

DYONE ACÁCIO DE SOUZA MARINHO

O ARTIGO 305 DA LEI 9.503/ 97 E A GARANTIA CONSTITUCIONAL
QUE NINGUÉM ESTÁ OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI

FIC – MINAS GERAIS
CURSO DE DIREITO
2014

DYONE ACÁCIO DE SOUZA MARINHO

O ARTIGO 305 DA LEI 9.503/ 97 E A GARANTIA CONSTITUCIONAL
QUE NINGUÉM ESTÁ OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Rodolfo Assis Ferreira.

FIC – CARATINGA
2014

À minha mãe, motivo da minha luta,
Ao meu pai, sempre guerreiro,
Aos meus irmãos,
A todos os sobrinhos,
Amigos,
A todos vocês dedico este trabalho.

Chegar até aqui não foi tarefa fácil. Encaro como uma grande vitória, não só minha, mas de todos àqueles que estiveram ao meu lado, sobretudo Deus, que não me deixou desistir, minha família que sempre acreditou em meu potencial, aos amigos, ao professor Rodolfo, que me orientou fielmente. A todos os outros professores da rede, bem como os funcionários. A todos meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema “O artigo 305 Código de Trânsito Brasileiro, e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a fazer prova contra si, e pretende-se extrair que a tipificação da conduta do condutor de veículo que se afasta do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, fere o princípio do devido processo legal, da ampla defesa, bem como o da não culpabilidade, uma vez que a criação de normas penais incriminadoras que violam princípios e garantias fundamentais pode induzir a um Estado totalitário.

Palavras-chave: Princípio; Ampla defesa; Não culpabilidade; Garantias fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	8
CAPÍTULO I – DIREITO PENAL E O ART. 305 DA LEI Nº 9.503/97	11
1.1. Conceito de Direito Penal	11
1.2. Fato Típico	12
1.2.1. Conceito de crime	12
1.2.2. Tipo penal	14
1.2.3. Tipicidade	16
1.3. Definição legal do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro	17
CAPÍTULO II - BEM JURÍDICO E BEM JURÍDICO PENAL	22
2.1. Conceito de bem jurídico e bem jurídico penal	22
2.2. Funções da Teoria do bem jurídico	25
2.3. O bem jurídico tutelado pelo art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro	31
CAPÍTULO III - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	35
3.1. Conceito de Estado Democrático de Direito	35
3.2. Constituição	36
3.3. Classificação da Constituição Federal de 1988	37
3.4. Controle de Constitucionalidade	38
3.4.1. Conceito de inconstitucionalidade	39
3.4.2. Espécies de inconstitucionalidade	40
3.4.3. Momentos de controle	41
3.4.4. Quanto às vias do controle judicial (jurisdicional)	42
3.5. Princípios constitucionais	43
3.6. O art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O tema abordado nesta pesquisa consiste analisar a aplicação da garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, no caso de ocorrência da conduta descrita no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro. O problema questionado se refere a possibilidade do cidadão esquivar-se da penalidade do referido artigo, diante de tal princípio.

Como hipótese confirmada ao longo do trabalho, tem-se que a tipificação da conduta do condutor de veículo que se afasta do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil, fere o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si.

Apresenta-se como marco teórico o posicionamento do renomado autor Guilherme de Souza Nucci, o qual sustenta:

(...) 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 autoacusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as conseqüências penais e civis do que provocou. Qualquer criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97. *Afastar-se* (retirar-se, ir embora) do local do acidente de trânsito, com o fim de não ser penal ou civilmente responsabilizado.¹

Quanto a metodologia a presente pesquisa utiliza-se do método teórico-dogmático, tendo em vista o manuseio de doutrina, jurisprudências junto Tribunal mineiro, artigos, bem como a legislação pertinente ao tema. Afere-se como setor de conhecimento da presente pesquisa a natureza transdisciplinar, considerando o intercruzamento e busca de informações em diferentes ramos do Direito, tais como penal, processo penal, constitucional, internacional.

O presente trabalho é composta de três capítulos. O primeiro deles intitulado Direito Penal e o art. 305 da Lei nº 9.503/97, aborda o conceito de direito penal, bem como caracteriza a figura típica do tipo citado. No segundo capítulo, sob o título Bem jurídico e Bem jurídico, esboça o conceito de bem jurídico, sua função, e também, qual bem jurídico tutelado pelo art. 305 do CTB. E por fim, no terceiro capítulo, qual

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1116.

seja, O Estado Democrático de Direito e suas garantias constitucionais, será abordado o conceito de um estado de direito, sua constituição como lei maior, assim como trazer a importâncias dos direitos e garantias trazidos nela, em especial o devido processo legal, ampla defesa, e a garantia que ninguém está obrigado a produzir prova contra si.

Em busca do objetivo almejado, o presente trabalho posiciona-se no sentido que o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro é inconstitucional, não merecendo aplicabilidade, pois vislumbra-se que, além de afrontar, diretamente, a garantia individual de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*), o dispositivo contraria as garantias da ampla defesa e do devido processo legal.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tem-se como foco da presente pesquisa o estudo do paralelo existente entre o crime de fuga à responsabilidade penal e a garantia fundamental do cidadão de não autoincriminar-se.

Diz o tipo penal:

Art. 305, do Código de Trânsito Brasileiro – Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.
Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.²

Em que pese as boas intenções do legislador, tal comando normativo padece de vícios constitucionais que prejudicam a sua aplicabilidade, destacando-se a afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, consubstanciada no direito ao silêncio e da não produção de prova contra si.

Ocorre que, no afã de facilitar a administração da justiça, em virtude da dificuldade de se aferir a autoria de delitos de trânsito em caso de fuga do condutor, o dispositivo feriu alguns dos mais importantes princípios constitucionais consagrados em nosso ordenamento jurídico.

Com isso, faz-se necessária a explanação que, segundo Cesar Roberto Bittencourt, princípio “é uma garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão³”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁴

² BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. **Vade Mecum**. 16. Ed. São Paulo: Rideel, 2013, p.675.

³ BITENCOURT, Cesar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, parte 1, 19ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p.49.

⁴ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios Jurídicos. **Revista Uniara**. n. 20, 2007. p. 15. Disponível em www.uniara.com.br/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf. Acesso em 26 de maio de 2015.

Os direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições dos Estados democráticos têm primazia, vez que muitos deles, especialmente os países da América Latina, conviveram por muitos anos sob o contexto de regimes ditatoriais, que, a pretexto de garantir a segurança nacional, violaram os direitos e garantias inerentes a todos os seres humanos.

Havendo a necessidade de se assegurar a todos os cidadãos o respeito incondicional a tais direitos e garantias fundamentais, limitando, assim, o poder do estado, que o legislador originário incluiu no rol positivado da Carta Constitucional alguns privilégios, dentre eles, o da não autoincriminação.

Com efeito:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

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;⁵

Em igual linha de raciocínio, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, no artigo 8º, sob as Garantias Judiciais, mais precisamente, no n. 2, g, assegura a qualquer pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.⁶

Com isso, acerca do princípio de que ninguém está obrigado a autoincriminar-se argumenta Guilherme de Souza Nucci:

Decorre da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e ampla defesa. Afirma que se o indivíduo é inocente até que se prove sua culpa, possui o direito de produzir amplamente prova em seu favor bem como de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo.⁷

Quanto às garantias fundamentais diz Canotilho:

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 21-25.

6 JORGE, Ana Paula; RIO, Josué Justino do. O artigo 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si – nemo tenetur se detegere. **Revista Bonijuris**. Curitiba, v. 24, n. 12, p.79, dezembro 2012.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁸

Pretende-se com o presente trabalho, questionar a aplicabilidade da sanção contida no art. 305 do CTB, tendo em vista o direito do cidadão de não auto incriminar-se, uma vez que pode o cidadão esquivar-se da penalidade do art. 305 – CTB -, diante do princípio que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Busca assim extrair que a tipificação da conduta do condutor que se afasta do local do acidente para fugir à responsabilidade penal, fere o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si, orientando-se assim pelas idéias sustentadas por Guilherme de Souza Nucci:

(...) trata-se do delito de fuga à responsabilidade; que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contraria, 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 autoacusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as conseqüências penais e civis do que provocou. Qualquer criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97. *Afastar-se* (retirar-se, ir embora) do local do acidente de trânsito, com o fim de não ser penal ou civilmente responsabilizado.⁹

Logo, a violação a um princípio é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, pois a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema e corrosão de uma estrutura mestra.

Assim, pode-se dizer que a criação de normas penais incriminadoras que ferem direitos e garantias fundamentais, tendem a retroceder a um estado totalitário, onde o cidadão convive com os mandos e desmandos dos governantes.

8 GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2075>>. Acesso em: 23 maio 2014.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1116.

CAPÍTULO I – DIREITO PENAL E O ART. 305 DA LEI Nº 9.503/97.

1.1 Conceito de Direito Penal

A vida em sociedade determina um complexo de normas disciplinares que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre indivíduos que as compõem.

O fato que contraria estas normas, ofendendo ou pondo em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade, é um ilícito penal, passível de aplicação de sanção.

Nesse momento, surge o conceito de Direito Penal, conforme preceitua Cezar Roberto Bittencourt:

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça¹⁰.

Assim, depreende-se que Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que tendem a regular o poder punitivo estatal, associando o crime à consequência, que seria a pena.

