

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE AO DELITO
DE FRAUDE PROCESSUAL**

Camilo Lima Medeiros da Silva

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE AO DELITO
DE FRAUDE PROCESSUAL**

Camilo Lima Medeiros da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms.
Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2013

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE AO DELITO DE FRAUDE PROCESSUAL

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI

Presidente Prudente, 30 de setembro de 2013.

Ele supõe saber alguma coisa e não sabe, enquanto eu, se não sei, tampouco suponho saber. Parece que sou um pouco mais sábio que ele exatamente por não supor que saiba o que não sei.

Sócrates

Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos do direito de punir.

Cesare Beccaria

AGRADECIMENTOS

A Deus.

A minha família que sempre me apoiou.

Aos professores que comigo partilharam o conhecimento, pão que sacia a fome d'alma, desde a “tia Cidinha” do pré I aos professores da graduação, de forma especial ao orientador e aos demais membros da banca avaliadora.

RESUMO

A monografia visou a analisar a abrangência do princípio da não autoincriminação e se essa abrangência autorizaria o autor de um delito precedente a alterar o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, ou seja, a incorrer no tipo penal de fraude processual sem, entretanto, ser penalmente responsabilizado. O trabalho valeu-se precipuamente do método dedutivo, posto que da análise de princípios constitucionais, da jurisprudência e da doutrina culminou-se com o estudo de um caso concreto. Em um primeiro momento, dedicou-se à análise minuciosa do delito de fraude processual no Direito Brasileiro, tanto o tipo do Código Penal quanto os tipos elencados na legislação extravagante. Igualmente relevante foi a análise do princípio da não autoincriminação, seja sob a perspectiva de sua evolução histórica, seja sob a análise do Direito comparado e também a disciplina da matéria em sede do Direito pátrio. Em seu ápice, a monografia versou sobre o a regulamentação do delito de fraude processual no Direito Italiano, bem como a sua relação com o princípio da não autoincriminação. Ademais, o trabalho analisou de forma crítica o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça e, por fim, concluiu que o princípio da não autoincriminação faculta ao autor do delito precedente que não mantenha inalterado o contexto fático-probatório do delito desde que não atinja outros bens jurídicos que não a administração da justiça.

Palavras-chave: Direito à autodefesa. Princípio da não autoincriminação. Abrangência. Delito de fraude processual.

ABSTRACT

This work aimed at analyzing the scope of the prohibition of self-incrimination and whether such coverage would authorize the author of a previous offense to alter the state of place, thing or person then to be incurred in the type of criminal procedural fraud without however, be held criminally responsible. The work paid up primarily from deductive method, since the analysis of constitutional principles, jurisprudence and doctrine culminated with the study of a case. At first, devoted to the detailed analysis of the crime of procedural fraud in Brazilian Law, both the type of the Criminal Code as the types listed in the legislation extravagant. Equally important was the analysis of the privilege against self-incrimination, either from the perspective of its historical evolution, is under the analysis of comparative Law and also the subject matter of Law in Brazil. At its peak, the monograph revolved around about the regulations of the crime of procedural fraud in Italian Law, as well as their relationship with the privilege against self-incrimination. Furthermore, the study examined critically understanding espoused by the Superior Court of Justice, and finally concluded that the privilege against self-incrimination provides the offender that no unchanged context-factial evidence of the offense unless it reaches other legal interests than the administration of justice.

Keywords: Right to self-defense. Privilege against self-incrimination. Coverage. Crime of procedural fraud.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 O DELITO DE FRAUDE PROCESSUAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
2.1 O Delito de Fraude Processual no Código Penal e Seus Pormenores	14
2.1.1 Objeto jurídico.....	14
2.1.2 Sujeito ativo.....	15
2.1.3 Sujeito passivo.....	15
2.1.4 Tipo objetivo e tipo subjetivo.....	15
2.1.5 Consumação e tentativa.....	17
2.1.6 Causa especial de aumento de pena.....	18
2.1.7 Pena e ação penal.....	19
2.1.8 Subsidiariedade e concurso de crimes.....	20
2.1.9 Classificação doutrinária.....	20
2.1.10 Natureza jurídica do parágrafo único do artigo 347 do CP.....	21
2.2 O Delito de Fraude Processual no Código de Trânsito Brasileiro.....	22
2.2.1 Objeto jurídico.....	22
2.2.2 Sujeito ativo.....	22
2.2.3 Sujeito passivo.....	22
2.2.4 Tipo objetivo e tipo subjetivo.....	23
2.2.5 Consumação e tentativa.....	23
2.2.6 Caracteres do delito.....	24
2.2.7 Pena e ação penal.....	24
2.2.8 A questão das penas cominadas no CP e no CTB.....	24
2.2.9 Sentença absolutória e fraude processual.....	26
2.3 A Fraude Processual no Estatuto do Desarmamento (Lei n.10.826/2003).....	27
2.3.1 Objeto jurídico.....	27
2.3.2 Sujeito ativo.....	27

2.3.3 Sujeito passivo.....	27
2.3.4 Tipo objetivo e tipo subjetivo.....	28
2.3.5 Objeto material.....	28
2.3.6 Consumação e tentativa.....	28
2.3.7 Classificação doutrinária.....	28
2.3.8 Pena e ação penal.....	29
2.4 A Fraude Processual no Projeto do Novo Código Penal.....	29
3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....	30
3.1 Escorço Histórico.....	30
3.2 Direito Comparado.....	32
3.2.1 Sistema <i>civil law</i> : Alemanha, Argentina, Espanha, França, Itália e Portugal.....	33
3.2.1.1 Alemanha.....	33
3.2.1.2 Argentina.....	33
3.2.1.3 Espanha.....	34
3.2.1.4 França.....	34
3.2.1.5 Itália.....	34
3.2.1.6 Portugal.....	36
3.2.2 Sistema <i>common law</i> : Estados Unidos da América e Inglaterra.....	36
3.2.2.1 Estados Unidos.....	37
3.2.2.2 Inglaterra.....	38
3.3 A Disciplina no Direito Brasileiro.....	40
3.4 O Princípio da Não Autoincriminação e Institutos Afins.....	42
3.4.1 Princípio do devido processo legal.....	42
3.4.2 Princípio da ampla defesa.....	42
3.4.3 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.....	43
3.4.4 Princípio da proibição das provas ilícitas.....	44
4 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O DIREITO PROBATÓRIO.....	46
4.1 Conceito de Prova.....	46
4.2 Finalidade e Objeto.....	46

4.3 Fatos que Não Precisam Ser Provados.....	47
4.4 Princípios Informadores do Direito Probatório.....	48
4.4.1 Princípio da audiência contraditória ou da audiência bilateral.....	48
4.4.2 Princípio da comunhão das provas.....	48
4.4.3 Princípio da autorresponsabilidade.....	49
4.4.4 Princípio da oralidade.....	49
4.5 Ônus da Prova.....	49
4.5.1 Constitucionalidade do art. 156, I, do CPP.....	50
4.6 Fases da Atividade Probatória.....	51
4.7 Breve Análise das Provas em Espécie.....	53
4.7.1 Perícia.....	53
4.7.2 Interrogatório.....	54
4.7.3 Confissão.....	55
4.7.4 Oitiva do ofendido.....	55
4.7.5 Testemunhas.....	56
4.7.6 Reconhecimento de pessoas e coisas.....	56
4.7.7 Acareação.....	56
4.7.8 Documentos.....	57
4.7.9 Indícios.....	58
4.7.10 Busca e apreensão.....	58
4.8 Provas Que Necessitam da Colaboração do Indiciado/Acusado.....	59
4.8.1 Provas que implicam em intervenção corporal.....	61
4.8.1.1 Provas invasivas.....	61
4.8.1.2 Provas não invasivas.....	62
4.8.2 Provas que não implicam em intervenção corporal.....	63
4.9 O caso <i>Scmerber Versus California</i> da Suprema Corte Norte-Americana.....	65
4.10 A Identificação Pelo Perfil Genético.....	67
5 O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	70

5.1 A Lei n. 12.760/2012 e Pontos Controvertidos.....	70
5.1.1 Perigo abstrato ou perigo concreto.....	72
5.1.2 Irretroatividade da nova lei.....	76
5.1.3 Presunção absoluta.....	77
5.1.4 A deficiência da nova lei.....	77
6 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE AO DELITO DE FRAUDE PROCESSUAL.....	81
6.1 Os Artigos 374 e 384 do Código Penal Italiano.....	81
6.2 A Doutrina Nacional e o Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....	84
6.3 Algumas Reflexões.....	88
7 CONCLUSÃO.....	93
BIBLIOGRAFIA.....	95

1 INTRODUÇÃO

Questão tormentosa é aquela atinente a possibilidade de o Estado exigir do autor de um delito que colabore com a formação da própria culpa, seja impondo-lhe uma conduta comissiva ou omissiva, pois se de um lado há o interesse coletivo em punir os crimes, noutro há o direito a autodefesa, do qual decorre o princípio da não autoincriminação. Procurou-se, dessa forma, analisar a abrangência desse princípio frente ao delito de fraude processual, ou seja, se teria o condão de legitimar a conduta daquele que inova o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o desiderato de se isentar de responsabilidade penal.

Forneceram subsídios para o desenvolvimento dessa pesquisa a doutrina, quer seja a nacional, quer seja a estrangeira. Ademais, fez-se detido estudo da jurisprudência afim ao objeto da monografia. Não menos importantes foram as informações colhidas nos sítios virtuais.

Realizou-se, por pertinente, o estudo do delito de fraude processual, tanto o tipo penal previsto no Código Penal Brasileiro, como aqueles previstos em leis especiais, ou seja, no Código de Trânsito Brasileiro e no Estatuto do Desarmamento. Foram analisados sob o enfoque da doutrina tradicional, não obstante, foram levantadas situações as quais tradicionalmente não são abordadas pelos juristas.

Analisou-se, ainda, o princípio da não autoincriminação. Viu-se a sua evolução histórica ao longo dos séculos e a sua introdução em inúmeros diplomas de direito internacional. Procurou-se analisar, ainda que de forma sucinta, o tratamento que lhe é conferido pelo direito estrangeiro. Ademais, por indispensável, analisou-se o tema no direito brasileiro, tanto pela perspectiva da doutrina, quanto da lei e do entendimento pretoriano. Não menos relevante foi a análise dos institutos afins ao aludido princípio.

Outrossim, como o tema encontra-se profundamente relacionado com o direito probatório, mostrou-se pertinente a análise do direito probatório, tanto de sua teoria geral, quanto dos aspectos mais relevantes das provas em espécie, tudo a fim de subsidiar o regular andamento do trabalho. Igualmente importante foi a classificação das provas de acordo com a necessidade de participação ou não do sujeito passivo para a sua formação.

Vencidas essas etapas, as quais proporcionaram indispensáveis subsídios, chegou-se à análise da questão que implicou nessa monografia.

Analisou-se o tratamento dado ao tema pelo direito italiano, no qual o legislador pátrio buscou inspiração. Apreciou-se a doutrina e também o direito positivo, mais precisamente os artigos 374 e 384 do Código Penal Italiano, sendo que esse último consagra uma causa de extinção de punibilidade.

Ademais, analisou-se o tratamento dado ao assunto pelo Superior Tribunal de Justiça em um caso de grande repercussão no cenário jurídico nacional.

Por fim, apresentou-se algumas idéias sobre o tema, as quais foram surgindo com a evolução do trabalho, tais como se o princípio da não autoincriminação afasta a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade, ou, ainda, a punibilidade. Procurou-se também estabelecer algumas balizas ao princípio objeto de estudo.

Debruçou-se sobre os princípios constitucionais afins ao princípio da não autoincriminação, tais como o princípio do devido processo legal e o princípio da não culpabilidade. Ademais, analisou-se a abrangência do direito à não autoincriminação em sede de direito comparado, e, precipuamente, na legislação pátria e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior tribunal de Justiça. Culminou-se, por fim, com o detido estudo do caso Alexandre Nardoni e Rosana Jatobá o qual ensejou o *habeas corpus* 137.206/SP, impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça e o *habeas corpus* 102.828/SP impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, adotou-se o método dedutivo.

2 O DELITO DE FRAUDE PROCESSUAL NO DIREITO BRASILEIRO

O legislador pátrio, visando a coibir a intervenção fraudulenta de terceiros na atividade jurisdicional, tipificou nos artigos 347, *caput* e parágrafo único do Código Penal, 312 da lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) e, ainda, no 316, parágrafo único, inciso II, parte final, da lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) o delito de fraude processual.

Conforme o noticiado pela doutrina, o Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal de 1890 não tipificavam a conduta, sendo que somente foi positivada no artigo 347 do decreto-lei n. 2.848/1940, o vigente Código Penal. A natimorta Lei Penal de 1969 previa o delito em seu artigo 387.

Outrossim, destaca-se a grande influência exercida pelo Código Penal Italiano de 1930, não somente sobre o delito de fraude processual (artigo 374 do Código Italiano), mas também sobre o *Codex* considerado em sua inteireza.

