsito.

19. A relativização da máxima *nemo tenetur se detegere* verificada *in casu* é admissível, uma vez que atende às duas premissas fundamentais acima estabelecidas. (a) A uma porque não afeta o núcleo irredutível da garantia enquanto direito fundamental, qual seja, jamais obrigar o investigado ou réu a agir ativamente na produção de prova contra si próprio. É que o tipo penal do art. 305 do CTB visa a obrigar que o agente permaneça no local do acidente de trânsito até a chegada da autoridade competente que, depois de identificar os envolvidos no sinistro, irá proceder ao devido registro da ocorrência. Ocorre que a exigência de permanência no local do acidente e de identificação perante a autoridade de trânsito não obriga o condutor a assumir expressamente eventual responsabilidade cível ou penal pelo sinistro e nem, tampouco, ensejará que contra ele seja aplicada qualquer penalidade caso não o faça; (b) A duas porque, em um exercício de ponderação, a referida flexibilização possibilita a efetivação em maior medida de outros princípios fundamentais com relação aos quais colide no plano concreto, sem que, ademais, acarrete qualquer violação à dignidade da pessoa humana.

20. O legislador pode conferir preponderância a princípios outros igualmente caros à sociedade, mas cuja efetivação é qualificada como mais necessária no contexto da conduta analisada, tais como a higidez da Administração da Justiça e a efetividade da persecução penal, em detrimento da valoração absoluta da não incriminação.

21. O princípio da proporcionalidade, *in casu*, assume relevância não apenas como instrumento de harmonização dos valores em conflito, como também elemento de avaliação da legítima opção do legislador de fazer preponderar, no conflito específico analisado, os bens jurídicos tutelados pela norma penal. É, no caso, legítima a referida opção porque adequada, necessária e proporcional à preservação dos aludidos bens jurídicos.

22. A aferição da proporcionalidade de uma norma penal ocorre em dois níveis diversos de avaliação. No primeiro deles, o que importa é aferir se a conduta a ser incriminada preenche os requisitos constitucionais necessários para justificar sua tipificação penal, o que se faz, em linhas gerais, analisando se a sociedade já não dispõe, dentro ou fora do ordenamento, de outro meio capaz de tutelar o bem jurídico a que se visa proteger que seja menos restritivo à esfera das liberdades individuais. Já no segundo nível de avaliação, o que importa é examinar a medida em que o direito penal irá criminalizar aquela conduta cuja tipificação penal já foi considerada como necessária na etapa anterior, o que se faz aferindo se a qualidade e a quantidade da pena cominada ao delito é proporcional à gravidade da conduta criminalizada.

23. A aferição da proporcionalidade costuma ser realizada por meio de um processo lógico de raciocínio que compreende três etapas distintas, independentemente do nível em que se der a avaliação: a) o subprincípio da necessidade está atrelado à concepção de que as restrições à liberdade do indivíduo só são admissíveis quando efetivamente necessárias à coletividade, o que, no direito penal, implica dizer que o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal deve ser relevante o suficiente para justificar a restrição de liberdade que é inerente à pena; b) o subprincípio da idoneidade, também chamado de subprincípio da adequação, está diretamente relacionado à aptidão do instrumento empregado para alcançar a finalidade desejada, ou, especificamente, na seara penal, à aptidão da norma (tipo penal incriminador) para bem tutelar o bem jurídico; c) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito tem aplicação no último momento da aferição da pertinência constitucional da norma incriminadora, demandando uma valoração comparativa entre o objetivo estabelecido e o meio proposto, de modo a que um se mostre proporcional em relação ao outro. Trata-se, portanto, de exame concernente à intensividade da intervenção penal, manifestada, sobretudo, nos parâmetros mínimo e máximo de pena selecionados pelo legislador no preceito secundário do tipo penal.

24. O princípio da proporcionalidade, implicitamente consagrado pelo texto constitucional, propugna pela proteção dos direitos

fundamentais não apenas contra os excessos estatais, mas igualmente contra a proteção jurídica insuficiente, conforme a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

25. In casu, o tipo penal analisado bem atende ao princípio da proporcionalidade como elemento balizador da validade e legitimidade da opção legislativa de restringir parcialmente a liberdade do cidadão em nome da efetivação de outros direitos fundamentais: a) porque necessária à preservação do bem jurídico da Administração da Justiça, na medida em que o Estado não dispõe de outras alternativas dotadas da mesma eficiência que a ameaça da pena para sensibilizar a sociedade a não praticar a conduta intolerada, mormente se considerado que medidas de mesma finalidade adotadas pela legislação administrativa de trânsito jamais alcançaram o efeito desejado; b) porque idônea à proteção do mesmo jurídico, na medida em que apta para sensibilizar um número maior de condutores envolvidos em acidentes de trânsito a permanecer no local do sinistro e, assim, viabilizar a apuração da responsabilidade cível e/ou penal correspondente; c) porque proporcional em sentido estrito, porquanto a sanção prevista em abstrata para o tipo penal analisado não se mostra desproporcional em consideração ao desvalor da conduta a que se busca evitar com a opção pela criminalização.