Nessa direção segue o posicionamento de Magalhães Noronha que definia o Direito Penal como “o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”¹¹.

No entendimento de Zaffaroni e Pierangeli o Direito Penal se consubstancia em duas entidades diferentes sendo uma o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal, e a outra o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal.

Logo, conceitua-se o Direito Penal da seguinte forma:

Em primeiro momento (legislação penal), é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama delito, e aspira a que tenha como

10 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

11 BITENCOURT, Cesar Roberto. Op., cit., p. 32.

consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal.¹²

Nas palavras de Mirabete e Fabbrini:

O fim do direito penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais. Deve-se observar, contudo, que alguns desses bens jurídicos não são tutelados penalmente quando, a critério do legislador, não é relevantemente anti-social a ação que o lesou, ou seja, não é acentuado o desvalor da conduta do autor da lesão.¹³

Logo, a obrigação do Direito Penal é de natureza excentricamente jurídica, visando primordialmente a proteção dos bens jurídicos.

Em suma, Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas mediante o qual o Estado proíbe determinadas condutas (ações ou omissões), sob ameaça de sanção penal.

1.2 Fato típico

1.2.1 Conceito de crime

Avoca-se “teoria do delito” a parte da ciência penal que se delimita a explicar o que é delito em geral, isto é, quais são as características inerentes a qualquer delito.

Logo, o conceito de delito é essencialmente jurídico, uma vez que é deixado a cargo da doutrina sua elaboração, tendo em vista que o Código Penal vigente não contém uma definição de crime.

Consoante entendimento de Zaffaroni e Pierangeli, “delitos não podem ser nada diferentes que condutas humanas, pois não tem hoje sentido falar de “delitos” que não sejam condutas humanas”.¹⁴

12 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83.

13 MIRABETE, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3.

14 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 341.

Mais adiante afirma que delito é “as condutas proibidas a que se associa uma pena como consequência”.¹⁵

Para Mirabete, a definição de crime se molda sob três aspectos, que são: formal, material ou substancial e analítico.

Sobre o conceito formal, afirma que “crime é qualquer ação legalmente punível”¹⁶, e vai além afirmando que “crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”.¹⁷

Observa por esse conceito que sua definição é superficial, não adentrando em sua essência, ou seja, em sua matéria.

Tendo em vista as concepções formais não entrarem na essência do crime, se faz necessário posicionar acerca dos motivos que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, bem como determinar o nível de ofensa ao bem jurídico.

Assim, chega-se ao conceito material ou substancial de crime, que segundo o autor, “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”.¹⁸

Logo:

Considera o crime como a conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com sua agressão perigosidade social.¹⁹

Ressalta-se que a doutrina ainda não construiu um conceito material, definitivo, de crime, tendo em vista a mutabilidade da cultura, etc.

Para ele, os conceitos formal e material são insuficientes para permitir a dogmática penal, sendo necessária então a adoção de um conceito analítico de crime, no qual afirma que a punibilidade não é elemento do crime, por essas razões,

15 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 341.

16 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 81.

17 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 81.

18 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 82.

19 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 82.

surge tal conceito, passando a conceituar o crime como “ação típica, antijurídica e culpável”.²⁰

Neste mesmo sentido, coaduna Rogério Greco, no qual afirma que “para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável”.²¹

Voltamos ao entendimento de Zaffaroni, no qual afirma que:

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).²²

Ao final, segundo posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt, a definição legal de crime no Brasil encontra-se respaldo na Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, afirmando que:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativamente ou cumulativamente.²³

Conforme já explicitado, o Código Penal brasileiro não define crime, trazendo apenas a diferenciação entre crimes e contravenções, ficando a cargo da doutrina nacional essa definição.

1.2.2 Tipo penal

Como conceito de tipo penal, aduz Zaffaroni e Pierangeli, “é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem

20 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83.

21 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev., e atual. Niterói: Impetus, 2008. p. 142.

22 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 344.

23 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 252.

por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”²⁴, assim é o entendimento de que o Direito Penal é fragmentado não resta dúvidas, assim, tem como consequência a construção tipológica com o fim de individualizar as condutas que considera gravemente lesiva de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados.

Desta feita, posiciona Bitencourt da seguinte forma:

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas(...). Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.²⁵

Cada tipo é dono de características e elementos próprios de forma que os distinguirá uns dos outros, tornando-os inconfundíveis, sendo, portanto, inadmissível a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente.

Mirabete afirma que “a lei deve especificar exatamente a matéria de suas proibições, os fatos que são proibidos sob ameaça de sanção penal, ou seja, o que é considerado crime. Isso é feito através dos tipos penais”.²⁶

Registre-se que todo tipo penal é descritivo, uma vez que é composto de elementos objetivos, sendo o mais significativo entre esses elementos o verbo, que é exatamente a palavra que serve gramaticalmente para delinear uma ação.

Logo, podemos chegar a dois conceitos de tipo penal: o formal e o material.

Diz-se formal quando há a descrição na lei de uma conduta humana proibida se estabelecendo uma sanção como consequência (verbo). Quanto ao conceito material, a tipicidade se traduz através da análise da relevância da lesão ao bem jurídico, que se traduz pelo dolo do agente transgressor.

24 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 387.

25 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

26 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. ver., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 86.

1.2.3 Tipicidade

A adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei, diz-se ser a tipicidade.

Logo, preleciona Mirabete e Fabrini:

Como o tipo penal é composto não só de elementos objetivos, mas também de elementos normativos subjetivos, é indispensável para a existência da tipicidade que não só o fato, objetivamente considerado, mas também sua antijuridicidade e os elementos subjetivos se subsumam a ele.²⁷

Consoante entendimento de Zaffaroni e Pierangeli:

Não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal.²⁸

Então, diante do exposto, chega-se à conclusão que “tipo” é a fórmula legal, enquanto a “tipicidade” é a característica de adequação ao tipo que possui a conduta.

“A tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*”²⁹, afirma Cesar Roberto Bitencourt. Continua asseverando que “tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”.³⁰

Ainda de acordo com seu posicionamento “um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei”³¹.

Por fim, afirma-se para que um fato típico tenha tipicidade, é necessário ainda, que ele venha acompanhado de conduta (ação ou omissão), o resultado e a relação de causalidade.³²

27 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. Op., cit., p. 102.

28 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 388.

29 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 306.

30 BITENCOURT, Cesar Roberto. Op., cit., p. 306.

31 BITENCOURT, Cesar Roberto. Op., cit., p. 306.

32 MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. ver., e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 88.

1.3 Definição legal do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro

Dispõe o Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.³³

O núcleo do tipo é afastar-se, que significa distanciar-se, deslocar-se, retirar-se o agente do local do acidente.

Em relação aos sujeitos do delito de fuga do local do acidente de trânsito, tem-se que o *sujeito ativo* é o motorista do automóvel. Em razão disso, classifica-se como crime próprio, isto é, somente pode ser perpetrado pelo condutor do veículo envolvido no acidente e que empreendeu fuga do local.

Nessa mesma linha, Guilherme de Souza Nucci assevera que “o sujeito ativo é somente o condutor do veículo envolvido em acidente de trânsito”.³⁴

Nos dizeres de Nogueira, “só o condutor do veículo que deva arcar com alguma responsabilidade civil ou penal em face do acidente poderá ser sujeito ativo do delito”.³⁵

Já Pires e Sales, admitem que “sujeito agente é o condutor do veículo que provocou o acidente”.³⁶

Percebe-se pelo texto da definição legal que deve tratar de acidente, em tese, constitutivo de crime, uma vez que referencia uma responsabilidade penal, bem como a seção em que se insere o tipo em estudo “Dos crimes em espécie”.

Assim, meros acidentes que não estão cercados de um dano existencial, não pode, in casu, configurar crime de trânsito, uma vez que a doutrina majoritária aponta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

Quanto ao *sujeito passivo* do referido delito, a corrente majoritária, que tem entre seus expoentes Pires e Sales, Nucci³⁷, Brito Nogueira³⁸ entre outros, entende

33 BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. **Vade Mecum**. 16. ed. especial. São Paulo: Rideel, 2013.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1116.

35 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.

36 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 210.

37 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1116.

que é o Estado e, secundariamente, a pessoa prejudicada pela conduta, ou seja, a vítima. Pires e Sales vão além e asseveram que também:

É o Estado, a quem incumbe zelar pela administração da justiça, e que eventualmente poderá ser a pessoa física ou jurídica, vítima da lesão patrimonial, devido ao possível ressarcimento do qual será privada em razão da fuga do agente.³⁹

Capez e Gonçalves afirmam que:

Somente responde pelo delito aquele que se envolve culposamente no acidente, pois apenas este pode ser responsabilizado pela conduta. Assim, não comete crime quem se afasta do local de acidente para o qual não tenha contribuído ao menos culposamente. Em razão disso, a punição do agente pressupõe que se prove, ainda que incidentalmente, que tenha sido ele o responsável pelo ocorrido.⁴⁰

Para Brito Nogueira, “sujeito passivo são o Estado (responsável pela promoção da atividade investigatória e da responsabilidade penal) e as vítimas do acidente (no tocante à responsabilidade civil)”.⁴¹

Quanto ao objeto jurídico tutelado leciona Pires e Sales:

Tutela-se a administração da justiça. No tipo penal em epígrafe, a administração da justiça é tomada em sentido estrito, isto é, como poder ou função soberana do Estado com a finalidade de aplicar o direito para consecução de suas finalidades. A incriminação, pois, possui como ratio garantir a execução das leis penais (...). Quanto à responsabilidade penal, recorde-se ser interesse do Estado apurar o crime e punir o responsável, e, dependendo do caso, prestar imediato ressarcimento à vítima (...).⁴²

Brito Nogueira diz que:

O legislador tutela o interesse do Estado na persecução criminal e, secundariamente, o interesse da vítima na reparação do dano. O legislador,

38 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.