2.1 O Delito de Fraude Processual no Código Penal e Seus Pormenores

É a que segue a dicção do delito na Lei Penal:

Art. 347. Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito.

Pena – detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

Apresentado o dispositivo legal, passa-se a analisá-lo.

2.1.1 Objeto jurídico

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal é a administração da justiça, pois por seu intermédio pune-se a conduta daqueles que criam percalços à regular apuração dos fatos, e, dessa forma – alterando a realidade dos fatos – influem na distribuição da justiça.

2.1.2 Sujeito ativo

Consoante entendimento doutrinário amplamente majoritário, qualquer pessoa pode figurar como autora do delito ora em análise, tenha ou não interesse no desfecho da lide. Dessa forma, poderão incorrer na conduta típica o indiciado/réu, o promotor de justiça, o querelante, o assistente de acusação, o advogado ou, ainda, qualquer outra pessoa que não apresente vínculo algum com a relação jurídica processual existente ou mesmo que existirá (nas situações do parágrafo único).

Pontue-se, no entanto, que o advogado somente incorrerá no ilícito penal se efetivamente contribuir para o crime, destarte, a mera conivência do causídico com a fraude processual perpetrada por seu cliente ou por diversa pessoa não é típica, pois o defensor não figura como garantidor (CP, art.13, § 2º, “a”), uma vez que não tem o dever legal de informar o magistrado a respeito da fraude. Registre-se, todavia, que eventualmente poderá se sujeitar às sanções disciplinares perante o Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

É digna de observação a questão atinente à possibilidade de o perito ser autor de fraude processual. Versando sobre o tema, pontua o membro do Ministério Público Paulista, Cleber Masson (2013, p. 905):

[...] De fato, ainda que o perito, a título ilustrativo, inove artificialmente no âmbito do inquérito policial (exemplo: limpando as impressões digitais encontradas na arma do crime), com manifesto propósito de induzir a erro o Juiz, a ele será imputado o crime de falsa perícia, em sua modalidade agravada (CP, art.342, §1º). [...]

Dessa feita, orientados pelo princípio da especialidade, perfilham alguns autores o entendimento de que o perito não pode figurar como autor da infração penal de fraude processual.

2.1.3 Sujeito passivo

Figura como sujeito passivo o Estado, pois é o titular do bem jurídico administração da justiça. Outrossim, se o particular for afetado pelo delito, nada obsta que seja considerado sujeito passivo.

2.1.4 Tipo objetivo e tipo subjetivo

Incrimina a Código a conduta de inovar artificialmente o estado de lugar, pessoa ou coisa na pendência de processo cível ou administrativo com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. Pontue-se que a expressão processo cível (ou processo civil como consta no tipo) refere-se a todo aquele processo judicial que não seja processo-crime, tais como o tributário ou trabalhista.

O núcleo do tipo é o verbo inovar, ou seja, modificar, alterar as características previamente existentes. Todavia, não se contenta o tipo penal com a mera inovação, pois deve decorrer da atividade humana, assim, se o ato de inovar decorre da força orgânica da natureza (*verbi gratia*, o crescimento do cabelo ou da barba, o crescimento da vegetação) não haverá conduta típica. A conduta de inovar poderá recair sobre: o estado de lugar, tal como ocorre quando se cria uma trilha; o estado de coisa (móvel ou imóvel), por exemplo, quando se limpa o sangue presente em um objeto; ou o estado de pessoa, situação observada, exemplificativamente, quando se realiza cirurgia plástica alteradora da fisionomia de foragido da justiça. No tocante a esse último estado, entende a doutrina majoritária que o tipo penal somente se refere à alteração do estado físico, seja externo ou interno (por exemplo, realização de cirurgia de esterilização), destarte, a alteração do estado psicológico ou civil não se subsume ao tipo, podendo, ocasionalmente, amoldar-se à outra conduta típica, tal como a falsificação de documento público (CP, art. 297). Não obstante, noticia Manzini (1961, p. 273) que na doutrina italiana há entendimento no sentido de que o estado da pessoa englobaria também o estado psíquico, assim, para aqueles que perfilham tal entendimento, o indivíduo que dissimula ser portador de doença mental incorreria no ilícito penal.

Outrossim, exige o tipo que o fato ocorra na pendência de processo civil ou administrativo, dessa forma, é mister que o processo tenha começado. Ressalte-se, no entanto, que o parágrafo único dispõe que se a inovação se destina a influir em processo-crime, haverá o ilícito penal ainda que ocorra antes de seu início.

É pacífico o entendimento de que o rol dos estados (de lugar, de pessoa ou de coisa) é taxativo. Manzini (1961, p. 269), discorrendo sobre o delito de fraude processual no direito italiano pontua que a “[...] indicación es taxativa, e inextensible portanto a otros casos de fraude procesal o de dolo procesal en general. Así, por ejemplo, no constituyen el delito previsto en el art. 374 las simples *alteraciones de hechos* ni las *alegaciones mendaces*.” (itálico no original). Destaque-se que as elementares (estado de lugar, de coisa ou de pessoa) do art. 347 do CP brasileiro são iguais às do CP italiano.

O tipo subjetivo é o dolo, vontade livre e consciente de inovar o estado de pessoa, de lugar ou de coisa na pendência de processo civil ou administrativo, ou diante da situação prevista no parágrafo único do dispositivo legal. Ademais, trata-se de tipo incongruente, pois exige um especial fim de agir consistente em induzir a erro o juiz ou o perito. Veja-se, assim, que o indivíduo que inova um dos estados previstos no tipo sem o intuito de induzir a erro não pratica o delito.

Destaque-se, ainda, que o vocábulo juiz foi empregado em sentido amplo, dessa forma, refere-se não apenas àqueles indivíduos que sejam órgãos do Poder Judiciário, mas a toda e qualquer autoridade estatal competente para proferir decisões. Justifica-se tal assertiva, pois o tipo penal refere-se não somente ao processo judicial, mas também ao processo administrativo que poderá ser presidido por autoridade não judiciária.

Todavia, considerando-se a localização da figura típica no Código (título XI – crimes contra a administração pública) não se pode equiparar o árbitro (lei n. 9.307/1996) ao juiz, pois a arbitragem desenvolve-se em âmbito privado. Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que os árbitros, de acordo com o artigo 17 da Lei de Arbitragem, quando no exercício de suas funções ou em razão delas equiparam-se aos funcionários públicos. Ora, ao artigo supracitado deve-se dar a mesma interpretação que é dada pela doutrina ao artigo 327¹ do Código Penal, ou seja, equiparam-se ao funcionário público apenas e tão-somente para os fins de responsabilização penal.

Não se admite a modalidade culposa por ausência de previsão legal (CP, art. 18, parágrafo único).

2.1.5 Consumação e tentativa

Trata-se de delito formal, assim, consuma-se quando se inova artificialmente o estado de lugar, de pessoa ou de coisa, presentes os demais elementos do tipo, sendo despreciando o resultado, qual seja, a efetiva indução do magistrado ou do perito a erro, que é mero exaurimento. Não obstante, o prejuízo à administração da justiça poderá ser valorado

¹ Art.327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§2º. A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

como circunstância judicial desfavorável (CP, art.59), o que implicará no aumento da pena-base. Todavia, informa Heleno Cláudio Fragoso (1965, p. 1235) que há autores italianos que perfilham diverso entendimento, porque entendem que somente haverá a consumação se a fraude chegar ao conhecimento do juiz ou do perito.

Ademais, é dispensável para a consumação que o objeto material inovado venha a ser utilizado para a formação do convencimento do juiz ou do perito, sendo necessária, apenas, a possibilidade de que fosse usado. Outrossim, a inovação deverá ser hábil a induzi-los a erro, pois se o meio empregado for absolutamente inidôneo para tal desiderato haverá crime impossível (CP, art. 17). Sendo o meio empregado relativamente ineficaz ocorrerá a tentativa.

Admite-se a tentativa, pois, em regra, trata-se delito plurissubsistente, comportando, assim, o fracionamento em vários atos.

2.1.6 Causa especial de aumento de pena

Estabelece o parágrafo único do artigo 347 do Código que “se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda, que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro”. Assim, nesse contexto, o magistrado deverá dobrar o *quantum* de pena na terceira fase de sua dosimetria.

Versando sobre a situação, pontua Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 375):

Por fim, com a ressalva de ser possível a prática de inovação, mesmo antes de iniciado o “processo penal”, o tipo penal está admitindo que ela possa ocorrer ainda que na fase da investigação policial (inquérito policial). No entanto, como se destina a produzir efeito em futuro processo penal, faz-se necessário que se aguarde a conclusão do inquérito, pois, se o seu destino for o arquivamento, não chegou a existir processo penal e, como tal, não se poderá falar de fraude processual se processo não houve.

Malgrado o prestígio do douto jurista, a razão não lhe socorre, pois é possível a ocorrência de fraude processual ainda que não se inicie o processo-crime.

Vislumbre-se que alguém seja indiciado como incurso no delito de tráfico ilegal de drogas (artigo 33, *caput*, da lei n. 11.343/2006). Suponha-se, ainda, que uma pessoa detentora de fácil acesso ao laboratório onde se encontra a droga ilegal inove o estado da substância ilegal apreendida, e, em virtude disso, o laudo toxicológico não aponte o princípio

ativo da droga ilegal. Nesse cenário não haverá processo criminal, pois a denúncia não será recebida, já que o Ministério Público, ante a ausência de materialidade, nem sequer oferecerá a inicial acusatória. Vê-se, pois, que a inovação tanto produziu efeito no processo penal que impediu o seu início, uma vez que em consequência da ausência de materialidade o *Parquet* ficou impossibilitado de deduzir a pretensão punitiva em Juízo.

2.1.7 Pena e ação penal

A pena cominada ao delito é de detenção de 3 meses a 2 anos e multa, dessa forma, submete-se ao Juizado Especial Criminal (lei n. 9.099/1995). Ademais, comporta a suspensão condicional do processo (artigo 89 da lei retrocitada) desde que presentes os demais requisitos do instituto.

No tocante à ação penal é pública incondicionada.

Ademais, perfilha a doutrina majoritária o entendimento de que se a inovação ocorre para obstruir a apuração de crimes de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação da vítima / requisição do Ministro da Justiça, somente haverá o crime de fraude processual se se implementarem as condições de procedibilidade. Com efeito, preleciona Néelson Hungria (1959, p. 501) que “[...] se o processo penal é condicionado ao oferecimento de queixa, representação ou requisição, é bem de ver que o crime só existirá se realizada tal condição de processabilidade.”. Contestando esse entendimento, sustenta Luiz Regis Prado (2010, p. 703/704):

A doutrina dominante sustenta – com apoio no Código Penal italiano – que, em se tratando de delito de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação, somente após o oferecimento da queixa-crime ou da correspondente representação é possível a caracterização da fraude processual. Entretanto, a descrição típica não exige a possibilidade de instauração do respectivo processo penal para o aperfeiçoamento do delito constante do artigo 347, consumando-se o crime quando ultimada a inovação artificiosa. Logo, ainda que a persecução penal esteja condicionada à propositura da queixa ou ao oferecimento da representação, é bem possível a caracterização do crime em apreço se o agente altera o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. Ora, a queixa ou representação não condicionam a existência ou a punibilidade da fraude processual, mas tão somente figuram como condições de procedibilidade do delito a ser investigado. (Grifo nosso)

Em que pese a força do argumento do jurista, a razão assiste à doutrina majoritária, pois ausente a condição de procedibilidade não se opera o atentado à administração da justiça, uma vez que o legitimado a oferecer queixa-crime ou a representar

não possibilitou que o Estado-juiz prestasse a tutela jurisdicional, em outras palavras, nem sequer surgiu o poder-dever de administrar justiça.

2.1.8 Subsidiariedade e concurso de crimes

É subsidiário o tipo de fraude processual, pois malgrado o dispositivo não seja expresso nesse sentido (subsidiariedade implícita), somente haverá a fraude se a conduta não consistir noutro crime mais grave, tal como a falsificação de documento público (CP, art.297). Noticia Julio Fabbrini Mirabete (2011, p. 395) que já se admitiu o concurso entre a fraude processual e o delito tipificado no artigo 211 do CP² “[...] na remoção de tecidos do rosto e das regiões palmares e plantares do corpo da vítima, para dificultar o seu reconhecimento, anterior à ocultação do cadáver.” Todavia, é questionável o acerto dessa decisão, posto que o art. 211 do CP prevê um tipo misto alternativo, assim, aquele que destrói o cadáver e posteriormente o oculta incorre apenas na conduta típica do artigo previamente citado.

2.1.9 Classificação doutrinária

Trata-se de delito formal, já que o tipo penal descreve conduta e resultado, contentando-se para a consumação, entretanto, apenas com a conduta.

É crime comum, pois o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, prescindindo, assim, de qualidade específica.

Normalmente é plurissubsistente, uma vez que a conduta típica comporta fracionamento em vários atos.