26. Ademais, eventual declaração de inconstitucionalidade da conduta tipificada no art. 305 do CTB em nome da observância absoluta e irrestrita do princípio da vedação à autoincriminação caracterizaria evidente afronta ao princípio constitucional da proporcionalidade, na sua vertente da vedação de proteção deficiente, na medida em que 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 a que o Estado deveria salvaguardar por meio da norma penal, assim como, indiretamente, direitos fundamentais, principalmente a vida, a que se busca proteger por meio da promoção de maior segurança no trânsito.

27. A exigência emanada do tipo penal quanto à permanência do envolvido no local do acidente pelo tempo que se mostrar necessário não deslegitima eventual opção pela fuga quando esta se afigurar como imperiosa para tutelar a vida ou a integridade física do agente. Nada obsta que os juízes, uma vez presentes aquelas circunstâncias fáticas, em que pese a adequação típica da fuga, reconheçam a sua antijuridicidade e, assim, afastem o caráter criminoso da conduta. Trata-se, de qualquer modo, de exame que só poderá ser realizado à luz de cada caso concreto, não servindo para infirmar, em um plano abstrato de discussão, a norma penal analisada.

28. Voto no sentido de julgar procedente o recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul,

para o fim de reformar o acórdão proferido pela Turma Recursal Criminal daquele Estado que, ao apreciar recurso interposto pela defesa de réu que fora condenado pela prática do crime previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, declarou a inconstitucionalidade do referido tipo penal e, conseqüentemente, absolveu o réu.

29. Considerando a natureza objetiva do julgamento, diante do reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional debatida, propõe-se a fixação da 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.”

(RE 971959, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14 /11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07-2020).

Como se depreende da leitura do referido julgado, a posição que acabou por prevalecer é a de que é constitucional o tipo previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.

Não fosse a posição já acolhida pelo colegiado, tenho que o cerne da controvérsia diz respeito a saber se o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação conferem o direito à fuga do local do acidente. Para isso, transcrevo o tipo penal e a regra constitucional e convencional:

“Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída”.

O art. 5, LXIII, da CFRB, dispõe:

“LXIII -o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos no art. 8, item 2, g , estabelece a garantia judicial da não autoincriminação:

“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;”

Sopesados os princípios, compreendo que a evasão do local do acidente não constitui exercício do direito ao silêncio ou do princípio do *nemo tenetur se detegere*. A meu sentir, referidos direitos limitam o Estado de impor a colaboração ativa do condutor do veículo envolvido no acidente para produção de provas que o prejudique.

Ponto que a escolha do legislador infraconstitucional está em consonância com o escopo da regra convencional sobre trânsito de “ ***aumentar a segurança nas rodovias mediante a adoção de regras uniformes de trânsito*** ”.

Por tal razão, depreendo que a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro não afronta o princípio da isonomia. O conjunto de leis no sentido do recrudescimento das regras de conduta no trânsito decorre da política criminal que visa acoirar a lamentável e alarmante situação que envolvem os acidentes de trânsito e que resultam, invariavelmente, mortes e graves lesões; e a identificação dos envolvidos constitui fator imprescindível para consecução da finalidade da norma de regência.

Nessa dimensão, compreendo que ao condutor lhe é concedido uma série de direitos resultantes da autorização conferida pelo Estado, mas que, a seu lado, obrigações são irrogadas e dentre elas, encontra-se a de permanecer no local do acidente para que seja identificado. Ressalto que a permanência no local do acidente não comporta ilação de confissão de autoria delitiva ou de responsabilidade pelo sinistro, mas tão somente a sua identificação.

A propósito, o dever de permanecer no local do acidente está previsto no art. 31 da Convenção de Trânsito de Viena, internalizada por meio do Decreto nº 86.714 de 10.12.1981, que dispõe:

“Artigo 31

Comportamento em caso de acidente

1. Sem prejuízo do disposto nas legislações nacionais sobre a obrigação de prestar auxílio aos feridos, todo condutor ou qualquer outro usuário da via, implicado em um acidente de trânsito, deverá:

(...)

c) se exigido por outras pessoas implicadas no acidente, comunicar-lhe sua identidade;

d) se houver resultado ferida ou morta alguma pessoa no acidente, advertir à polícia e permanecer ou voltar ao local do acidente até a chegada desta, a menos que tenha sido autorizado por esta para abandonar o local ou que deva prestar auxílio aos feridos ou ser ele próprio socorrido.”

Ademais, a vertente que compreende inconstitucional sustenta que o tipo penal pode ensejar a prisão por dívida. A meu sentir, este argumento não se sustenta, considerando que o tipo penal em comento, obriga a permanência daquele envolvido no acidente, ainda que decorra responsabilidade na esfera estritamente civil. O bem jurídico tutelado é a Administração da justiça que busca a identificação do condutor. Portanto, o agente é punido por evadir-se e não pela dívida decorrente do sinistro.

Ante o exposto, renovando o pedido de vênia ao e. Ministro Relator, declaro a constitucionalidade do tipo penal descrito no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro e, por consequência, julgo procedente a presente ação declaratória.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 20/02/2016 09:57