39 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 210.

40 SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 22 maio 2014.

41 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.

42 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Del Rey, 1998, p. 209.

ao definir esse tipo penal, preocupou-se, também, em salvaguardar a identificação do condutor do veículo atropelante causador do acidente ou implicado de algum modo no fato.⁴³

No tocante ao tipo objetivo, tem-se que, no entendimento de Brito Nogueira, “a conduta consiste em evadir-se, retirar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade civil ou penal que lhe possa ser atribuída”.⁴⁴

Quanto ao tipo subjetivo, continua Brito Nogueira “é o dolo direto. Delito doloso, exigindo o tipo o dolo direto do condutor, ou seja, a vontade de afastar-se do local do acidente para o fim especial de fugir à responsabilidade penal ou civil”.⁴⁵

Noutro vértice, afirmam Pires e Sales que:

O tipo penal requer, para sua configuração, um elemento subjetivo especial (posição finalista) ou dolo específico (posição causal): o agente deve afastar-se do local para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.⁴⁶

Nucci afirma que o tipo subjetivo “é o dolo. Não se pune a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo específico consistente na finalidade de fugir à responsabilidade penal ou civil”.⁴⁷

No tocante à consumação, Capez e Gonçalves alegam que “dá-se com a fuga do local, ainda que o agente seja identificado e não atinja a sua finalidade de eximir-se da responsabilidade pelo evento. Trata-se de crime formal”⁴⁸. Por outro lado, Jesus ressalta que a fuga do local deve ser eficaz, no sentido de impedir a descoberta da autoria do fato, eximindo o motorista da responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Se ele foge, mas alguém anota os dados de

43 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.

44 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. P. 118.

45 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.

46 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 212.

47 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1116.

48 SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 22 maio 2014.

identificação do veículo, o afastamento é inócuo, não havendo razão para a punição penal.⁴⁹

Na mesma linha segue Pires e Sales:

Consuma-se o crime no momento em que o agente retira-se do local. É indiferente tenha ou não conseguido fugir à ação das autoridades ou iludir os direitos da vítima na esfera civil, pois o crime é de perigo abstrato. A lei presume *juris et de jure*.⁵⁰

Brito Nogueira afirma que se trata de:

Crime de mera conduta, que independe de resultado. A consumação ocorre no momento em que o condutor se afasta do local do acidente, para o fim especial previsto no tipo penal. Não exige o tipo que se trate de acidente de trânsito com vítima (lesão corporal ou morte), como se dá na inovação artificiosa de trânsito (art. 312). Assim, o crime estará consumado mesmo em se tratando de acidente de trânsito de que resultem apenas danos materiais, limitando o fato à infração administrativa, pois a fuga, nesse caso, poderá ter por fim evitar a responsabilidade civil.⁵¹

Para maioria da doutrina, admite-se a possibilidade da tentativa. Não obstante o posicionamento da corrente majoritária, Pires e Sales, por motivos de política criminal, optam pela irrelevância da tentativa nos crimes de perigo, uma vez que tal tipificação fere o princípio da intervenção mínima, bem como o princípio da insignificância:

Com efeito, em que pesem as opiniões em contrário, inadmitimos a tentativa de crime de perigo. Se se trata de crime de perigo, a tentativa, obviamente, seria conceituada como perigo de perigo, o que se nos afigura, além de esdrúxulo, desaconselhável do ponto de vista da política criminal. Por que punir algo que nada mais representou que o perigo de perigo? Ademais, se o perigo é a probabilidade, pelo menos, de um dano, claro está que a tentativa do crime de perigo não alcançaria aquele mínimo, daí optarmos pela sua irrelevância.⁵²

49 SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 22 maio 2014.

50 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 211.

51 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 118.

52 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 212.

Cesar Roberto Bitencourt⁵³ é mais abrangente e diz que todos os crimes de perigo abstrata é inconstitucional, uma vez que não apresentam uma lesão efetiva e concreta ao bem jurídico protegido.

Quanto à pena prevista, é a detenção, de seis meses a um ano, alternativamente com a pena de multa, assim no tocante à ação penal, afirmam Pires e Sales:

A ação penal é pública incondicionada. Tendo em vista o quantum da pena cominada, a competência para julgamento é do Juizado Especial Criminal, admitindo-se a aplicação da pena mediante proposta das partes (transação penal) e a suspensão condicional do processo.⁵⁴

E, por fim, diante da classificação do art. 305 do Código de Trânsito, resta a identificação do seu objeto material, predominando o entendimento de Guilherme de Souza Nucci que assevera “é o próprio local do acidente”⁵⁵. Em síntese, pode-se depreender que na doutrina prevalece o entendimento de que o crime de fuga do local do acidente classifica-se como um:

Crime próprio (só pode ser praticado por pessoa específica), formal (não exige resultado naturalístico, consistente na existência de lesão efetiva ao Estado), de forma livre (pode ser cometido de qualquer forma), comissivo (demanda-se uma ação), excepcionalmente comissivo por omissão (art. 13, § 2º, CP), instantâneo (o resultado não se prolonga no tempo), unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa), plurissubsistente (exige-se vários atos) e admite tentativa.⁵⁶

Trata-se de um tipo penal de extrema dificuldade em sua configuração e comprovação, uma vez que, para a consumação do delito não basta o condutor do veículo se afastar do local do acidente, sem justa causa, e necessário comprovar que ele se afastou com intuito de fugir à responsabilidade civil ou penal que lhe possa ser atribuída.

53 BITENCOURT. Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

54 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 213.

55 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1116.

56 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1116.

CAPÍTULO II - BEM JURÍDICO E BEM JURÍDICO PENAL

2.1. Conceito de bem jurídico e bem jurídico penal

Viver em sociedade consiste em aceitar que a sociedade não está imune ao aparecimento de conflitos e, por essa razão, faz-se necessária a criação pelo Estado de sistemas de controle social formais. Assim, o Direito Penal exerce função ímpar na sociedade: busca aferir meios para o pacífico desenvolvimento social, através da criação de tipos penais incriminadores, estabelecendo a aplicação de sanções de caráter penal àqueles que, por meio de suas condutas, causem lesão ou exponham a risco concreto de lesão a bem jurídico de outrem, tutelado penalmente.

No entanto, uma vez inserido em um Estado Democrático de Direito, sua atuação somente pode ser considerada legítima quando voltado à missão que o fundamenta: a proteção de bens jurídicos-penais.

A princípio, observa-se a impossibilidade de dissociar a noção de delito da noção de bem jurídico, sem atingir profundamente o próprio Estado Democrático de Direito. Sem tal análise a atividade persecutória do Estado poderia tornar-se ilimitada.

Adentraríamos então, inevitavelmente, o campo da arbitrariedade, abrindo espaço para que se punisse pelo simples fato de punir e possibilitando o aparecimento de um Estado Autoritário. Estado este, que no âmbito do Direito Penal poderia dispor a seu “bel prazer” da noção de bem jurídico, não no seu caráter limitativo, como abaixo se verá, mas para viabilizar uma atividade punitiva desenfreada.

Mister salientar a conceituação de bens jurídicos e bens jurídicos penalmente tutelados.

Vamos então à noção de bem jurídico.

Gisela França da Costa, diz que o conceito de bem é composto de certa amplitude e de múltiplos significados. Traço aqui apenas algumas acepções do que seja o bem:

Em geral, tudo que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título. Na verdade bem é a palavra tradicional para indicar o que, na linguagem moderna, se chama valor. Um bem é um livro, um cavalo, um alimento,

qualquer coisa que se possa vender ou comprar; um bem também é beleza, dignidade ou virtude humana, bem como a ação virtuosa, um comportamento aprovável. (...) A palavra pode ainda num significado mais específico, num recorte, se referir à moralidade, isto é, dos mores, da conduta, dos comportamentos humanos intersubjetivos, designando, assim, o valor específico de tais comportamentos”.⁵⁷

Afirma Cesar Roberto Bitencourt que bem jurídico “pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”.⁵⁸

Assim, o bem jurídico deve ser pré-estabelecido, ou seja, protegido anteriormente à norma penal.

Segundo Roxin, veja uma compreensão inicial do que vem a ser bem jurídico:

Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁵⁹

O ponto de vista de bem jurídico remonta, primeiramente, o juízo de bem existencial, imprescindível ao desenvolvimento social, o qual, de acordo com a lição de Bianchini, Molina e Gomes:

[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.⁶⁰

Do exposto acima, pode-se concluir que não há hierarquia entre o conceito de bem ao de bem jurídico, logo, este se constitui num plano próprio e delimitado.

Mas o mero reconhecimento de um bem existencial não se faz bastante necessário para reconhecê-lo com status de bem de bem jurídico. Antes porém,

57 COSTA, Gisela França da. Bem jurídico penal e Estado Democrático de Direito. Disponível em: http://www.castelobranco.br/sistema/novoenfoco/files/04/REVISTA_ELETRONICA_DE_DIREITO_D_A_UCB-BEM_JURIDICO-PENAL_E_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.pdf. Acesso em 26 de maio de 2014.