Classifica-se como instantâneo porque consuma-se no exato momento em que é perpetrada a conduta típica.

Outrossim, pode ser qualificado como unissubjetivo, pois pode ser cometido por apenas um agente, admitindo-se, todavia, o concurso eventual.

² Destruição, subtração ou ocultação de cadáver

Art.211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Caracteriza-se como infração penal de ação única, pois o núcleo do tipo esgota-se no verbo “inovar”.

É, por fim, delito de forma livre, ou seja, a conduta típica opera-se de forma não vinculada.

2.1.10 Natureza jurídica do parágrafo único do artigo 347 do CP

Perfilha a doutrina dominante o entendimento de que se trata de uma causa de aumento de pena. Todavia, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu no *habeas corpus* 88.733/SP tratar-se de um tipo autônomo, confira-se a ementa:

Crime de fraude processual. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. Limpeza do local para a eliminação de vestígios de sangue. Artifício que tenderia a induzir em erro o juiz da ação penal. Fato típico em tese. Inexistência de processo civil ou administrativo. Irrelevância. Ato destinado a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado. Correspondência ao tipo autônomo previsto no parágrafo único do art. 347 do Código Penal. Hipótese normativa que não é de causa de aumento de pena. Inteligência do texto do art. 347, que contém duas normas. O art. 347 do Código Penal contém duas normas autônomas: a do *caput*, que pune artifício tendente a produzir efeitos em processo civil ou procedimento administrativo já em curso; e a do parágrafo único, que pune ato voltado a produzir efeitos em processo criminal, ainda que não iniciado. (Negrito no original)

O impetrante arguira que a pendência de processo civil ou administrativo, previstos no *caput*, condicionaria a existência da situação prevista no parágrafo único, destarte, seria sempre imprescindível para o aperfeiçoamento do crime a pendência de processo civil ou administrativo.

Por sua vez, dissentindo do impetrante, o eminente relator para o acórdão, Ministro Cezar Peluso, aduziu ser possível a fraude processual que objetive influir em processo-crime, ainda que não haja pendência de processo civil ou administrativo, assim sendo, seria o parágrafo único um tipo autônomo.

Com efeito, é adequado o entendimento segundo o qual a situação do parágrafo único pode se configurar independentemente da pendência de processo civil ou administrativo. Todavia, tal conclusão não implica na autonomia do parágrafo único, pois para se apreciar se houve fraude processual destinada a produzir efeito em processo penal, ainda que não existente, é mister reportar-se ao *caput* e analisar se estão presentes as demais elementares que não a pendência de processo civil ou administrativo. Tipo autônomo é aquele

que, como o nome sugere, é bastante por si só, não dependendo de algum outro para se aperfeiçoar, o que não é o caso do parágrafo único do artigo 347, que é apenas e tão-somente uma causa especial de aumento de pena.

2.2 O Delito de Fraude Processual no Código de Trânsito Brasileiro

É a que segue a dicção do artigo 312 do Código de Trânsito Brasileiro:

Inovar artificialmente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito ou o juiz:

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1(um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciado, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

Realizada a apresentação do tipo penal, passa-se a estudá-lo.

2.2.1 Objeto jurídico

O bem jurídico tutelado é a administração da justiça, mais precisamente a administração da justiça penal³, pois se trata de tipo especial que sanciona a conduta daquele que altera o contexto fático do acidente automobilístico.

2.2.2 Sujeito ativo

Admite-se que qualquer pessoa seja autora do delito, tenha ou não interesse no desfecho do procedimento policial preparatório, do inquérito policial ou do processo penal.

2.2.3 Sujeito passivo

³ Sabe-se que a jurisdição é una e indivisível, todavia, fez-se tal distinção a fim de realçar que o art. 312 do CTB não é tão abrangente quanto o art. 347 do CP. Outrossim, não se desconhece que a apuração dos fatos no processo criminal poderá influir na esfera cível nos termos dos art. 63 e seguintes e 387, IV, todos do CPP e art. 935 do CC.

Sujeito passivo imediato é o Estado, titular do bem jurídico administração da justiça, admitindo-se, entretanto, que terceiro figure como sujeito passivo mediato.

2.2.4 Tipo objetivo e tipo subjetivo

O tipo objetivo consiste em “inovar, artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa”.

Inovar é o verbo núcleo do tipo, traduz a idéia de modificar, alterar o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, nas precisas palavras de Fernando Capez (2011, p. 366) “[...] Abrange, portanto, as ações de apagar marca de derrapagem, retirar placas de sinalização, alterar o local dos carros, limpar estilhaços do chão, alterar o local do corpo da vítima etc.”. No tocante às demais observações referentes ao estado de lugar, de coisa ou de pessoa são pertinentes aquelas aplicáveis ao delito de fraude processual do CP.

Artificiosamente sugere que a alteração decorra da ação humana, sendo irrelevante aquela derivada de fenômenos naturais.

Acidente automobilístico é aquele que envolve veículo automotor, ou seja, “veículo a motor de propulsão, que circule por seus próprios meios”, nos termos do anexo I do CTB, assim, exemplificativamente, um acidente do qual participe apenas e tão-somente duas bicicletas não é automobilístico, já que a bicicleta é um veículo de propulsão humana.

O tipo subjetivo é o dolo, vontade livre e consciente de inovar o contexto fático do acidente automobilístico, exigindo-se, ainda, o especial fim de agir consistente em induzir a erro o juiz, o perito ou o agente policial.

Não há previsão de modalidade culposa.

2.2.5 Consumação e tentativa

O delito consuma-se, estando presentes as demais elementares, com a inovação do estado de lugar, de coisa ou de pessoa, sendo desnecessária a efetiva ocorrência do induzimento do juiz, do perito ou do agente policial a erro, tratando-se, pois, de delito formal.

Registre-se, no entanto, que o meio utilizado para a inovação deverá ser idôneo, ou seja, hábil a induzir o homem mediano a erro.

Outrossim, é possível a tentativa, pois a ação típica é fracionável.

2.2.6 Caracteres do delito

O delito comporta os seguintes caracteres: é formal, comum, plurissubsistente, instantâneo, unissubjetivo, de ação única e de forma livre.

2.2.7 Pena e ação penal

A pena cominada é de detenção de seis meses a um ano ou multa. A ação penal é pública incondicionada.

2.2.8 A questão das penas cominadas no CP e no CTB

Apreciando-se o artigo 347 do CP tem-se que a pena cominada é de detenção de 3 meses a 2 anos e multa, devendo-se observar, ademais, que o parágrafo único estatui que as penas aplicam-se em dobro se a inovação se destina a gerar efeitos em processo penal, ainda que não iniciado. Noutra vertente, o artigo 312 do CTB comina pena de detenção de 6 meses a 1 ano ou multa.

Comparando-se os preceitos secundários dos tipos chega-se a conclusão que o legislador não foi feliz ao fixar o *quantum* de pena, pois fixou a um delito mais grave pena mais branda do que aquela estabelecida para um delito menos grave. Veja-se, assim, que a pena máxima cominada à fraude processual do CP é de detenção de 2 anos e aplica-se cumulativamente com a multa, ao passo que à fraude do artigo 312 do CTB comina-se pena máxima de 1 ano de detenção aplicada alternativamente à pena de multa. Lembre-se, entretanto, que a pena mínima cominada no CP é mais branda que aquela aplicada no CTB.

Ademais, sabe-se que o artigo 312 do CTB é especial em relação ao artigo 347 do CP. Não se está afirmando que necessariamente o tipo especial deva ter reprimenda mais severa que a do tipo geral, veja-se, a título de ilustração, o delito de infanticídio (CP,

art.123)⁴, malgrado seja especial em relação ao crime de homicídio (CP, art. 121)⁵ apresenta sanção penal expressivamente menor.

Por sua vez, a Constituição da República consagra no artigo 5º, *caput*, o direito à igualdade. Ressalta a doutrina, todavia, que o princípio da isonomia comporta exceções: (i) a Constituição Federal pode excepcionar a si mesma, é o que faz, por exemplo, no artigo 12, §3º e incisos ao estabelecer cargos que somente são acessíveis aos brasileiros natos; e (ii), quando a situação fática concreta justifique a exceção, o que a doutrina denomina de ação afirmativa⁶.

Ante o exposto, não se percebe inconstitucionalidade no fato de o infanticídio ter pena mais amena que a do homicídio, pois o *discrímen* é justificado pela situação peculiar da mulher sob a influência do estado puerperal.

O legislador ordinário, quando da elaboração do artigo 312 do CTB, aspirava a dar um tratamento mais severo para a situação, pois nada justificaria um tratamento mais brando. Andou bem ao fixar a pena mínima, posto que aquela do artigo 312 do CTB é maior que a do artigo 347 do CP. Todavia, não exercendo a contento sua função, cominou pena máxima no CTB inferior à do CP.

Assim, situações esdrúxulas e inconstitucionais podem decorrer da deficiência legal. Suponha-se que um agente incorra na conduta capitulada no artigo 347, parágrafo único, do CP e que lhe seja aplicada pena de detenção de 1 ano e 2 meses e multa, ao passo que outro indivíduo incorra na conduta do artigo 312 do CTB e lhe seja imposta pena de detenção de 1 ano (a máxima cominada ao tipo). Ora, o que justifica o tratamento desigual? Partindo-se da premissa que as circunstâncias judiciais e as circunstâncias agravantes e atenuantes (incidentes na 1ª e 2ª fase da dosimetria da pena, respectivamente) são idênticas para ambos os infratores, nada justifica o tratamento desigual, pois a finalidade do legislador quando da elaboração do tipo especial era a oposta, ou seja, impor tratamento mais gravoso àquele que incorre na conduta típica do artigo 312 do CTB.

⁴ Infanticídio

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

⁵ Homicídio simples

Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

[...]

⁶ Nesse caso, a rigor, não se trata de exceção ao princípio da isonomia, haja vista que se promove a igualdade material, que se expressa na idéia de Aristóteles segundo a qual igualdade é tratar os iguais de forma igual e os desiguais da maneira desigual na medida de sua desigualdade.

Destarte, a fim de se evitar afronta à Carta da República, o magistrado, quando da dosimetria da pena daqueles que incorreram na conduta do artigo 347, parágrafo único do CP, deverá observar a incidência da causa de aumento de pena, todavia, a pena máxima não poderá exceder o limite de 1 ano, que é o *quantum* máximo de reprimenda fixado no artigo 312 do CTB.

Vozes discrepantes poderiam aduzir que o juiz procedendo dessa forma estaria criando um terceiro tipo penal híbrido, violando, assim, o constitucional princípio da legalidade penal (CF, art. 5º, XXXIX). Entretanto, não merece acolhida esse entendimento, posto que, quando o magistrado procede da forma sugerida, não está se comportando como legislador positivo – o que lhe é vedado – mas sim como legislador negativo, pois velando pelo primado da Constituição Federal, tolhe do preceito secundário o excesso de pena inconstitucional.

Concluindo, repisa-se, o juiz, quando da aplicação do artigo 347, parágrafo único do CP, poderá aumentar a pena até o limite de 1 ano, que é a pena máxima cominada no artigo 312 do CTB. Ademais, deve-se observar a alternatividade da pena privativa de liberdade com a pena de multa, não as aplicando cumulativamente, pois esse é o tratamento dado ao tipo especial. Essas são as medidas hábeis a fim de evitar o vilipêndio à Constituição Federal.

2.2.9 Sentença absolutória e fraude processual

Informa a doutrina que já se decidiu que a absolvição decorrente da não demonstração cabal da autoria pelo homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302) implicaria em absolvição pela fraude processual, Luiz Flávio Gomes, *et al* (2009, p. 1016) apresenta trecho de uma decisão nesse sentido:

“Contraditória é a decisão que absolve o acusado de homicídio culposo por falta de prova da autoria do atropelamento e morte da vítima e o condena por fraude processual, consistente em ter mandado lavar o veículo no dia seguinte ao dos fatos, inovando o estado da coisa para o fim de induzir a erro o juiz.” (TJSP, rel. Cunha Bueno, *RT* 543/349).

O entendimento é coerente, haja vista que neste cenário observa-se uma relação de prejudicialidade entre o homicídio culposo na condução de veículo automotor e a fraude processual.

2.3 A Fraude Processual no Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003)

O artigo 16, parágrafo único, inciso II, *in fine*, tipifica uma fraude processual especial, sendo, pois, um tipo autônomo:

Art.16[...]

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

[...]

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

II – modificar as características de arma de fogo, [...] para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro a autoridade policial, perito ou juiz;

Apresentado o dispositivo legal, passa-se a analisar suas peculiaridades

2.3.1 Objeto jurídico

O objeto jurídico, assim como nas demais fraudes processuais, é a regular administração da justiça e o seu bom andamento.

2.3.2 Sujeito ativo

Admite-se que qualquer pessoa figure como autora do fato típico, sendo irrelevante que tenha ou não interesse no desfecho do inquérito policial ou do processo penal. No demais se aplicam as observações feitas ao delito de fraude processual do CP.

2.3.3 Sujeito passivo

O sujeito passivo é o Estado, titular do bem jurídico administração da justiça.

2.3.4 Tipo objetivo e tipo subjetivo

O tipo objetivo consiste em modificar, inovar, alterar as características de arma de fogo⁷.

O tipo subjetivo é a vontade livre e consciente voltada a modificar as características da arma de fogo, sendo, ainda, indispensável o especial fim de agir consistente em dificultar a apuração dos fatos ou induzir a erro a autoridade policial, o juiz, ou o perito.

O dispositivo legal não prevê a modalidade culposa.

Destaque-se que até o advento da lei n. 10.826/2003 aquele que incorresse na conduta era responsabilizado pelo artigo 347 do CP, o qual apresenta pena significativamente mais branda. Trata-se, pois, de *novatio legis in pejus*, já que estabelece reprimenda mais severa, sendo vedada a retroatividade.

2.3.5 Objeto material

O objeto material, ou seja, aquele sobre o qual incide a conduta, é apenas a arma de fogo.

2.3.6 Consumação e tentativa

O delito consuma-se quando a arma de fogo é alterada, sendo desnecessário o induzimento de qualquer das autoridades previstas no tipo a erro, o que é mero exaurimento.

A conduta típica é plurissubsistente, dessa forma, é cabível a tentativa.

2.3.7 Classificação doutrinária

O delito comporta a mesma classificação dada àquele do art. 347 do CP: é formal, comum, plurissubsistente, instantâneo, unissubjetivo, de ação única e de forma livre.

2.3.8 Pena e ação penal

⁷ O conceito de arma de fogo é fornecido pelo decreto n. 3665/2000 em seu anexo: XIII – arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade a combustão de propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.

A reprimenda é expressivamente superior às das demais fraudes, sendo de reclusão de 3 a 6 anos e multa. Outrossim, não se pode deslembrar da causa de aumento de pena prevista no art. 20 do Estatuto do Desarmamento.

A ação penal é pública incondicionada.

2.4 A Fraude Processual no Projeto do Novo Código Penal

O projeto de lei do Senado n. 236/2012 inova o tipo penal, ainda que não profundamente:

Art. 303. Inovar artificiosamente, na pendência de processo judicial ou administrativo, ou inquérito civil, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz, o contador ou o perito:

Pena – prisão de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em inquérito policial ou em processo penal ainda que não iniciado, as penas aumentam-se de um terço até o dobro.

O projeto inova ao introduzir a elementar “inquérito civil”, pois aumenta o campo de abrangência do tipo penal. No tocante à elementar “contador”, é despicienda, haja vista que esse é um perito. Outrossim, a pena mínima cominada é exasperada, hodiernamente é de detenção de 3 meses, se aprovado o projeto, passará a ser de prisão⁸ de seis meses.

⁸ O projeto de lei do Senado n. 236/2012, se aprovado, extinguirá a dicotomia do CP, pois banirá o binômio reclusão/detenção, valendo-se apenas do termo prisão, que poderá ser cumprida em um dos três regimes atualmente conhecidos. Confira-se a dicção do art. 45 do projeto: As penas são: I – prisão; II – restritiva de direitos; III – de multa; IV – perda de bens e valores.

3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio da não autoincriminação, tal como as demais figuras jurídicas, desenvolveu-se gradativamente no curso da história. Faz-se, ainda, presente em inúmeros sistemas jurídicos estrangeiros. Outrossim, não se trata de figura estanque, pois é influenciado, bem como influencia outros institutos jurídicos. Passa-se, então, ao desenvolvimento do assunto.

3.1 Escorço Histórico

O princípio da não autoincriminação é conhecido também pelas expressões *nemo tenetur se detegere* (significando literalmente que ninguém é obrigado a se descobrir) e *privilege against self-incrimination* nos países que se filiam ao sistema *common law*.

Na Antiguidade não se observava o princípio, sendo que, ao contrário, corriqueiramente o indivíduo – objeto da investigação – era submetido a toda sorte de torturas a fim de se chegar à confissão. Ressalve-se, todavia, que entre os hebreus não ocorria essa situação, visto que entendiam ser a confissão um comportamento atípico do ser humano, sendo que aqueles que confessavam eram tidos, muitas vezes, como portadores de insanidade mental.

Considerando-se a Idade Média, sobretudo na Europa Continental – berço do sistema *civil law* – tem-se que predominava o processo do tipo inquisitório, em virtude disso, vigorava a presunção de culpabilidade, segundo a qual era ônus do acusado demonstrar sua inocência. Outrossim, o interrogatório era tido como meio de prova e a confissão era considerada, como ensina a doutrina, a “rainha das provas”. As ordálias eram meios de tortura corporal que visavam a extorquir a confissão do indivíduo. Resta claro, pois, que nesse contexto histórico não havia espaço para a não autoincriminação.

Foi somente no século XVIII, com o advento do Iluminismo, que surgiu campo fértil para o desenvolvimento do princípio ora em comento. Maria Elizabeth Queijo (2012, p.32), em sua tese de doutorado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, esclarece que:

Os iluministas combateram o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração autoincriminativa era antinatural. Além disso, consideravam imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou seja, confessasse, autoincriminando-se.

Nesse contexto, o processo do tipo inquisitório, paulatinamente, cedeu espaço para o processo do tipo acusatório e o indivíduo que até outrora era tido como objeto da persecução penal passou a figurar como titular de direitos inerentes à condição humana, ou seja, o poder de *imperium* do Estado passou a ser relativizado frente aos direitos da pessoa. Foi, dessa forma, nesse momento histórico que o princípio da não autoincriminação ensaiou os seus primeiros passos.

Outrossim, como largamente sabido, o movimento Iluminista culminou com a Revolução Francesa (1789-1799) que rompeu com os privilégios da nobreza e do clero, bem como com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a qual não consagrava expressamente o princípio, todavia, instituiu a presunção de inocência (art.9º) e a vedação à tortura, regras das quais decorre a não autoincriminação.

Merece análise em apartado a evolução histórica do princípio no direito anglo-saxônico, visto que muitas e relevantes são as peculiaridades. Com efeito, no direito britânico, diferentemente da Europa Continental, vigorava o sistema acusatório, posto que o indivíduo era julgado por seus pares, ou seja, pelo júri, órgão distinto daquele que o acusava. Ademais, até o final do século XVIII vedava-se que o sujeito passivo da persecução penal fosse assistido por um advogado, destarte, a única possibilidade que teria para se defender, apresentando a sua própria versão dos fatos, seria o interrogatório. Nesse sentido são as precisas palavras de Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 40):

O acusado poderia replicar, pessoalmente, as acusações formuladas contra ele. Não havia advogados de defesa. Assim, silenciar significava praticamente autoacusar-se, pois se ele não falasse, ninguém o faria em sua defesa. Valorizava-se o aspecto testemunhal das declarações do acusado, daí não se admitir que terceiro falasse por ele. Mas, surpreendentemente, não se registram invocações dos acusados, nessa fase, do *privilege against self-incrimination*.

Além disso, havia obstáculos para que ele se utilizasse de testemunhas de defesa. No final do século XVII, os acusados não tinham direito à intimação das testemunhas que não comparecessem. Quando compareciam, não eram ouvidas sob juramento, até o *Treason Act* de 1696, que estabeleceu a obrigatoriedade de juramento para as testemunhas de defesa em crime de traição. Todos esses mecanismos forçavam o acusado a falar, em sua defesa, desestimulando-o a silenciar.

Em outras palavras: até o final do século XVIII, para a maioria dos acusados, defender-se significava responder, pessoalmente, a todos os termos da acusação. Enquanto se manteve essa exigência, não havia lugar para o *privilege against self-incrimination*.

Dessa feita, frente a esse cenário, ao indivíduo não restava outra alternativa senão a de responder as perguntas que lhe fossem formuladas.

Foi somente nas derradeiras décadas do século XVIII que o princípio da não autoincriminação expressou-se no direito anglo-saxônico, posto que ocorreram profundas mudanças no campo político-jurídico, tal como a popularização da defesa técnica, fato que ensejou a distinção entre função defensiva e função testemunhal. Outrossim, expressou-se de forma mais intensa a partir do momento em que o interrogado deixou de se submeter ao juramento, assim, caso faltasse com a verdade, não sofreria sanções, tal como a responsabilização por perjúria⁹. A dispensa do juramento ocorreu porque se percebeu que seria incoerente, visto que o interrogado apresentava interesse no desfecho dos fatos.

Nos Estados Unidos o princípio foi previsto, pela primeira vez, na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Anos mais tarde, em 1791, ingressou na Constituição norte-americana por intermédio da V emenda, estabelecendo que “*No person [...] in any criminal case to be witness against himself.*”¹⁰.

Destaque-se, por fim, que o princípio não foi previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Todavia, encontra expressa previsão no Pacto de São José da Costa Rica, dispondo o art. 8º, 2, “g” que toda pessoa tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

3.2 Direito Comparado

Malgrado saiba-se que atualmente os sistemas *civil law* e *common law* exerçam grande influência recíproca, far-se-á a análise dos países que se filiam a cada um deles em separado, haja vista que apesar da aproximação, muitas são as distinções entre ambos. Distinguindo-os, preleciona o imortal Miguel Reale (2009, p.141-142):

[...] Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da *tradição romanística* (nações latinas e germânicas) e o da *tradição anglo-americana (common law)*. A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificado na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.

⁹ A perjúria equipara-se ao delito de falso testemunho previsto no art. 342 do CP.

¹⁰ Nenhuma pessoa será obrigada a depor contra si mesma na persecução penal (tradução livre).

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. [...]

Dessa forma, em que pese a aproximação entre ambos os sistemas, figura-se adequado analisá-los em apartado.

3.2.1 Sistema *civil law*: Alemanha, Argentina, Espanha, França, Itália e Portugal

Faz-se nessa seção uma análise do assunto nos países de tradição romano-germânica, comparando-se a jurisprudência, a doutrina, bem como as constituições e a leis ordinárias.

3.2.1.1 Alemanha

Apona a doutrina que o princípio da não autoincriminação ingressou no direito alemão no século XIX por influência do Iluminismo. Outrossim, a Lei Fundamental da Alemanha não prevê expressamente o princípio, entende-se, todavia, que está implícito, sendo decorrência natural da dignidade humana, bem como do direito à liberdade. Decorre, ainda, do art.14, n.3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado em 17 de dezembro de 1973. É indispensável que seja dada ciência ao interrogado de seu direito ao silêncio, que é, por excelência, desdobramento da não autoincriminação. A prova obtida sem a observância da formalidade não é utilizável.

Admite-se amplamente as provas que incidam sobre o corpo do indivíduo, ainda que invasivas (seção 4.8.1.1), encontrando limites, entretanto, na preservação da integridade física e da saúde. Negando-se o indivíduo a colaborar com a produção das provas haverá execução coercitiva. Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 330) salienta que “Não se deixa de entrever, no direito alemão, sob esse prisma, o acusado como objeto de prova. Deverá ele sujeitar-se, obrigatoriamente, à investigação corporal.”.

3.2.1.2 Argentina

Na Argentina há expressa previsão constitucional do princípio, de forma que o art.18 estabelece que ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo. A legislação ordinária, além de reiterar o comando constitucional, estatui que é defeso à autoridade recomendar ao interrogado que diga a verdade. Em decorrência, a jurisprudência da República vizinha estabelece que é inexigível que o interrogado se submeta ao juramento de dizer a verdade, bem como reconhece a invalidade da confissão obtida mediante tortura física e/ou moral.

3.2.1.3 Espanha

A Lei Maior da Espanha também consagra o princípio, sendo pormenorizado pela *Ley de Enjuiciamiento*. Assim como em muitos outros países, a pessoa deverá ser advertida de seu direito de não se autoincriminar, sendo a prova obtida sem essa formalidade eivada de nulidade.

É de se notar que a recusa à colaboração para apuração do delito de embriaguez ao volante (art. 380 do Código de Trânsito Espanhol) implica em responsabilização pelo delito de desobediência.

3.2.1.4 França

A França, por sua vez, não positivou o princípio, o que não significa a ausência de reconhecimento, pois é corolário doutras normas constitucionais, bem como decorre de acordos internacionais dos quais o país é signatário, a exemplo do Pacto das Nações Unidas. Ademais, o interrogado não se submete ao juramento e não incorre no tipo penal de falso testemunho.

Ressalte-se que o indivíduo tem o dever de colaborar com a apuração de eventual embriaguez ao volante, malgrado não se admita a execução forçada do procedimento. Entretanto, a recusa importa em responsabilização criminal por delito diverso do de embriaguez ao volante.