58 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

59 SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 26 maio 2014.

60 SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 26 maio 2014..

deverá ser analisado se possui elementos dignos de levá-lo a ser protegido juridicamente em uma relação social.

Nesse aspecto, podemos dizer que o substrato subjetivo do bem jurídico é o interesse do ser humano em relação a um determinado bem existencial.

Assim, nesse ponto de vista, uma vez identificado o surgimento de um bem existencial cuja importância para o desenvolvimento das relações sociais é indiscutível e inegável, sendo ele acatado como digno de proteção jurídica, inicia-se uma atividade de reconhecimento e valoração do precitado bem pelo Direito, o qual se torna, finalmente, um bem jurídico.

Por conseguinte, bem jurídico nada mais é do que o reconhecimento pelo Direito desse interesse do ser humano por um bem existencial.

Canterji também se coloca quanto ao conceito de bens jurídicos:

[...] inicialmente se coloca como missão do Direito Penal a tutela do bem jurídico e, em seguida, afirma-se que bem jurídico é todo Estado Social pretendido que o Direito deseja assegurar contra lesões. Em outras palavras, o objetivo do Direito Penal é a tutela do bem jurídico, podendo esse ser conceituado como todo valor da vida humana protegido pelo Direito.⁶¹

Portanto, o conceito de bem jurídico traduz um interesse existencial da sociedade que, por ser entendido como imprescindível à sua própria existência comunitária, recebe um juízo de valoração pelo Direito e passa a gozar de proteção jurídica. Quando essa valoração e proteção é conferida por uma norma penal, a qual prevê tipos penais incriminadores e da cominação de sanções penais, verifica-se a existência de um bem jurídico-penal.

Consoante dicção de Bianchini, Molina e Gomes:

O bem jurídico-penal, por seu turno, compreende os bens existenciais (pessoais) valorados positivamente pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal (bem jurídico-penal = bem existencial + valoração positiva + tutela por uma norma penal). Sendo certo que a norma penal somente tutela o bem no contexto de uma relação conflitiva.⁶²

61 SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 26 maio 2014.

62 SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 26 maio 2014.

Ressalta-se, entretanto, que para o reconhecimento de um bem jurídico ao status de bem jurídico penal, será feita uma seleção de valores existenciais ligada ao caráter fragmentário do Direito Penal.

Assim, o Direito Penal não procederá a proteção de bens de forma indistinta e aleatória, senão seletiva e fragmentária, nem procederá a proteção de todos os bens existentes. Ao contrário ficará adstrito à proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais gravosos que estes estejam suscetíveis de sofrer.

Para merecer a tutela penal, o bem jurídico necessita revelar dignidade penal.

Uma vez estarem intimamente ligado aos valores indispensáveis ao pleno desenvolvimento social, os bens jurídicos sofrem constantes mutações e tendem a acompanhar a alteração do pensamento social acerca dos valores socialmente aceitos, passando portanto, constantemente, por uma análise de adequação social.

Logo, pode-se dizer que eles não têm uma validade natural e infinita, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais.

Em síntese, nota-se que bens jurídicos são interesses essenciais para a existência de uma convivência social pacífica e plena, os quais, por sua imprescindibilidade, gozam de proteção jurídica. Enfim, quando essa proteção é conferida pelo Direito Penal, por meio da previsão de crimes e cominação de sanções penais, sempre em consonância com os ideais da fragmentariedade e subsidiariedade deste modelo de controle social, está-se diante de um bem jurídico-penal, noção que constitui todo o alicerce do Direito Penal democrático e da ofensividade.

2.2. Funções da teoria do bem jurídico

Uma vez reconhecido o bem jurídico-penal como base de todo o Direito Penal democrático, é inegável a importância que o estudo teórico a seu respeito possui para a Ciência Penal.

A linha principal de raciocínio para a determinação de uma ação como típica, se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico. Não há que se falar em tipos penais e, pois, delitos dissociados de bens jurídicos.

Logo, em um Estado Democrático de Direito, a incriminação não deve ser entendida como evidente apenas pela circunstância de estar prevista na lei. Se por um lado a legalização é utilizada como meio para frear as ânsias punitivas do poder Estatal, deverá, também, submeter-se a um procedimento de verificação de sua legitimidade.

Assim, argumenta Juarez Tavares:

Geralmente, a doutrina traça uma lista de exigências que devem ser atendidas para conter o déficit de legitimidade das normas incriminadoras: da necessidade da lesão ao bem jurídico, da clareza e taxatividade dos enunciados, da observância aos princípios da intervenção mínima(...).⁶³

E continua asseverando:

Além disso, exige-se que a incriminação se refira a uma ação, que essa ação produza um resultado, que esse resultado possa ser empiricamente aferido e que seja possível reconhecer um sujeito como condutor da ação e que tenha atuado com certa autonomia na produção do evento.⁶⁴

No tocante às funções do bem jurídico, uma delas nos remete aos princípios da lesividade, que tem como uma de suas finalidades a de proibir a incriminação de condutas que não afetem um bem jurídico. Daí, pode-se afirmar que a primeira função do princípio da lesividade é limitadora do *ius puniendi* estatal.

Afirma Rogério Greco que tal princípio “nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal”.⁶⁵

Porém, tal princípio atua em consonância com o princípio da intervenção mínima, afirmando serem duas faces de uma mesma moeda⁶⁶, na qual, o direito penal deve interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado em último caso, quando os demais ramos do direito não forem capazes de proteger aqueles bens consignados como de maior importância.

Nesse sentido é a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

63 TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. p. 8. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Juarez-Tavares.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2014.

64 TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. p. 8. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Juarez-Tavares.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2014.

65 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 53.

66 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 49.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.⁶⁷

Em síntese, antes de se buscar o Direito Penal, deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando esses meios se tornam insuficientes à tutela de determinado bem jurídico, é que se justifica a utilização daquele meio repressivo de controle social.

Ainda quanto ao princípio da intervenção mínima, diz Mirabete e Fabbrini:

Apenas as condutas deletérias da espinha dorsal axiológica do sistema global histórico-cultural da sociedade devem ser tipificadas e reprimidas. Não se devem incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional. O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas das vezes servindo apenas a interesses políticos do momento para aplacar o clamor público exacerbado pela propaganda.⁶⁸

Além do exposto, a sanção penal deve ser suficiente e necessária para a reprovação e prevenção o crime.

Cezar Roberto Bitencourt assegura que, para a tipificação de uma conduta, é indispensável que haja, no mínimo, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente resguardado. Assim:

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco, não há infração penal.⁶⁹

67 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

68 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 108.

69 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

Para Bitencourt, o princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal considerando o Estado Democrático de Direito.

Em primeiro plano, tal princípio exerce função político-criminal, tendo como pretensão:

Servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo bases políticos-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes.⁷⁰

logo, esta primeira função, exerce detém um caráter preventivo-informativo, se manifestando nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais.

Em segundo plano, serve de critério interpretativo, “constrangendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido”.⁷¹

Em suma, tal função se manifesta a posteriori, ou seja, quando surge a oportunidade de, concretamente, aplicar-se a norma penal elaborada.

E arremata dizendo:

A primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do ius puniendi estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final.⁷²

Para Nilo Batista, ao princípio da lesividade é atribuído quatro funções principais, a saber a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

A primeira vertente do princípio da lesividade pode ser diagnosticada pela expressão que “ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais”.⁷³

70 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

71 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

72 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

73 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 53.

Entende-se que se não forem exteriorizadas condutas, nunca o homem poderá ser punido por aquilo que traz no íntimo do seu ser.

O Direito Penal “também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois que não excedam ao âmbito do próprio autor”.⁷⁴

Em sua terceira função, o princípio da lesividade visa impedir que o agente seja punido pela pessoa que ele é, e não pela conduta que praticou. Busca-se, assim, impedir que seja erguido o direito penal do autor. Logo:

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana⁷⁵.

Por fim, com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar daquelas condutas que, embora desviadas, não afetem bem jurídico de terceiros, a incidência de aplicação da lei penal. Por condutas desviadas entende-se que são aquelas que aos olhos da sociedade e tratada com certo desprezo, ou até mesmo repulsa, mas que, embora sua rejeição sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sob qualquer bem jurídico.⁷⁶

Concluindo, todas as vertentes acima demonstram a impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo claramente atacado.

Ressalta-se também que o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, ao lado de outros como da ofensividade, tem a função principal de delimitar o *ius puniendi* estatal.

Segundo Luis Flavio Gomes:

O princípio em testilha, consequência lógica do modelo de Direito Penal democrático, ao lado dos demais princípios constitucionais penais apresentados alhures, “constitui (mais) uma *barreira – um limite – material* ao Direito punitivo estatal, que já não está autorizado, por intermédio de uma criminalização, a tipificar meras atitudes morais ou éticas das pessoas (enquanto tais).⁷⁷

74 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 54.

75 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 54. Apud. ZAFFARONI, Eugênio Raul.

76 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 55.

77 SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 26 maio 2014.

Conclui-se, portanto, que a teoria do bem jurídico fixa mais uma barreira para o direito estatal de punir, já que condiciona a atividade legislativa concernente à criação de tipos penais incriminadores à seleção de condutas que causem lesão (ou exponham a perigo concreto) bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Portanto, ainda que associados, não se deve confundir a ofensividade com a exclusiva proteção dos bens jurídicos. Este, relacionado às funções do Direito Penal, impõe barreiras acerca da criminalização de condutas que não lesem bens jurídicos, enquanto aquele, inserido na teoria do crime, aponta o meio pelo qual se deve compreender o delito.

Nessa entoadada argumenta Cezar Roberto Bitencourt:

A diferença entre ambos pode ser resumida no seguinte: no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, há uma série de limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal; no princípio da ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.⁷⁸

Passamos ao estudo do princípio da legalidade. Para que haja delito há que se ter um bem jurídico lesado, protegido em lei na seara jurídico-penal. Sendo o Direito Penal fragmentário, não protege todos os bens jurídicos de todos os tipos de violação, mas apenas os bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão.

Nesse sentido se manifesta Eugênio Pacelli:

Torna-se imperiosa a tarefa de definição de critérios mínimos de interpretação constitucional que leve em consideração a aludida tutela penal, que, a nosso aviso, deve ser dirigida à proteção dos direitos fundamentais, no marco, portanto, de um direito penal de intervenção mínima, necessária à afirmação daqueles direitos (fundamentais) contra ações especialmente gravosas.⁷⁹

Preleciona Cruz:

O bem jurídico, além de definir a função do Direito Penal, marca os limites da legitimidade de sua intervenção, uma vez que, em um Estado

78 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

79 LOSSO, Marcelo Doneda. **O uso de videoconferência no interrogatório do réu no processo penal**. 2009. 71 f. Universidade Federal de Santa Catarina. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33763-44056-1-PB.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2014.

Democrático de Direito, o Direito Penal somente pode interferir na liberdade de seus cidadãos para proteger os bens jurídicos.⁸⁰

Assim, para que o Estado puna um indivíduo, necessário se faz a tipificação da conduta na lei, e que esta conduta seja capaz de ferir de forma gravosa um bem jurídico de terceiro.

2.3 O bem jurídico tutelado pelo art. 305 do código de Trânsito Brasileiro

Denota-se que a administração da justiça, como tutela jurídica, é o ponto culminante do questionamento acerca da justificativa pela constitucionalidade, embora não mereça apreço.

Frise-se, ainda, que entre os seus adeptos há quem diga ser o dispositivo em questão perfeitamente aplicável, mas identificando como outro o bem jurídico protegido, como é o caso de Costa Júnior e Queijo. Estes visualizam a tutela de maneira ainda mais ampla, considerando que a objetividade jurídica "é a tutela da vida, da integridade física e saúde, bem como do patrimônio".⁸¹

Já para Brito Nogueira, "o legislador ao definir esse tipo penal, preocupou-se, também, em salvaguardar a identificação do condutor do veículo atropelante, causador do acidente(...)".⁸²

Não obstante as dúvidas quanto ao concreto bem jurídico tutelado que cerca o tipo penal que tipifica o afastamento do local do acidente de trânsito, é corriqueiro se constatar que vários autores se utilizam da comparação entre este delito e o de omissão de socorro no trânsito (art. 304, CTB) para justificar ou reforçar suas posições, tendo como consequência, novas confusões.

O referido dispositivo, interpretado paralelamente ao de afastamento do local de acidente, enseja algumas opiniões interessantes no tocante a suas possíveis semelhanças. Para vários autores, o delito de fuga do local de acidente guarda

80 SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 23 maio 2014.

81 SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 25 maio 2014.

82 82 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.

alguma semelhança com o delito de omissão de socorro, pois, naquele, o agente condutor do veículo não se afasta ou se distancia do local para evitar a sua prisão em flagrante ou querer omitir socorro, mas com a finalidade específica de fugir à responsabilidade civil ou criminal que eventualmente lhe acarreta o cometimento do fato. No aspecto penal, o agente procura, com o afastamento do local, eximir-se de responder pelo crime, que passaria a ser de autoria desconhecida.

Porém, existem autores que entendem não haver qualquer semelhança entre os delitos, como é o caso de Monteiro, que afirma que a introdução no direito brasileiro da figura do art. 305, com penas idênticas às previstas para a omissão de socorro, acabou por se tornar com ela inconfundível. Salienta que não há que se atribuir semelhança por se tratar de crime que atinge o interesse da administração da justiça, previsto em todas as leis desse tipo, não se satisfazendo, portanto, a figura típica da fuga com a definição legal da omissão⁸³.

Ocorre que, ao se fazer uma análise cuidadosa entre ambos os delitos, verifica-se que a distinção não é tão simples assim como pode parecer. É fundamental o questionamento desses argumentos, devido à possibilidade da prática de *bis in idem*, ou seja, a fixação de dupla punição pela mesma conduta. Esse detalhe já foi objeto de análise pela jurisprudência, como se pode perceber do seguinte julgado:

Se o agente, em rodovia, após atropelar ciclista (crime pelo qual foi absolvido) e não sabendo se ele havia falecido ou não, mesmo instado por testemunha para que socorresse aquele, abandona o local e, por isso, vem a ser condenado por omissão de socorro (art. 304 do CTB), não pode o mesmo ato dar causa à condenação pela fuga do local do crime, para evitar a responsabilidade civil ou penal (art. 305 do CTB), por implicar em dupla apenação pela mesma conduta.⁸⁴

Conforme exposto, a corrente que afirma a constitucionalidade afirma que o objeto jurídico está calcado na perturbação à ação da justiça, dificultando o esclarecimento do fato, e não no interesse da preservação da vida humana ou da incolumidade física da pessoa.

83 MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. **Crimes de trânsito (e a aplicação da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, e a responsabilidade civil)**. São Paulo: Juarez de Oliveira. p. 199.

84 SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 26 maio 2014.

Tendo em vista os vários entendimentos acerca do tema, observa-se que o conceito de bem jurídico deve ser concluído na Constituição. Assim, o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção dos bens jurídicos, cujo conteúdo é regulado pelos valores fundamentais de caráter constitucional.

De acordo com entendimento de Prado, considerando a dimensão sociocultural do bem jurídico, a elaboração de tipos penais se subordina a regras axiológicas imperantes em cada momento histórico, ao passo que, pode-se afirmar que o seu valor social define sua idoneidade. Por conseguinte, evidente a modificação da valoração dos bens jurídicos de acordo com as mudanças sociais constituídas em determinado momento histórico.

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição há de ser o ponto de referência ao combate do injusto penal. Nesse sentido, observa-se que a intervenção penal deve respeitar o fato da conduta praticada não só configure a descrição legal como também ofenda concretamente o bem jurídico protegido.

Voltamos no princípio da ofensividade, pelo qual o Direito Penal somente poderá atuar diante de lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos penais. O referido princípio, também conhecido como princípio da intervenção mínima, deve ser interpretado como uma limitação ao direito de punir do Estado em favor dos cidadãos. Trata-se de uma garantia da cidadania perante a Administração do Estado.

Colhe-se da doutrina que o crime previsto no art. 305 do Código de Transito Brasileiro, estabelece sanção por infração de simples atividade e mera desobediência, além de se tratar de uma obrigação moral.

Pires e Sales ressaltam que em relação aos denominados crimes de perigo abstrato ou presumido são colocadas questões acerca de sua legitimidade constitucional, pois arrisca-se a reprimir a mera desobediência do agente ou a simples inobservância a um preceito penal, sem que a esta acompanhe uma efetiva exposição a perigo do bem protegido.⁸⁵

Noutro giro, o legislador deixou de lado critérios de política criminal, transparecendo que a tutela que insurge do dispositivo é moral, atrelada à obrigação de o condutor de veículo permanecer no local para se auto-incriminar. Aliás, trata o dispositivo mais especificamente de um "juízo de dever".

85 PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey. p. 54.

Com efeito, observa-se, por meio da abordagem do bem jurídico tutelado, que apesar dos diversos bens jurídicos considerados pelos doutrinadores, em que pese a corrente majoritária entender ser a administração da justiça, tem-se que do art. 305 do Código de Trânsito, emerge com mais facilidade a tutela de uma obrigação moral, exigindo que o sujeito faça prova contra ele mesmo, permanecendo no local do acidente, ferindo o princípio de que ninguém está obrigado a autoincriminar-se, recobrando-se de inconstitucionalidade.⁸⁶

Logo, percebe-se que a obrigação de permanecer no local do acidente no qual deu causa, é de cunho exclusivamente moral, sendo assim, não pode esta obrigação moral se transformar em uma obrigação penal.

86 SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 25 maio 2014.

CAPÍTULO III - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

3.1. Conceito de Estado Democrático de Direito

José Afonso da Silva afirma que o direito constitucional “configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política”.⁸⁷

O Direito constitucional tem como objeto a constituição política do Estado, estabelecendo sua estrutura, a organização de suas intenções e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, contando com a previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.

Jorge Miranda faz sua definição quanto ao Direito Constitucional:

A parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza.⁸⁸

Ao passar dos anos, o Direito Constitucional foi evoluindo, passa do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, sendo necessário o reconhecimento de direitos sociais entre outros.

Logo, este recebe a nomenclatura de Estado Democrático de Direito, podendo-se chegar à conclusão que sua existência deriva da existência de normas constitucionais básicas complementando-se com a teoria geral do direito constitucional.

Entende-se Estado Democrático de Direito aquele regido por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.