3.2.1.5 Itália

Considerando-se a Itália, até a unificação dos reinos (1871) vigorava o Código *Romanogsi*, que expressamente vedava o juramento e o uso de meios que ensejassem respostas não voluntárias. Posteriormente, ainda no século XIX, fora promulgado outro Código de Processo Penal que reiterava o que dispunha o anterior e estabelecia, outrossim, que o interrogado seria advertido que o seu silêncio não obstaría o desenvolvimento do processo. Décadas mais tarde, em 1930, sob o regime Fascista de Benito Mussolini, foi promulgada nova Lei Processual Penal, que, malgrado não previsse o direito à não autoincriminação, não impunha sanções àquele interrogado que se calasse. Havia, ainda, idêntica previsão ao Código anterior no sentido de que o indivíduo seria advertido que o seu silêncio não impediria o trâmite do processo. Somente no período pós - Segunda Guerra Mundial, por intermédio da lei n. 932 de 1969, o princípio da não autoincriminação foi reintroduzido expressamente no direito positivo italiano, sendo que o interrogado deveria ser advertido de seu direito ao silêncio e a não observância da norma implicaria em nulidade da prova. Outrossim, nesse contexto, o interrogatório era tido como genuíno meio de defesa. Quanto à Constituição italiana, não prevê expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, em que pese a omissão, entende-se que é consequência da presunção de inocência e do direito à autodefesa. Discorrendo sobre o princípio no atual Código de Processo Penal, Maria Elizabeth Queijo (2012, p.165) preleciona que:

Nessa linha o art. 61 dispôs que os direitos e garantias do acusado estendem-se à pessoa submetida às investigações. A exemplo do que ocorria na disciplina anterior, mesmo antes de ostentar o *status* de acusado, já se impõe a observância de direitos e garantias atinentes a este.[...]

No mesmo sentido, o art.63 prescreve, como na disciplina anterior, que, se forem prestadas declarações perante a autoridade judiciária ou à polícia judiciária, por pessoa não acusada nem submetida a investigações, das quais advenham indícios da prática de algum crime, em seu prejuízo, a autoridade deverá interromper o ato, advertindo-a de que de tais declarações poderá ser desencadeada investigação e a convida a nomear um defensor.

Dispõe ainda o mesmo artigo que as declarações anteriormente prestadas, nessas condições, não podem ser utilizadas. (Grifo nosso)

Trata-se, pois, como sugere Vittorio Grevi (1998) *apud* Maria Elizabeth Queijo (2012, p.165) de tutela antecipada do direito ao silêncio e, ademais, os dispositivos legais visam a combater o vilipêndio à não autoincriminação. Ressalte-se, todavia, que o direito ao silêncio no sistema jurídico italiano, assim como na maior parte dos demais países, não enseja que o interrogado se recuse a se identificar.

Outrossim, a Corte Constitucional italiana na sentença n. 238/1996 admitiu a coleta de sangue do indiciado/acusado ainda que não haja assentimento, pois, sob sua ótica,

trata-se de constrição provisória da liberdade. Ressalvou, todavia, que as situações de cabimento, bem como o procedimento de execução deveriam ser determinados pelo Poder Legislativo, não ficando, assim, sujeitos à discricionariedade do juiz. Ademais, destacou que a realização somente seria possível quando não colocadas em risco a vida e a saúde do indivíduo.

Em que pese a decisão da Corte, o Parlamento italiano quedou-se inerte e não legislou sobre a matéria, inviabilizando, dessa forma, o procedimento.

Quanto à realização de perícia fonética, decidiu-se que não é possível constranger o indivíduo a fazê-lo, entretanto, autoriza-se a utilização da gravação de voz obtida mediante interceptação telefônica

3.2.1.6 Portugal

O Direito lusitano, de sua parte, afinando-se à moderna dogmática constitucional, também consagra o direito à não autoincriminação. A Lei Maior de Portugal não contém expressa previsão, entende-se, entretanto, que decorre dos demais direitos fundamentais, tal como a dignidade da pessoa humana. O Código de Processo Penal, por sua vez, consagra o princípio, havendo, ainda, previsão de não sujeição do interrogado ao juramento. Outrossim, há previsão semelhante àquela do direito italiano, pois se a autoridade que colhe o depoimento de indivíduo – ainda não sujeito à persecução penal – notar que as informações colhidas poderão implicar-lhe futura investigação/processo criminal deverá esclarecê-lo do direito à não autoincriminação.

De sua parte a lei portuguesa n. 45/2004, em seu art. 6º, n.1 estabelece que “ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente nos termos da lei”, dessa forma, havendo recusa do indiciado/acusado a realização será compulsória.

No tocante à apuração de embriaguez ao volante, a recusa enseja a responsabilização pelo delito de desobediência.

3.2.2 Sistema *common law*: Estados Unidos da América e Inglaterra

Aborda-se, nesse ponto, o princípio da não autoincriminação sob a perspectiva do *common law*, no qual a jurisprudência apresenta grande importância e os precedentes das Cortes Superiores vinculam os demais juízes.

3.2.2.1 Estados Unidos

O Direito norte-americano consagrou expressamente o *privilege against self-incrimination*, posto que em 1791, por intermédio da V emenda, foi introduzido na Constituição Federal, estabelecendo que ninguém poderá ser compelido a ser testemunha contra si mesmo. O princípio surgiu a fim de fazer frente a eventuais abusos de autoridades e é aplicado para os acusados, bem como para as testemunhas que em virtude de suas declarações possam vir a figurar naquela posição (nessa última situação há maior restrição, já que o direito ao silêncio abarcará apenas as declarações potencialmente incriminadoras). Registre-se, todavia, que até 1964 não eram todos os Estados-membros que o observavam, pois se entendia, até então, que em virtude da ampla autonomia dos entes federados não seria possível impor-lhes a observância da norma de natureza processual. Entretanto, o entendimento foi alterado pela Suprema Corte no caso *Malloy versus Hogan*, obrigando todos os Estados a observá-lo.

Outrossim, em 1965, a Suprema Corte decidiu pela impossibilidade de o juiz e/ou o acusador referirem-se à recusa do acusado a se submeter ao juramento de dizer a verdade, pois aquela conduta afrontaria a V emenda¹¹. Ademais, as provas obtidas mediante violação do princípio da não autoincriminação são inadmissíveis, uma vez que são ilegítimas.

Outro caso emblemático, digno de destaque, é o *Miranda versus Arizona* (1966), no qual a Suprema Corte anulou a confissão em virtude da ausência de prévia advertência sobre o direito de permanecer calado, ademais, estabeleceu inúmeros outros parâmetros para se averiguar a sua validade.

¹¹ O CPP brasileiro, com redação determinada pela lei n.11.689/2008, traz disposição semelhante para o rito do Júri: Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – [...]; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

No tocante à advertência do interrogado de seu direito de permanecer em silêncio não se exige formalidade, todavia, ainda que diga conhecê-lo, a autoridade interrogante deverá alertá-lo.

Alguns Estados norte-americanos acobertam a testemunha sob o pálio da imunidade, destarte, deverá externar todos os fatos conhecidos, inclusive os que lhe desfavoreceriam, já que não ensejarão persecução penal em seu desfavor, situação essa, afastada pela benesse. Todavia, a pessoa beneficiada poderá cometer perjúria por qualquer omissão voluntária. Registre-se, entretanto, que é possível a opção pelo direito ao silêncio, não ocorrendo, assim, a imunidade.

É oportuno, ainda, ressaltar que o interrogado, malgrado assistido pelo direito ao silêncio, poderá prestar juramento de dizer a verdade como se testemunha fosse. Nas palavras do Professor Tourinho Filho (2012, p. 595):

No Direito norte-americano, o acusado tem o direito de permanecer calado, em face do *privilege against self-incrimination*. Mas, se quiser abrir mão desse privilégio, poderá, após o juramento de dizer a verdade e somente a verdade, ser inquirido pelo seu Defensor (*direct examination*) e, a seguir, pela parte contrária (*cross examination*), como se fosse uma verdadeira testemunha, respondendo por eventual perjúrio.

Veja-se, nesse particular, que o tratamento dado pelo direito brasileiro é radicalmente divergente, posto que o interrogado não presta o compromisso de dizer a verdade, bem como não incorre, sob hipótese alguma, na conduta típica de falso testemunho (CP, art.342)¹².

Salienta a doutrina que a jurisprudência norte-americana analisa o princípio da não autoincriminação sob perspectiva restritivistista, limitando, assim, a sua aplicação. Há entendimento doutrinário de que em alguns casos não seria legítimo nem mesmo negar-se a depor.

3.2.2.2 Inglaterra

¹² Todavia, a lei n. °12.850/2013, publicada no Diário Oficial da União em 02 de Agosto e com *vacatio legis* de 45 dias, revogou a lei n.° 9.034/1995 (Lei do crime organizado) e dispôs, dentre outras matérias, sobre a investigação criminal e os meios de obtenção de prova. Referida lei deu singular tratamento ao depoimento do colaborador, assim, estabelece o §14 do artigo 4° que “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”. Nesse contexto, parece possível que o sujeito passivo da persecução penal incorra no delito de falso testemunho.

O Direito inglês, tal como o norte-americano, reconhece o *privilege against self-incrimination* e, como será visto adiante, aplica-o de forma restritiva.

O *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 restringe intensamente o princípio, não chegando, todavia, ao extremo de bani-lo do direito inglês.

Malgrado se observe o direito ao silêncio, a sua utilização pelo interrogado poderá ser valorada negativamente, o que é, no mínimo, um não senso, posto que do exercício regular de um direito não pode advir uma sanção. Pontue-se, entretanto, que a valoração negativa somente poderá ocorrer se não houver justificativa plausível para o silêncio, tal como a sugestão do advogado.

Mas, segundo adverte Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 225), a *Royal Commission* já manifestou entendimento de que do exercício do direito ao silêncio na fase pré-processual não poderia advir conseqüências negativas, isso, em virtude da presunção de inocência.

Queijo (2012, p. 228) traz notícias sobre o tratamento dado pelos ingleses à não autoincriminação:

Em outro julgado da Corte, em *Saunders v. United Kingdom*, em 1997, decidiu-se que as respostas obtidas do acusado, por aplicação da seção 434 do *Companies Act* de 1995, eram resultado de opressão e feriam o *fair hearing*. Referida seção permitia aos investigadores penalizar os acusados com até dois anos de prisão, caso se recusassem a responder as perguntas. Em acréscimo, podiam ser extraídas inferências de seu silêncio. Vários estatutos na Inglaterra chegaram a prever disposições semelhantes. (Grifo nosso)

Dessa feita, percebe-se o alcance limitado que os ingleses conferem à não autoincriminação, situação semelhante à do Estados Unidos. No entanto, tal ingerência estatal excessiva na esfera dos direitos individuais já foi levada à Corte Européia de Direitos Humanos.

Importa ressaltar que o direito inglês quanto às provas que são obtidas mediante atuação no corpo do indivíduo (seção 4.8.1) as distingue em duas espécies, quais sejam, invasivas (*intimate samples*) e não invasivas (*non intimate samples*). As provas invasivas são realizadas somente mediante consentimento do indiciado/acusado, ao passo que as não invasivas prescindem de consentimento. Quanto à recusa injustificada de realização de prova invasiva, malgrado não haja sanção, a negativa poderá ser valorada negativamente desde que aliada ao conjunto probatório.

A autora supracitada (2012, p. 353) informa um curioso julgado no qual a Corte de Apelo determinou a um indivíduo que fornecesse – sob pena de cometer crime apenado com pena privativa de liberdade – oralmente ou por escrito, a senha de um computador, o qual tinha informações relevantes para a investigação da Polícia, pois entendeu que a senha teria existência independentemente da vontade do investigado.

3.3 A Disciplina no Direito Brasileiro

Frise-se, inicialmente, que nesta etapa serão apresentadas apenas algumas noções sobre a matéria no direito pátrio, sendo que no momento oportuno será retomada e analisada mais detidamente.

A Constituição Federal consagra expressamente o direito ao silêncio, manifestação genuína do direito à não autoincriminação, no art.5º, 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.”. Ressalte-se que malgrado o dispositivo se refira ao “preso” é uníssono o entendimento de que o indivíduo, ainda que solto, é assistido pelo direito. Outrossim, o direito também decorre do art. 8º, 2, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992, tendo o tratado natureza supra-legal consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a Carta da República não consagra de forma expressa o *nemo tenetur se detegere*, mas apenas e tão-somente, como acima salientado, o direito ao silêncio, que, reconheça-se, é um desdobramento daquele. Em que pese a omissão, entendem doutrina e jurisprudência (muitos são os precedentes do STF neste sentido) que a não autoincriminação decorre de outras normas constitucionais, tais como do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência (CF, art.5º, LIV, LV e LVII).

O Código de Processo Penal também consagra o direito ao silêncio. Até o advento da lei n.11.689/2008 o art. 451 do CPP dispunha que se o crime fosse inafiançável o réu seria obrigado ao comparecimento perante o Tribunal do Júri, todavia, a mencionada lei revogou a previsão, o que prestigiou o princípio, posto que se o acusado comparecesse e se calasse grande seria a probabilidade de os jurados valorarem negativamente o seu silêncio, ainda mais considerando-se que as decisões dos jurados não carecem de fundamentação.

Até a edição da lei n.10.792/2003 o art. 186 do CPP estabelecia que o juiz deveria advertir o réu que “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, malgrado o entendimento pacífico de que tal dispositivo não fora recepcionado pela Constituição da República, o legislador, a fim de espancar qualquer dúvida, o alterou:

Art.186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Grifo nosso)

Saliente-se, todavia, que a possibilidade de silenciar abrange apenas o interrogatório de mérito e não o de qualificação, assim, o interrogado que mente sobre sua qualificação ou se nega a fornecer dados à autoridade incorrerá na conduta típica do artigo 307 do CP (falsa identidade) ou do artigo 67 da Lei de Contravenções Penais (recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação). Outrossim, não é dado ao indivíduo atribuir-se responsabilidade por delito que não cometeu ou imputar crime a alguém que sabe inocente, sob pena de incorrer nos tipos penais dos artigos 341 ou 339, ambos do CP (respectivamente: autoacusação falsa e denúncia caluniosa).

O art.186, supracitado, deve ser observado no interrogatório presidido pelo delegado de polícia (CPP, art. 6º, V).

De sua parte, o art. 198 do CPP dispõe que “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”, resta claro, todavia, que a segunda parte do dispositivo não foi recepcionada pela vigente ordem constitucional.

Não se pode negar, entretanto, que eventualmente ocorra a valoração negativa do silêncio pelo juiz, mas não se admite que ele externe essa convicção na fundamentação da decisão, e, como sabido, o que não está nos autos, não está no mundo do direito.

Outrossim, dispõe o art. 478, II, do CPP, que é vedado as partes durante os debates no Júri, sob pena de nulidade, referirem-se ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de pedido.

No que toca às provas que exigem a colaboração ativa do indivíduo, tal como soprar o etilômetro ou fornecer material gráfico para fins de comparação, é jurisprudência

consolidada do Supremo Tribunal Federal que o indivíduo não é obrigado a elas se submeter. Esclarecedora é a ementa, parcialmente transcrita, do *habeas corpus* 99.289/RS julgado no ano de 2009, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

Aquele que sofre perseguição penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal. (HC 96.219 – MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes. (Negrito e sublinhado no original)

Percebe-se, dessa forma, que o STF dá ao privilégio contra a autoincriminação expressiva abrangência.

3.4 O Princípio da Não Autoincriminação e Institutos Afins

Nessa etapa será realizada, por necessário, a análise de alguns institutos com os quais o princípio objeto de estudo mantém profundos vínculos ou, ainda, dos quais seja decorrência.

3.4.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal (denominado *due process of law* no direito norte-americano) está previsto no art. 5º, LIV, da Lei Maior: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Conforme notícia Mougenot Bonfim (2011, p.71) a origem histórica remonta ao art. 39 da Magna Carta inglesa de 1215. Não se pode deslembrar, ainda, da relevante contribuição prestada pela Suprema Corte norte-americana em seu desenvolvimento.

Salienta a doutrina que se trata de um sobreprincípio, posto que dele derivam inúmeros outros, tais como o contraditório, a ampla defesa e a duração razoável do processo (CF, art. 5º, LV e LXXVIII, respectivamente), no dizer de Paulo Rangel (2013, p.5): “O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.”. Ademais, apresenta-se sob duas perspectivas: formal e material. A primeira impõe que sejam observadas minuciosamente todas as previsões legais para o regular

andamento do processo, tais como a citação, a intimação dos atos processuais e a presidência do processo por magistrado imparcial e competente. A segunda relaciona-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, impõe ao Estado o agir moderado, de forma que o meio adotado para a consecução de um fim não seja excessivamente lesivo.

3.4.2 Princípio da ampla defesa

O art. 5º, LV, da Constituição da República, consagra a ampla defesa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O princípio apresenta duas facetas, quais sejam a defesa técnica e a autodefesa. A primeira garante ao indivíduo que em todo e qualquer processo criminal seja assistido por um advogado, pois esse é habilitado para fazer frente ao acusador que, igualmente, detém conhecimentos técnicos. Trata-se de promoção da paridade de armas e é indisponível (CPP, art.261, *caput*). A segunda faceta apresenta-se quando o indiciado/acusado exerce o seu direito ao silêncio ou, então, narra a sua versão dos fatos quando interrogado. Oportunamente essa questão será aprofundada.

Convém ressaltar que no Tribunal do Júri vigora a plenitude de defesa (CF, art.37, “a”) sendo mais intensa que a ampla defesa, possibilitando inclusive o uso de argumentos que não sejam estritamente jurídicos. Ademais, consoante o art. 497, V, do CPP, incumbe ao juiz nomear defensor ao acusado quando considerá-lo indefeso.

Versando sobre o tema dispõe a súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”. Incidem críticas sobre essa súmula, pois o STF tratou como nulidade relativa a defesa deficiente, quando o melhor tratamento à luz da Constituição Federal seria o de nulidade absoluta, já que defesa deficiente, ampla não é, e certamente proporcionou prejuízo para o réu independentemente de sua demonstração.

3.4.3 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade

A Carta da República estabelece em seu art. 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Com efeito,

essa norma constitucional fixa o ônus da prova, posto que incumbe à acusação demonstrar que o delito ocorreu, bem como provar que o acusado foi quem o perpetrou, e, se a acusação não se desincumbir a contento de seu ônus a pretensão punitiva posta perante o Estado-juiz deverá ser julgada improcedente. Destaca a doutrina que o cenário nem sempre foi esse, já que até o século XVIII vigorava em muitos países a presunção de culpabilidade, ou seja, o réu era considerado culpado até que demonstrasse o contrário.

A origem do princípio da presunção de inocência remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), igualmente está prevista no art.11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

No tocante à questão da terminologia “presunção de inocência” há quem entenda que não seja de boa técnica, é nesse sentido a opinião de Mougenot Bonfim (2011, p.77) para quem “[...] Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. [...]”.

Outrossim, o Pretório Excelso já decidiu no *habeas corpus* 84.078/MG (2009) que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado viola o princípio da não culpabilidade. Ressalte-se, todavia, que as prisões processuais – admitidas excepcionalmente – não o violam, uma vez que encontram suporte no art. 5º, LXI, da CF¹³.

Lembre-se, ainda, que é vedada a exasperação da pena-base considerando-se inquérito policial ou ação penal ainda em curso¹⁴. Outrossim, o nome do réu não será lançado ao rol dos culpados até que transite em julgado a sentença.

3.4.4 Princípio da proibição das provas ilícitas

Estabelece o art. 5º, LVI, da Lei Suprema que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Até o advento da nova ordem constitucional encontravam-

¹³ CF, art. 5º, LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

¹⁴ Súmula 444 do STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

se vedações às provas ilícitas no *caput* do art. 233 do CPP¹⁵, bem como no art. 332 do CPC¹⁶, pois a lei processual penal comporta analogia (CPP, art. 3º). Destarte, as provas ilícitas não devem ingressar nos autos, e, se ingressarem, devem ser desentranhadas (CPP, art. 157).

Há entendimento de que ilegalidade é um gênero, sendo espécies a ilicitude (provas obtidas com violação ao direito material) e a ilegitimidade (provas obtidas mediante violação do direito processual). Com razão, diverge Guilherme de Souza Nucci (2011, p.93), ao entender que a ilicitude pode ser entendida em dois sentidos, o estrito (significando contrariedade à lei) e o amplo (expressando contrariedade à lei, à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito), assim, para o autor, o vocábulo “ilícito” foi empregado em sentido amplo e provas ilícitas são aquelas que afrontam o sistema jurídico como um todo. É o entendimento que melhor se ajusta à Constituição Federal.

Convém não olvidar que também são proibidas as provas derivadas das ilícitas (CPP, art.157, §1º, 1ª parte), é o que a doutrina denomina teoria da árvore dos frutos envenenados, originária do direito norte-americano (*fruits of the poisonous tree*).

Saliente-se, ademais, que como decorrência da proporcionalidade, doutrina e jurisprudência admitem o emprego da prova ilícita em benefício do réu, pois no conflito direito à liberdade do réu *versus* direitos de terceiros, admite-se que o primeiro prevaleça. Outrossim, salienta Tourinho Filho (2012, p. 89) que a proibição das provas ilícitas encontra-se dentre os direitos e garantias individuais, destarte, trata-se de norma que impõe limites à atuação de Estado, o que justifica a aplicação da norma constitucional em benefício do indivíduo, não se admitindo, todavia, que o Estado invoque a vedação em prejuízo de seu súdito.

¹⁵ CPP, art. 233: As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

¹⁶ CPC, art. 332: Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

4 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O DIREITO PROBATÓRIO

Nessa etapa, por relevante, serão analisados alguns aspectos atinentes à teoria geral das provas, bem como será desenvolvido breve estudo de algumas provas em espécie. Posteriormente, será realizada uma abordagem do direito probatório sob o enfoque do direito à não autoincriminação.

4.1 Conceito de Prova

Praticado um ilícito penal, surge a pretensão punitiva do Estado. Dessa forma, o titular da ação penal, presentes indícios suficientes de autoria e prova de materialidade, socorre-se ao Estado-juiz pleiteando a aplicação da lei penal.

Ao autor incumbe demonstrar a veracidade dos fatos narrados na inicial acusatória, ao passo que o réu narrará a sua versão dos fatos. Assim, pode-se dizer, que a prova é o instrumento por meio do qual se demonstra a veracidade ou inveracidade dos fatos versados pelos litigantes. Esclarecem Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 377): “[...] A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo.”.

Todavia, a doutrina destaca que a prova pode ser conceituada sob três perspectivas distintas. Pode-se entendê-la como o ato de demonstrar a veracidade dos fatos alegados, ou seja, o sentido previamente apresentado. Em uma segunda perspectiva pode ser conceituada como o instrumento ou meio para se demonstrar a veracidade de um fato relevante para a lide, por exemplo, a prova documental. Por fim, pode-se entender a prova como a convicção formada pelo juiz após o exaurimento da atividade probatória.

4.2 Finalidade e Objeto

Visa-se com a prova fornecer substratos para a formação do convencimento do magistrado, pois é o seu destinatário, sendo que, com supedâneo nas provas produzidas ao longo da ação prolatará a sentença, seja ela de natureza condenatória ou absolutória.

Convém não olvidar que hodiernamente o direito à prova é constitucionalmente protegido, pois decorre do devido processo legal e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), bem como da exigência de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), pois a fundamentação decorre da apreciação das provas produzidas no curso da ação penal.

Objeto da prova são as alegações feitas pelas partes, sendo que o juiz, valendo-se de seu poder instrutório, poderá a fim de suprir eventual omissão da defesa, determinar a produção de provas que eventualmente lhe favoreça. Ressalte-se, no entanto, que a questão atinente aos limites do poder instrutório do juiz é extremamente complexa e, por fugir do objetivo desse trabalho, não será apreciada.

No que toca à legislação municipal, estadual, estrangeira e ao direito consuetudinário incumbe a quem alegá-los provar o seu teor e vigência nos termos do artigo 337 do Código de Processo Civil, aplicado por analogia.

4.3 Fatos que Não Precisam Ser Provados

Dispensa-se a produção de provas nas seguintes situações: quando o fato alegado for notório; se houver previsão legal militando em seu favor; fatos inúteis ou irrelevantes para o deslinde da causa; e frente às denominadas provas diabólicas.

Fatos notórios são aqueles conhecidos pelas pessoas de um local em um determinado momento. Não se confundem com os fatos que são de conhecimento particular do magistrado, pois esses não devem ser considerados se não forem carreados para o interior dos autos, pois o que não está nos autos não está no mundo do direito (*Quod non est in actis non est in hoc mundo*), como consequência do princípio do contraditório.

Ainda no universo dos fatos notórios temos os fatos evidentes que decorrem do conhecimento científico do homem mediano, por exemplo, a evaporação da água a cem graus Celsius e os fatos intuitivos que decorrem da experiência de vida.

O fato em favor do qual milita presunção legal também prescinde de dilação probatória. Presunção legal é o entendimento prévio estabelecido pelo legislador, podendo ser absoluta ou relativa. Presunção legal absoluta é aquela que não pode ser elidida, ou seja, não admite prova em sentido contrário, por exemplo, a presunção de que os menores de 18 anos não têm a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se orientar conforme esse

entendimento (CF, art. 228; CP, art.27; e ECA, art.104). Presunção legal relativa é aquela que admite prova em sentido contrário, por exemplo, a presunção de que o filho nascido na constância da sociedade conjugal é descendente do marido.

São considerados fatos inúteis ou irrelevantes aqueles que não repercutem no desfecho da lide penal, ou seja, não são relevantes para demonstrar a existência ou autoria do crime ou alguma causa obstativa da pretensão punitiva estatal.