87 SILVA, José Afonso. Apud. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.

88 MIRANDA, Jorge, apud, MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1.

3.2 Constituição

Juridicamente, a Constituição deve ser interpretada como a lei maior de um Estado. Logo se é maior, tem um caráter supremo e fundamental.

Assim diz Alexandre Moraes:

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.⁸⁹

Do ponto de vista de José Afonso da Silva, a Constituição do Estado, como sua lei fundamental, seria, pois, a organização dos seus elementos essenciais, logo:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁹⁰

Pedro Lenza⁹¹ assevera que Hans Kelsen é o representante do conceito jurídico de constituição, afirmando que deve existir no mundo do dever ser, e não no mundo do ser, caracterizando-a com consequência da vontade racional do homem, e não das leis naturais.

Também, José Afonso da Silva traduz o pensamento de Kelsen, e argumenta que:

Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser(...). A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo; de acordo com o primeiro, constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.⁹²

89 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

90 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

91 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

92 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

Em igual entendimento, Michel Temer observa que, conforme argumentado por José Afonso da Silva, Hans Kelsen afirma a existência de dois planos distintos no direito: “o jurídico-positivo e o lógico-jurídico. Aquele corporificado pelas normas postas, positivadas. O outro situa-se em nível do suposto, do hipotético. Umas são normas postas, outras suposta”.⁹³

Diante dos conceitos abrangidos, chega-se à conclusão que no direito existe um verdadeiro escalonamento de normas, no intuito de umas constituir o fundamento de outras, numa verticalidade hierárquica. Desse entendimento comunga Pedro Lenza, no qual afirma que “uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional”.⁹⁴

3.3 Classificação da Constituição Federal de 1988

Segundo Alexandre de Moraes⁹⁵, nossa atual Constituição Federal apresenta a seguinte classificação: formal; por que aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário, escrita; por que são regras codificadas e sistematizadas em um único documento, legal; dotada de coercibilidade, dogmática; apresenta como produto escrito e sistematizado por um poder constituinte, a partir de princípios e ideais fundamentais, promulgada (democrática, popular); derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constitucional, rígida; aquelas que escritas, que poderão ser alteradas por um processo legislativo solene, e por fim analítica; examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado.

Das características citadas acima, chamo a atenção quanto ao caráter rígido da Constituição, que diz respeito à sua alterabilidade, pois é um dos pressupostos para a deflagração do controle de constitucionalidade.

93 TEMER, Michel, apud, LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

94 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

95 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11.

Segundo José Afonso da Silva “rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que a formação das leis ordinárias ou complementares”.⁹⁶

Nos dizeres de Pedro Lenza, “rígidas são aquelas Constituições que exigem, para a sua alteração, um processo mais árduo, mas solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais”.⁹⁷

Assim, percebe-se que a Constituição pode ser alterada, desde que seja de forma solene, dificultosa, diferentemente das normas infraconstitucionais.

A rigidez de nossa atual Constituição Federal está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu § 2º, estabelece um quorum de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais.

3.4 Controle de constitucionalidade

Inicialmente, tem-se que controle de constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”.

O ordenamento jurídico é um sistema, no qual pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A afetação dessa harmonia, inequivocamente, irá deflagrar mecanismos que visam sua correção, com intuito de restabelecê-la.

O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.

Segundo Luís Roberto Barroso:

Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de

96 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 44.

97 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90.

inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.⁹⁸

Desta forma, para que exista o controle de constitucionalidade, intrinsecamente existirão dois pressupostos, sendo o primeiro a Supremacia da Constituição, de modo a ser um sistema que garanta e assegure a superioridade e força de suas normas no ordenamento jurídico, com caráter hierárquico, numa pirâmide jurídica, onde as normas inferiores se submetem aos dizeres constitucionais, e por último, mas não menos importante, sua rigidez constitucional.

Singularizando os dizeres acima, José Afonso da Silva afirma que:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade de para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.⁹⁹

Logo, para que se deflagre o controle de constitucionalidade, necessário ter em exame a rigidez constitucional aliada à supremacia da constituição.

3.4.1 Conceito de inconstitucionalidade

Afirma-se que a inconstitucionalidade é um Estado que vive num conflito entre uma lei e a constituição, que esteja em desconformidade com os preceitos fundamentais.

Tal conceito, nada mais é, do que a garantia da Constituição.

98 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

99 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47.

3.4.2 Espécies de inconstitucionalidade

Luís Roberto Barroso¹⁰⁰ entende que a inconstitucionalidade de uma norma pode ser conferida com base em diferentes elementos ou critérios, que incluem o momento em que ela se verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros.

O posicionamento do autor, é que, quanto às espécies, a inconstitucionalidade pode ser formal e material, por ação e por omissão.

Por inconstitucionalidade formal Pedro Lenza argumenta que “se verifica quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua forma, ou seja, em seu processo de formação”.¹⁰¹

Por outro lado, a inconstitucionalidade material se verifica na matéria, no conteúdo normativo.

Quanto à inconstitucionalidade material o autor afirma: “é aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir vício material”.¹⁰²

Nesta, não interessa a forma de elaboração da norma, mas o seu conteúdo.

Por inconstitucionalidade por ação, entende-se que é aquela determinada por uma ação que contrarie normas ou princípios da constituição. O princípio da supremacia da constituição fundamenta, ao argumento de que as normas inferiores devem uma compatibilidade vertical com a “Lei Maior”.

Já a inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, pois muitas destas requerem uma lei para regulamentar sua aplicação.

100 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25-26.

101 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 251.

102 LENZA, Pedro. Op., cit., p. 254.

3.4.3 Momentos de controle

A classificação que passamos a conceituar foca-se no momento em que será realizado o controle, sendo, antes de o projeto de lei virar lei, impedindo a inclusão, no ordenamento jurídico, de normas que padeçam de vícios, ou já sobre a lei, geradora de efeitos potenciais ou ofensivos.

Em relação a este momento do controle, Alexandre de Moraes diz que:

A presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição.¹⁰³

Na mesma linha de raciocínio segue Pedro Lenza¹⁰⁴. O autor afirma que o controle prévio é o controle realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo.

Logo, percebe-se que no momento da apresentação de um projeto de lei, a pessoa que abrir o processo legislativo, em regra, já deve verificar a harmonia material do referido projeto de lei.

Assim, é o entendimento de Alexandre de Moraes, no qual afirma que “o princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional são corolários; dessa forma, para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se ao procedimento previsto constitucionalmente”.¹⁰⁵

Quanto ao controle repressivo, Barroso expõe que “é aquele realizado quando a lei já está em vigor, e destina-se a paralisar-lhe a eficácia”¹⁰⁶. Em regra, no direito brasileiro este controle é realizado pelo judiciário.

Pedro Lenza¹⁰⁷ afirma que dentro do controle repressivo, pode-se elencar os controles político e jurisdicional. Por controle político entende-se que é aquele exercido no Estado onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o

103 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 733.

104 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 256.

105 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 737.

106 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

107 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 261.

ordenamento jurídico é distinto dos demais poderes do Estado. No entanto, a presente pesquisa visa explicar o último.

Logo, o controle jurisdicional das normas jurídicas é efetivado, em regra, pelo Poder Judiciário. Assim, Juízes e tribunais, destarte, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira.

3.4.4 Quanto às vias do controle judicial (jurisdicional)

No Brasil o controle judicial de constitucionalidade, segundo Alexandre de Moraes¹⁰⁸, é misto, ou seja, pode ser exercido de forma difusa ou concentrada.

De acordo com Pedro Lenza, “o sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade”.¹⁰⁹

Para Barroso o controle “é difuso quando permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”.¹¹⁰

No entendimento de Alexandre de Moraes, o controle difuso também é classificado como controle por via de exceção ou defesa, ou incidental:

Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.¹¹¹

Logo, afirma-se na doutrina que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso é *ex tunc* para as partes do processo, e *ex nunc* para terceiros.

108 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 739.

109 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 266.

110 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

111 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 740.

Por outro lado, “o sistema concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de concentrar-se em um único tribunal”.¹¹²

Também admite-se a classificação deste sistema como via principal.

Alexandre de Moraes conceitua o controle concentrado da seguinte forma:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.¹¹³

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, no controle concentrado, é o objeto principal da ação, podendo ser deflagrada em várias espécies, sendo as mais importantes a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

3.5 Princípios constitucionais

Quando o poder constituinte originário cria uma nova Constituição, no uso de seus poderes ilimitados, formada por representantes eleitos pelo povo, por meio da Assembleia Nacional Constituinte, deve ter uma preocupação especial com as normas que estão formando a nova legislação do Estado.

Não se pode negar, que em uma democracia, é indispensável ressaltar que os homens têm valores fundamentais que não podem, de maneira alguma, ser afastados pela mera edição de uma norma escrita.

Tanto é que no texto constitucional, especificamente em seu art. 5º, estabeleceu-se um título destinado aos Direitos e Garantias fundamentais.

112 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 285.

113 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 755.

Nesse sentido, Nucci salienta que “não há Constituição sem direitos fundamentais, nem democracia sem Constituição, o que nos permite afirmar que a previsão dos direitos fundamentais do homem é da essência da democracia”.¹¹⁴

Em um sentido jurídico, princípios constitucionais indica uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, podendo ser implícitos ou explícitos em nosso texto legal.