Prova diabólica é aquela que incide sobre um fato negativo. Ensina a doutrina que tal prova não pode ser realizada, pois somente seria possível a realização de provas atinentes a fatos positivos. Todavia, tal entendimento deve ser recebido com reservas, pois somente não é possível a produção de provas de fatos negativos de caráter absoluto e não de caráter relativo. Suponha-se, a título de ilustração, que ao indivíduo está sendo imputada a prática de um homicídio. Basta-lhe demonstrar que não estava no *locus delicti* no momento do fato, não sendo necessário fazer prova de que jamais esteve no local.

Por fim, em sede de Processo Penal, mesmo os fatos incontroversos devem ser comprovados, não se aplicando, dessa forma, as mesmas consequências do Processo Civil. Justifica-se tal fato porque o direito à liberdade é indisponível, sendo que mesmo eventual confissão deverá ser interpretada em consonância com as demais provas produzidas (CPP, art.197).

4.4 Princípios Informadores do Direito Probatório

Os seguintes princípios orientam a atividade probatória: audiência contraditória ou bilateral; comunhão das provas; autorresponsabilidade; e oralidade.

4.4.1 Princípio da audiência contraditória ou da audiência bilateral

Tal princípio é corolário do princípio do contraditório. Possibilita que a parte adversa manifeste-se sobre as provas carreadas aos autos pela outra parte, podendo, ainda, produzir contraprovas com o intuito de influir no convencimento do julgador.

4.4.2 Princípio da comunhão das provas

Após o ingresso nos autos a prova passa a pertencer ao processo, sendo que poderá ser utilizada não somente em benefício de quem a produziu, mas também para corroborar os fatos alegados pela parte contrária. O artigo 402, § 2º, do CPP, excepciona tal princípio, pois a testemunha arrolada poderá ser dispensada mesmo sem o assentimento da parte adversa.

4.4.3 Princípio da autorresponsabilidade

Estabelece que é ônus de cada um dos sujeitos parciais produzir as provas que são de seu interesse.

4.4.4 Princípio da oralidade

Orienta principalmente o interrogatório do indivíduo e a prova testemunhal, pois devem ser realizados oralmente, não se admitindo, em regra, que sejam prestados por escrito. Todavia, estabelece o art. 221, § 1º, do CPP, que o Presidente da República e o Vice-Presidente, bem como o Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal poderão optar em prestar depoimento por escrito.

4.5 Ônus da Prova

O vocábulo ônus deriva do latim *onus, oneris*, significando fardo, peso ou encargo.

Diz-se que há o ônus da prova porque não se desincumbindo deste a contento somente quem sofrerá prejuízos será aquele que o suportava.

A ideia de ônus não se confunde com a de faculdade processual ou com a de obrigação.

Frente a uma faculdade processual o indivíduo poderá exercê-la ou não, sendo que de sua omissão não resultará sanção processual alguma.

Sob outra ótica podemos considerar a obrigação processual. Por meio desta visa-se à satisfação do interesse de outrem, ensejando a não satisfação consequências negativas para o inadimplente. Os art. 206 e 219 do Código de Processo Penal ilustram bem a situação. Estabelece o artigo 206 que a testemunha não poderá se eximir da obrigação de depor, sendo que o art. 219 estatui que o não comparecimento injustificado implicará em condução coercitiva, em pagamento das custas da diligência e multa, sem prejuízo da responsabilização penal pelo delito de desobediência (CP, art.330).

No Processo Penal a regra sobre os ônus da prova é fornecida pelo artigo 156 do CPP, cabendo àquele que alega algo fazer prova de suas alegações. É ônus do Ministério Público (ou do querelante na ação penal privada ou na ação penal subsidiária da pública) fazer prova da existência do fato típico e de sua autoria, ou seja, dos fatos constitutivos de seu direito. O réu, por sua vez, a fim de se opor a pretensão punitiva do Estado, terá o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor. Terá, por exemplo, a incumbência de provar que não estava no local do crime no momento em que ocorreu (álibi), ou de que agiu sob o manto de uma causa excludente de antijuridicidade, desfazendo, assim, a presunção de que o fato típico é ilícito (teoria do tipo indiciário da ilicitude).

4.5.1 Constitucionalidade do art. 156, I, do CPP

A lei n. 11.690/2008 alterou a redação do artigo 156, I, do CPP. A redação atual é a seguinte:

Art.156. A prova da alegação incumbe a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao Juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

Com o advento dessa reforma legislativa levantaram-se vozes na doutrina no sentido de que o inciso I supracitado seria inconstitucional, pois violaria o sistema acusatório. É nesse sentido a opinião de Paulo Rangel (2013, p.500):

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser **não** humano. [...]. Inocência. Juiz é um ser humano como outro qualquer dotado de emoção, paixão, egoísmo, altruísmo, ódio, amor e, claro, “sentimento de justiça”.

A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita da prova em total afronta à CRFB, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR). Por tal razão, o inciso I do art. 156 é inconstitucional. (Negrito no original)

Esposando entendimento contrário sustenta Edilson Mougenot Bonfim (2011, p.376):

[...] Nesse sentido, se o juiz não pode, de ordinário, ser transformado em investigador ou acusador, produzindo, sem critérios e *sponte sua*, as provas que são de incumbência das partes, por outro lado não pode ser transformado em mero conviva de pedra, assistindo impávido à colossal injustiça, como espetáculo prenunciado da ineficácia do processo penal. É por tal, que sua função, nesse terreno, deve-se pautar pela absoluta imparcialidade e excepcionalidade da medida, como aliás, ressalva expressamente a aludida disposição legal.

Transformada, pois, a excepcionalidade em regra, ou, em outras palavras, não atentando o magistrado aos requisitos legais, entendemos devam as provas ser consideradas ilícitas e desentranhadas, em face do disposto no art.157, *caput*, do CPP.

Soa mais adequado o segundo entendimento. De acordo com o noticiado a produção antecipada de provas por iniciativa do magistrado tem caráter excepcional devendo obedecer às rígidas exigências legais. Sendo, porventura, desrespeitados os requisitos da lei processual penal deverão ser desentranhadas dos autos por serem ilegítimas (CPP, art.157, § 3º).

Outrossim, quando se fala que vigora no Processo Penal pátrio o sistema acusatório, deve-se entender que o órgão que julga e o que acusa são distintos, diferentemente do que se passava séculos atrás, quando o órgão julgador e o acusatório era somente um, sacrificando, destarte, a imparcialidade. Tem-se, pois, que o fato de o juiz colher antecipadamente, em situações excepcionais, as provas, não viola o sistema acusatório. Convém não olvidar que as provas previamente colhidas serão, se possível, submetidas ao crivo do contraditório na fase judicial da persecução penal, oportunizando-se, assim, o devido processo legal a ambos os litigantes.

Pontuam alguns autores que a regra introduzida no dispositivo legal ora em comento, a fim de preservar o sistema acusatório, somente deve ser aplicada quando objetivar a produção de provas que sejam favoráveis ao futuro réu de eventual ação penal.

4.6 Fases da Atividade Probatória

A doutrina, de forma geral, aponta que a atividade probatória desdobra-se em quatro momentos distintos: proposição, admissão, produção e valoração.

Por meio da proposição as partes apresentam ao órgão judiciário as provas que intencionam produzir, ocorrendo predominantemente na denúncia e na resposta prévia. Particularmente, no que tange à prova testemunhal, deverá ser proposta na denúncia (CPP, art. 41) ou na resposta preliminar (CPP, art. 396-A).

Na admissão o magistrado analisará se a prova é ou não pertinente, ou seja, se é relevante para o desfecho da causa, bem como se é legal e moralmente legítima. Ausentes esses pressupostos de admissibilidade a produção da prova será indeferida.

É na fase de produção que a prova será submetida ao crivo do contraditório, ganhando, dessa forma, plena eficácia. Veja-se, no entanto, que algumas provas somente serão passíveis de realização durante a fase pré-judicial, por exemplo, a perícia médica em um delito de estupro (CP, art. 213). Nessas situações, será possível apenas que o perito preste esclarecimentos em juízo. A regra, todavia, é a de que as provas produzidas no curso do inquérito policial deverão ser reproduzidas em juízo sob o crivo do contraditório.

O legislador, rendendo tributo ao devido processo legal, estabeleceu no art. 155, *caput*, do CPP (com redação dada pela lei n.11.690/2008) que é vedado ao juiz formar o seu convencimento exclusivamente com base nas provas colhidas no curso da investigação, ressalvando apenas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A valoração é o momento no qual o juiz apreciará as provas produzidas formando o seu convencimento a respeito da viabilidade ou não da pretensão do autor. As provas produzidas têm igual valor, podendo o magistrado livremente apreciá-las. Ademais, o julgador não está adstrito nem mesmo à prova pericial, podendo – motivadamente – rejeitá-la total ou parcialmente (CPP, art. 182), ou seja, adota-se o sistema liberatório.

Registre-se, todavia, que se o delito deixar vestígios (*delicta facti permanentis*), deverá, necessariamente, ser realizado o exame de corpo do delito, seja direto ou indireto, não podendo ser suprido nem mesmo pela confissão do acusado, regra, essa,

positivada no art. 158 do CPP. Tal norma é de grande valia a fim de evitar situações esdrúxulas e injustas como o célebre caso dos irmãos Naves¹⁷.

4.7 Breve Análise das Provas em Espécie

Frise-se que não se tem a pretensão de realizar uma análise profunda das várias espécies de provas, mas apenas e tão-somente destacar alguns aspectos relevantes para o regular desenvolvimento dessa monografia. Passa-se, pois, a analisá-los.

4.7.1 Perícia

Trata-se de meio de prova no qual alguém com conhecimento técnico em determinada área do saber apreciará um objeto – qual seja o corpo de delito: vestígios deixados pelo crime – e apresentará as suas conclusões em um laudo que poderá auxiliar na formação do convencimento do magistrado. Poderão, exemplificativamente, ser objeto do exame pericial um cadáver (para se averiguar a causa da morte, por exemplo), uma arma de fogo (para se averiguar se foi dela que partiu um projétil), dentre outros. A perícia poderá ser realizada em qualquer fase da *persecutio criminis*, ou seja, antes ou após o início da ação penal.

Estabelece o art. 159, § 1º, do CPP, que a perícia pode ser realizada por um perito oficial ou por dois peritos não oficiais, sendo que esses deverão prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

¹⁷ Os fatos deram-se na Comarca de Araguari, Estado de Minas Gerais. Conforme o apurado à época, Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa foram os responsáveis pela morte de Benedito Pereira Caetano, pois desejavam apoderar-se do dinheiro (90 contos de réis) oriundo da venda da safra de arroz. Joaquim e Sebastião confessaram a prática do delito, todavia, no Júri, a Defesa sustentou que a confissão fora obtida mediante tortura praticada pela Polícia (foram torturados os acusados, a mãe deles e também suas esposas). Ambos os acusados foram absolvidos pelo Tribunal do Júri, entretanto, a Acusação logrou que fosse anulado e realizado um segundo, no qual, igualmente, foram absolvidos. Todavia, a Acusação interpôs apelação (ao tempo dos fatos não vigorava a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, atualmente previsto na CF, art. 5º, XXXVIII, “c”) e, em 1939, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou ambos os acusados à pena de 25 anos e 6 meses de reclusão. Anos mais tarde, em 1952, Benedito Pereira Caetano – a suposta vítima – foi encontrado vivo, narrando a sua versão dos fatos, aduziu que na noite de sua fictícia morte estava com uma prostituta e que ao deixá-la foi agredido e roubado por três indivíduos e, por vergonha da situação, posto que o dinheiro da venda da safra pertencia ao seu pai, fugiu para o Mato Grosso e posteriormente para a Bolívia. No ano de 1953, por intermédio da revisão criminal 1632, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais os absolveu.

Quanto às conclusões da perícia, não vinculam o juiz, posto que no direito pátrio vigora o sistema liberatório, segundo o qual é-lhe dado rejeitar total ou parcialmente o conteúdo do laudo pericial, desde que o faça motivadamente. Os jurados – juízes dos fatos que são – também não estão adstritos ao laudo pericial.

Ainda no que toca ao exame de corpo de delito, poderá ser direto ou indireto. Direto é aquele que incide nos elementos sensíveis deixados pelo delito (vestígios). Indireto é aquele que não se pauta nos vestígios do delito, mas sim em objetos alheios a esse contexto, tal como uma radiografia da arcada dentária.

Consoante o art.158 do CPP, nos delitos que deixam vestígios é indispensável a realização do exame de corpo de delito, seja direto ou indireto, sendo que a ausência implica em nulidade absoluta nos termos do art. 564, III, “a”, do CPP. A omissão não pode ser suprida nem sequer pela confissão do acusado. Todavia, o art. 167 do CPP estatui que caso desapareçam os vestígios a prova testemunhal poderá suprir a falta do exame de corpo de delito.

4.7.2 Interrogatório

Com a reforma do art. 400 do CPP introduzida pela lei n. 11.719/2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução criminal a ser realizado na audiência de instrução, debates e julgamento. Não somente o acusado pode ser interrogado, mas também o indiciado.