Assim, da mesma forma que a Constituição Federal instituiu direitos e garantias individuais do homem, o Direito Penal também o fez, logo, com a nomenclatura de princípios constitucionais do processo penal.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são de garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988 (art. 5º).¹¹⁵

Cabe a presente pesquisa destacar alguns desses princípios, quais sejam, do devido processo legal, do qual decorre o princípio da ampla defesa, o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere) que por sua vez decorre da ampla defesa, bem como o da ofensividade ou lesividade.

Acerca do devido processo legal, Nucci discorre da seguinte maneira:

É, sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (art. 5º, LIV, da CF). Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.¹¹⁶

114 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54-55.

115 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

116 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 89.

Logo, consagrar o devido processo legal, é cumprir fielmente os demais princípios e regras processuais penais, podendo afirmar que é uma garantia constitucional ampla, que confere a todo indivíduo, o direito fundamental a um processo justo, devido.

Ressalta-se que este é um dogma constitucional, com previsão legal no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Tourinho Filho aduz o seguinte, “em síntese magnífica, o princípio se resume em se assegurar à pessoa a defesa em juízo”.¹¹⁷

No tocante ao princípio da ampla defesa, como o próprio nome diz, a doutrina afirma que é o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação.

Segundo o raciocínio de Nucci¹¹⁸, esse princípio encontra-se fundamento constitucional no art. 5º, LV.

Como o réu é considerado parte hipossuficiente no processo, sendo o Estado mais forte, merece um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa lhe é conferida.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, ampla defesa “é o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”.¹¹⁹

Esta possibilidade de ampla defesa visa compensar o réu em face da força estatal, que é constituída por órgãos constituídos e preparados.

Por força do que foi enunciado acima, observa-se que a ampla defesa também está intimamente ligada a outro princípio constitucional acima referido, qual seja o devido processo legal, sua base, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica consequentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia.

Logo, a ampla defesa é garantia do demandado inerente ao Estado de Direito. Diante disso, é forçoso reconhecer que somente haverá ampla defesa processual quando todas as partes envolvidas no litígio puderem exercer, sem limitações, os

117 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57.

118 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 76.

119 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113.

direitos que a legislação vigente lhes assegura, dentre os quais se pode enumerar o relativo à dedução de suas alegações e à produção de prova.

Quanto ao princípio que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, não existe na Constituição Federal de 1988 nenhum dispositivo expresso a seu respeito. O art. 5º, LXIII apenas estabelece que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. Logo a doutrina faz uma extensão interpretativa.

Este princípio está insculpido no Pacto São José da Costa Rica, em seu art. 8º. n 2, g. Verbis:

Art. 8º. 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.¹²⁰

Assim, apesar de o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não terem se submetido ao procedimento descrito no art. 5º, §3º da Constituição Federal, possuem status supralegal, não podendo a legislação ordinária contrariá-los.

Quanto ao princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) Guilherme de Souza Nucci comenta o que segue:

Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.¹²¹

120 BRASIL. Pacto São José da Costa Rica. **Vade Mecum**. 16. ed. especial. São Paulo: Rideel, 2013, p. 1811-1812.

121 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

No entendimento de Maria Elizabeth Queijo, “dentre as garantias que compõem o devido processo legal encontra-se o princípio *nemo tenetur se detegere*, vedando a obrigatoriedade da cooperação do acusado na persecução penal”.¹²²

Conclui-se, já que o Estado é a parte mais forte na persecução penal, conforme já delineado acima, portanto, ele que cumpra seu dever de comprovar a culpa do réu, sem obrigá-lo a produzir seu ato condenatório.

3.6 O art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro e a garantia constitucional de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)

Um grande desafio para as entidades e órgãos governamentais, foi a segurança no trânsito, tendo em vista o grande número de acidentes ocorridos nas estradas brasileiras.

Afirma-se que, no Brasil, a primeira notícia sobre automóvel foi publicada pelo jornal *A província*, em 29 de janeiro de 1876.¹²³

Com o aparato tecnológico e o desenvolvimento de novas formas de circulação estabeleceram, ao longo do tempo, uma íntima relação entre o homem e o trânsito.

Há pouco mais de uma década, preocupados com esse fenômeno, resultante do aumento gradual no número dos acidentes e das mortes envolvendo veículos automotores, os legisladores elaboraram a Lei nº 9.503, em 23 de setembro de 1997. Denominado Código de Trânsito Brasileiro (CTB), foi contemplado como moralizador, calcado na promessa de efetivamente punir os infratores e reduzir a impunidade e a violência, e, juntamente com ele, surgiram vários questionamentos acerca da constitucionalidade do artigo 305.

Todavia, primeiramente, torna-se viável esboçar uma breve análise jurídico-penal do dispositivo objeto do estudo, considerando-se o contexto em que a norma está inserida.

122 SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 25 maio 2014.

123 JORGE, Ana Paula; RIO, Josué Justino do. O artigo 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si – *nemo tenetur se detegere*. **Revista Bonijuris**. Curitiba, v. 24, n. 12, p.79, dezembro 2012.

Vamos ao crime. A conduta tipificada no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro tem como pena a detenção de seis meses a um ano, ficando o juiz facultado a aplicar, isoladamente, a pena de multa, e incide sob o condutor de veículo que evadir-se do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.

O objetivo do legislador é tutelar interesse do Estado, durante a persecução criminal e, secundariamente, o interesse da vítima na reparação do dano. Sintetizando o citado, diz Nogueira, “o legislador, ao definir esse tipo penal, preocupou-se, também, em salvaguardar a identificação do condutor do veículo atropelante, causador do acidente ou implicado de algum modo no fato”.¹²⁴

Conforme já exposto, os direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições dos Estados democráticos têm primazia, devendo as normas infraconstitucionais guardar uma hierarquia vertical a elas.

Por muitos anos, o Brasil conviveu com regime ditatorial, que ao ensejo de garantir a segurança nacional, violou os direitos e garantias inerentes a todos os seres humanos.

Em razão de garantir aos cidadãos o respeito incondicional a tais direitos e garantias fundamentais, limitando, assim, o poder estatal, que o legislador originário incluiu no rol positivado da Carta Constitucional alguns privilégios, dentre eles, o da não autoincriminação.

Com efeito:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

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.¹²⁵

Nesse sentido, é a Convenção Americana de sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, mais precisamente, no nº 2, g, assegura

124 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.

125 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 16. ed. especial. São Paulo: Rideel, 2013, p. 21, 25.

a qualquer pessoa o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Assim, Ana Paula Jorge e Josué Justino do Rio, afirmam:

Não obstante opiniões em contrário, o fato é que o legislador brasileiro, na ânsia de querer punir com mais severidade os crimes cometidos no trânsito, acabou por tipificar até mesmo a conduta de quem se evade do local de acidente para fugir à responsabilidade civil ou criminal, o que não parece razoável, tendo em vista que, se uma pessoa praticar um crime de homicídio doloso triplamente qualificado, hediondo, não está obrigada a permanecer no local do fato aguardando a sua prisão em flagrante, tampouco fornecer qualquer informação que possa incriminá-la.¹²⁶

Ocorre que somente àquele indivíduo envolvido em acidente de trânsito é exigido a permanência no local do sinistro, afigurando-se, portanto, medida irrazoável.

Nucci também dá seu parecer acerca da constitucionalidade do tipo penal em comento:

Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contraria frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. 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. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97.¹²⁷

Luiz Flavio Gomes traz a baila o seguinte:

Cuida-se de dispositivo incriminador extremamente contestável. Que todos temos a obrigação moral de ficar no local d acidente que provocamos não existe a menor dúvida. Mas a questão é a seguinte: pode uma obrigação moral converter-se em obrigação penal? De outro lado, sendo legítima a exigência de ficar no local, por que impor essa obrigação apenas em relação aos delitos de trânsito, sabendo-se que o homicida doloso, o estuprador etc. não contam com obrigação semelhante? Ninguém é obrigado a fazer prova contra si, mesmo a declarar contra si mesmo, ou seja, autoincriminar-se.¹²⁸

126 JORGE, Ana Paula; RIO, Josué Justino do. O artigo 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si – nemo tenetur se detegere. **Revista Bonijuris**. Curitiba, v. 24, n. 12, p.79, dezembro 2012.

127 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1116.

128 JORGE, Ana Paula; RIO, Josué Justino do. O artigo 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si – nemo tenetur se detegere. **Revista Bonijuris**. Curitiba, v. 24, n. 12, p. 80, dezembro 2012.

Por outro lado, embora Nogueira admita a constitucionalidade do art. 305, aduz que tal dispositivo gera dúvidas, uma vez que, a fuga, por si só, não constitui crime nem mesmo empreendida pelo preso que está em custódia do Estado, salvo se esta fuga é efetivada mediante violência contra pessoa. Cuida-se de figura típica de difícil configuração e comprovação.

O autor afirma que não basta ocorrer a fuga, sem justa causa, tem que ser comprovado o fim especial de fugir à responsabilidade civil ou penal.

Entre aqueles que adotam a constitucionalidade do referido artigo, destaco, ainda, parte do voto do Des. Almeida Melo, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na arguição de inconstitucionalidade nº 1.0000.07.456021-0/000.

O fato de o condutor do veículo ser obrigado a permanecer no local do acidente não equivale à confissão de autoria de crime e nem mesmo à admissão da existência de crime. Considero que é ir longe demais, data venia, aceitar que a permanência no local do acidente se configure em caso de prisão ou a este equiparado. Trata-se apenas de limitação sadia da liberdade, como garantia da responsabilidade social. Não há o intuito da prisão-pena nem mesmo da prisão preventiva ou provisória, que têm finalidades próprias. Não encontro norma da Constituição que, confrontada pelo art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, possa ser dita como ofendida.¹²⁹

Entretanto, em que pese os votos contrários, a Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 11 de junho de 2008, julgou procedente a Arguição de Inconstitucionalidade 1.0000.07.456021-0/000, e declarou inconstitucional o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, com acórdão assim ementado:

EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.¹³⁰

Vislumbra-se que, além de afrontar, diretamente, a garantia individual da não auto-incriminação, o dispositivo contraria as garantias da ampla defesa e do devido processo legal.

129 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Arguição de Inconstitucionalidade. Processo nº 1.0000.07.456021-0/000. Relator Des. Sergio Resende. Publicado 12/09/2008. Acesso em 10/06/2014.

130 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Arguição de Inconstitucionalidade. Processo nº 1.0000.07.456021-0/000. Relator Des. Sergio Resende. Publicado 12/09/2008. Acesso em 23/05/2014.

Ora, ao réu é concedido amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Dessa forma pode-se afirmar que a conduta do indivíduo que afasta do local do acidente, para fugir à responsabilidade civil e penal, enquadra-se nessa hipótese de amplos e extensos métodos, contemplados pelo princípio da ampla defesa.

Consoante entendimento de José Carlos G. Xavier de Aquino e José Renato Nalini, “trata-se de uma defesa material, exercida pelo próprio acusado”.¹³¹

A persecução penal deve ser pautada no respeito integral ao princípio do devido processo legal. Tal, constitui horizonte a ser seguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer as garantias e os direitos humanos fundamentais previstos na lei.

In casu, a garantia da não culpabilidade, ou princípio que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo, é extremamente afetado pela tipificação da conduta descrita no art. 305, pois, inaceitável impor a alguém que permaneça no local do crime para se auto-acusar, submetendo-se às consequências penais e civis decorrentes do ato que provocou, como pretende o artigo em comento.

Logo, a presente pesquisa demonstra que o tipo penal em comento, fere de forma gradual e escalonada diversas garantias, podendo citar o princípio da não culpabilidade, que se consubstancia no direito ao silêncio, que por sua vez engloba o direito de não fazer prova contra si.

O devido processo legal, como uma garantia prevista no art. 5º, LIV, da Constituição federal, estabelece o direito a ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, da mesma norma constitucional.

Assim, não pode haver devido processo penal sem garantir a ampla defesa.

Por sua vez, a ampla defesa garante ao réu o direito de não fazer prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Veja que é um escalonamento de normas, sendo que, em determinado momento uma mesma garantia pode se converter em um direito, e vice versa.

De fato o tipo penal erigido pelo artigo atacado (art. 305 do Código Trânsito Brasileiro), nega vigência à garantia constitucional de natureza pétrea encastelada no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição da República que assegura ao preso a informação de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe

131 AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 2. ed., rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 93.

assegurado a assistência da família e de advogado. O direito ao silêncio se estende contemplando o direito de não permanecer no local do acidente, ou seja, não produzir prova contra si.

A Constituição assegura ao indiciado ou agente de delito não praticar qualquer ato que possa lhe incriminar. De sorte que perante o cânone constitucional, fugir à responsabilidade penal é sagrado direito do acusado.

Vale ressaltar também o princípio da ofensividade, trabalhado anteriormente. O Direito Penal não pode fugir do objetivo principal do Estado e desrespeitar os princípios constitucionais. Assim, cabe ao legislador criar tipos penais que realmente causem lesão a bens juridicamente tutelados.

Deve se ponderar que o Direito Penal deve ser recorrido quando o Estado não oferecer outra forma de coibir atos, ou seja, a função penal do Estado deve somente ser utilizada em último caso, "*ultima ratio*".

No presente caso, tratando-se de crime formal, porquanto, necessita apenas a conduta, o resultado é jurídico, ou seja, é a probabilidade de dano para a administração da justiça. Ademais, o perigo abstrato é presumido, mesmo que o agente não consiga fugir da responsabilidade civil ou penal que lhe possa ser atribuída.

Os crimes de perigo abstrato presumem a possibilidade do perigo criado pelo autor da conduta. Isto é, o agente é punido pela simples desobediência da letra da lei, sem que se confirme a existência de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado, independente do resultado.

A presunção legal de perigo e a tipificação elaborada de forma esparsa, põem dúvidas quanto a constitucionalidade dos crimes de perigo. Esta presunção conflita com diversos princípios constitucionais penais, ainda mais quando suprimem garantias fundamentais do indivíduo.

O Direito Penal não vive de presunção. No entendimento de Nogueira¹³², para a consumação do crime, não basta a simples fuga do local do acidente, o Estado deve provar a intenção do réu em fugir da responsabilidade civil ou penal.

Segundo Cesar Roberto Bitencourt:

132 NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 119.

Para que se tipifique algum crime, em sentido material é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante,¹³³ que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Para o doutrinador, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, porquanto no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, exclusivamente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Logo, se a conduta é incapaz de lesar um bem jurídico determinado, por óbvio, o legislador deve abster-se em tipificá-la como crime.

Assim, os princípios constitucionais devem ser respeitados de forma incondicional, sob pena de questionar a supremacia da constituição de um Estado, bem como tipificar crimes de perigo abstrato, ataca aos princípios constitucionais e deixam o Direito Penal em sentido inverso aos objetivos de um Estado Democrático de Direito.

¹³³ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O clamor social pela tipificação da conduta do condutor de veículo que se afasta ou foge do local do acidente para evitar a responsabilidade civil ou penal que lhe possa ser atribuída, inscrita no art. 305 do Código de Trânsito, fez com que o legislador criasse uma atuação repressiva, todavia não logrando uma solução jurídica e socialmente acertada.

Em que pese a corrente majoritária afirmar a constitucionalidade do referido tipo penal, tal posicionamento não está imune a críticas. Não obstante minoritária, a corrente que entende o referido tipo penal como violador de alguns princípios constitucionais, especialmente o da não autoincriminação, inserido no da ampla defesa, também apresenta coerência em suas argumentações.

Com razão. Suas argumentações sobre o crime de fuga do local do acidente partem de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, focado no bem jurídico tutelado pelo Estado, nos preceitos fundamentais contidos no Pacto de São José da Costa Rica e na Constituição Federal.

Portanto, conclui-se que o disposto no art. 305 do Código de Trânsito conflita com o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), constitucionalmente assegurado, decorrente das garantias do devido processo legal e da ampla defesa, bem como da presunção de inocência, valores estes agasalhados no art. 5º, incisos LIV, LV e LVII, da Constituição Federal.

Não é demais lembrar que está também vinculado à preservação da dignidade humana, um dos postulados norteadores do Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III, do mesmo diploma legal.

E, ainda, saliente-se que o referido princípio está previsto expressamente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em seu art. 14, nº 3, g, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, nº 2, g, ambos ratificados pelo Brasil.

Por fim, registre-se que é ilusão esperar que a elaboração isolada de leis que punam mais rigorosamente indivíduos envolvidos em crimes de trânsito o fará mais seguro.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. Manual de Processo Penal. 2. ed., rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Vade Mecum. 16. ed. especial. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. 16. ed. especial. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. Pacto São José da Costa Rica. Vade Mecum. 16. ed. especial. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Arguição de Inconstitucionalidade. Processo nº 1.0000.07.456021-0/000. Relator Des. Sergio Resende. Publicado 12/09/2008. Acesso em 23/05/2014.

COSTA, Gisela França da. Bem jurídico penal e Estado Democrático de Direito. Disponível em: www.castelobranco.br/sistema/novoenfoque/files/04/REVISTA_ELETRONICA_DE_DIREITO_DA_UCB-BEM_JURIDICO-PENAL_E_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.pdf. Acesso em 26 de maio de 2014.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios Jurídicos. Revista Uniara. n. 20, 2007. p. 15. Disponível em www.uniara.com.br/revistauniara/pdf/20/RevUniara2003.pdf. Acesso em 26 de maio de 2015.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 10. ed. rev., e atual. Niterói: Impetus, 2008.

GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2075>. Acesso em: 23 maio 2014.

JORGE, Ana Paula; RIO, Josué Justino do. O artigo 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – e a garantia constitucional que ninguém está obrigado a produzir prova contra si – nemo tenetur se detegere. Revista Bonijuris. Curitiba, v. 24, n. 12, p.79, dezembro 2012.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOSSO, Marcelo Doneda. O uso de videoconferência no interrogatório do réu no processo penal. 2009. 71 f. Universidade Federal de Santa Catarina. 2009.

Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33763-44056-1-PB.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrinni; Fabbrinni, Renato N. Manual de Direito Penal. 24. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Jorge, apud, MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. Crimes de trânsito (e a aplicação da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, e a responsabilidade civil). São Paulo: Juarez de Oliveira.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Crimes do Código de Trânsito: de acordo com a lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: comentários, jurisprudências e legislação. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Crimes de trânsito na Lei nº 9.503/97. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 26 maio 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso. Apud. LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. A discutível constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito (art. 305, CTB) na visão da doutrina e da jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2820, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18738>>. Acesso em: 22 maio 2014.

TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. p. 8. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Juarez-Tavares.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2014.

TEMER, Michel, apud, LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 26. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.