Entendia-se à época que o indivíduo era tido por objeto da investigação que o interrogatório era meio de prova. Hodiernamente, nos Estados democráticos de Direito, o interrogado é encarado como titular de direitos e garantias e individuais, dessa forma, o interrogatório é precipuamente meio de defesa, posto que – se assim o desejar – é o momento no qual exercerá a autodefesa narrando à autoridade interrogante a sua versão dos fatos. Não se pode negar, entretanto, que o magistrado poderá formar o seu convencimento – seja favorável ou prejudicial ao réu – com fulcro nas palavras do interrogado, sendo, também, meio de prova. É nesse sentido a opinião de vários autores, por todos, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 422).

O interrogatório é ato personalíssimo, assim, o interrogado não pode ser representado por outra pessoa. Não se submete à preclusão, podendo ser realizado até o trânsito em julgado. Consoante o art. 196 do CPP o juiz poderá realizar novo interrogatório a todo tempo, de ofício ou por requerimento fundamentado de qualquer das partes.

Desdobra-se em duas etapas: interrogatório sobre a qualificação pessoal e o interrogatório de mérito, ou seja, sobre os fatos relevantes.

Antes de iniciado o interrogatório o réu deverá ser advertido de seu direito constitucional ao silêncio (CPP, art. 186), bem como lhe será oportunizada entrevista reservada com o seu advogado (CPP, art. 185, § 5º).

Dispõe o art. 564, II, “e”, do CPP, que a não realização do interrogatório de réu presente enseja nulidade absoluta. Ademais, deverá ser realizado na presença do advogado do réu (CPP, art.185, *caput*). Convém ressaltar que a última observação não é de aplicação obrigatória no interrogatório realizado sob a presidência da autoridade policial, já que o inquérito tem natureza inquisitiva, todavia, nada obsta a presença do defensor.

4.7.3 Confissão

Por intermédio da confissão o indiciado/acusado reconhece a prática do fato típico que lhe é imputado. Houve tempo em que era considerada a “rainha das provas”, sobrepujava, destarte, todas as demais. Atualmente esse cenário não prevalece, pois deverá ser confrontada com as demais provas coligidas aos autos.

Outrossim, conforme o art. 200 do CPP a confissão é divisível, posto que o indivíduo poderá confessar a prática de um crime e negar a prática de outro que com ele seja conexo. É retratável, pois o confidente poderá se desdizer e negar a prática do fato que confessara.

O magistrado poderá considerar a confissão integralmente verídica, parcialmente, ou, ainda, desprezá-la por inteiro.

4.7.4 Oitiva do ofendido

A jurisprudência empresta grande valor às palavras do ofendido, sobretudo quando se tratam de infrações penais perpetradas na clandestinidade, tais como os crimes contra a dignidade sexual. Consoante o art. 201, *caput*, do CPP “[...] o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.”. Ademais, se o ofendido for intimado para prestar esclarecimentos à autoridade e não comparecer sem justo motivo, estará sujeito à condução coercitiva.

4.7.5 Testemunhas

As testemunhas são pessoas estranhas aos fatos postos em Juízo e que levarão ao processo informações das quais tenham conhecimento. Realizarão o compromisso de dizer a verdade sob pena de serem responsabilizadas por falso testemunho (CP, art.342).

4.7.6 Reconhecimento de pessoas e coisas

Os art. 226, 227 e 228 do CPP regulam o reconhecimento de pessoas e coisas. Estabelece o art. 226, II que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la”. Aplica-se ao reconhecimento de objetos, no que for possível, o mesmo procedimento.

4.7.7 Acareação

Na acareação colocam-se frente a frente duas pessoas que tenham dado versões discordantes sobre os fatos postos em Juízo. Os acareados serão reperguntados a fim de que expliquem os pontos de divergência (CPP, art. 229, parágrafo único). Discorrendo sobre o assunto, esclarece Tourinho Filho (2012, p. 627) “[...] que o indiciado ou réu não é obrigado a participar da acareação. Se ele tem até o direito ao silêncio, com muito mais razão o de opor-se a uma acareação que lhe poderá ser prejudicial.”. Ressalte-se, por relevante, que a acareação não é propriamente um meio de prova, trata-se, a rigor, de meio para sanar

eventuais contradições da prova testemunhal. É nesse sentido o entendimento de Paulo Rangel (2013, p. 556).

4.7.8 Documentos

O art. 232, *caput*, do CPP, estabelece que são considerados “[...] documentos quaisquer escritos, instrumentos, ou papéis públicos ou particulares.”, tem-se, assim, que o CPP adotou o sentido estrito, sendo que em sentido amplo, consoante Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 501), documento “É toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. [...]”. Dessa forma, o conceito amplo refere-se também aos CDs, *pen drives*, dentre outros objetos. Ademais, noticia Tourinho Filho (2012, p. 628) que o art.185 do CPP peruano consagrou o conceito amplo ao estabelecer que “São documentos os manuscritos, impressos, fotocópias, fax, disquetes, filmes, fotografias, radiografias, representações gráficas, desenhos, gravações magnetotônicas e meios que contenham registro de imagens, vozes e outros similares.”.

Estabelece o art. 231 do CPP que os documentos poderão ser juntados aos autos a qualquer tempo, salvo a exceção legal¹⁸ que ocorre no rito perante o Tribunal do Júri. Observando-se o princípio do contraditório, a parte adversa deverá ser intimada da juntada de novos documentos para que se manifeste sobre o seu teor.

Distinguem-se os documentos em públicos e particulares. Os primeiros são aqueles lavrados por agente público, ou por quem exerça função pública por delegação, desde que o façam no exercício da função, tais como a certidão de óbito e a escritura pública. Os segundos são aqueles elaborados por particular, como é o caso de um título de crédito (cheque, duplicata, letra de câmbio etc).

Convém não olvidar o teor do art. 234 do CPP que possibilita ao magistrado a requisição de documentos relevantes para o desfecho do processo, ainda que não haja

¹⁸ CPP, art. 479: Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência a outra parte. Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. (Redação determinada pela lei n. 11.689/2008.)

requerimento de qualquer das partes. Pontue-se, entretanto, que essa regra é mitigada pela inviolabilidade do sigilo das correspondências (CF, art. 5º, XII).

4.7.9 Indícios

De acordo com o art. 239 do CPP “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”. Assim, o fato de a coisa furtada ser encontrada na residência do indivíduo é indício de que foi o autor do furto. Noutra vertente, o contraindício é aquele que rechaça o indício, tal como o contrato escrito de compra e venda da coisa supostamente furtada.

4.7.10 Busca e apreensão

A busca incidirá sobre o domicílio ou sobre a pessoa. Poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal, mas normalmente ocorre no curso do inquérito policial, pois tem natureza cautelar e visa a resguardar outros meios de prova. É indispensável que seja demonstrada a fumaça do bom direito (*fumus boni juris*), por exemplo, deve-se demonstrar que há probabilidade de o imóvel ser depósito de drogas ilícitas. Ademais, às vezes, da busca não decorre apreensão. As situações que comportam a busca estão previstas no art. 240 do CPP:

Art.240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminosos;
- c) apreender armas instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção

§2º. Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

Ressalte-se que o disposto na letra “f” não foi recepcionado pelo art. 5º, XII, da CF, já que viola o sigilo das correspondências. Outrossim, o rol é taxativo, não comportando interpretação extensiva, uma vez que restringe o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

A busca e apreensão domiciliar podem ser realizadas de ofício, por representação do delegado de polícia ou, ainda, por requerimento de qualquer das partes. Ademais, não sendo realizadas pelo juiz, é indispensável a ordem judicial para a sua realização, exceto em caso de flagrante delito ou mediante o consentimento do morador.

Ainda no tocante à busca domiciliar dois pontos merecem destaque, quais sejam a definição de casa e o que se entende por dia, pois o art. 5º, XI, da CF estatui que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo [...] durante o dia por determinação judicial”. O art. 150, §4º, do CP, dispõe que a “expressão ‘casa’ compreende: I – qualquer compartimento habitado [*trailer*, por exemplo]; II – aposento ocupado de habitação coletiva [tal como o quarto de uma pensão]; III- compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.”.

Quanto ao vocábulo dia, prelecionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 158) que, em interpretação conforme a Constituição, deverá compreender no máximo o lapso temporal de 12 horas, pois o intuito da Carta da República é dar maior proteção à noite do que ao dia, dessa forma, admite-se que o período noturno compreenda mais de 12 horas, posto que nessa situação não há afronta ao fim colimado pela norma constitucional. Ademais, sustenta parcela da doutrina que o dia começa às 6 horas e acaba às 18 horas (critério cronológico), outros entendem que o dia é o interstício de tempo entre o nascer e o pôr-do-sol (critério físico-astronômico) e, por fim, há aqueles que conjugam os dois critérios.

4.8 Provas Que Necessitam da Colaboração do Indiciado/Acusado

Questão tormentosa é aquela atinente à colaboração do indiciado/acusado com a produção de provas, posto que muito se debate sobre a exigibilidade de colaboração e quais

seriam os seus limites. Outrossim, a questão encontra-se intimamente ligada com a busca da verdade real, entendida, sucintamente, como a fidedigna reprodução dos fatos passados no presente.

Os Estados autoritários, visando à solução da lide penal, não reconhecem limites à atividade probatória, uma vez que o indivíduo é assimilado a um objeto sobre o qual a persecução penal recai e, assim, o princípio da não autoincriminação é sacrificado. Era o que se observava em alguns países no período pré-Iluminismo e mesmo na história recente do Brasil.

Noutra vertente, nos Estados comprometidos com a observância dos direitos inerentes a condição humana, reconhece-se o princípio *nemo tenetur se detegere*, todavia, é necessário estabelecer limites ao direito, sob pena de fadar a persecução penal ao insucesso.

Em uma análise precipitada, poder-se-ia concluir que há um conflito entre o interesse público no regular andamento da ação penal a fim de infligir a justa pena e o direito individual de ver observado os direitos e garantias fundamentais, entretanto, essa ideia cai por terra quando se considera que a sociedade tem interesse no desenvolvimento de um processo penal constitucional, o qual observa os direitos e garantias individuais. Esclarece Maria Elizabeth Queijo (2012 p. 228/229):

É que há interesse público na construção de um processo penal ético, no qual se respeitam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Por isso, é essencial buscar-se solução que harmonize ambos os interesses, que na realidade são públicos. Nos Estados democráticos verifica-se a conciliação entre os interesses conflitantes em matéria de direito à prova. E, como ressalta Chiavario, a eficiência processual não pode prescindir dos direitos e garantias, mas deve incluí-los. A análise da incidência do *nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção é de grande importância para essa harmonização.

Assim, não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, mas não será admissível também que o referido princípio seja aniquilado, para dar margem ao direito à prova ilimitado, sobretudo com a colaboração inarredável do acusado, e à busca irrestrita da verdade, mesmo a pretexto de combater a criminalidade crescente e organizada. (Grifo nosso)

Assim, não somente ao indivíduo convém um processo penal afinado aos preceitos constitucionais, mas também à coletividade.

Dessa feita, com escólio nas lições da autora supracitada (2012, p. 289/307) pode-se classificar as provas que necessitam da colaboração do indiciado/acusado em dois

gêneros, quais sejam: provas que implicam em intervenção corporal e provas que não implicam em intervenção corporal.

4.8.1 Provas que implicam em intervenção corporal

Conforme o nome sugere, provas que implicam em intervenção corporal são aquelas que são obtidas mediante atuação sobre o corpo do indivíduo. Ressalte-se que esse gênero de prova mitiga não somente o direito à não autoincriminação, mas também outros direitos fundamentais, tais como a intimidade, a liberdade e a intangibilidade corporal. O gênero de prova ora analisado desdobra-se em duas espécies: provas invasivas e provas não invasivas.

4.8.1.1 Provas invasivas

São provas invasivas aquelas obtidas mediante a penetração no corpo humano, seja via orifício natural, seja através de orifício produzido especificamente para o fim de obter a prova, como é o caso da penetração de uma agulha na veia com o desiderato de coletar sangue para a realização do exame de DNA.

Dentre as provas invasivas estão o exame de sangue, o exame ginecológico, o exame de endoscopia¹⁹ e o exame de identificação dentária, sendo que todos são periciais.

O exame de sangue presta-se para averiguar se o sangue do indivíduo é compatível com aquele encontrado no local do crime (DNA), para averiguar a concentração de álcool no sangue (alcoolemia) ou, ainda, para checar se alguma outra substância foi consumida recentemente, tal como alguma espécie de droga ilícita.

Especificamente no tocante ao exame de código genético, pode incidir sobre outras coisas, tais como um fio de cabelo ou porção de saliva. Caso o exame seja feito com saliva oriunda de restos de cigarro ou de lata de bebida ou, ainda, com suporte em fio de

¹⁹ Consultando-se o *site* do Hospital Sírio-Libanês, encontrou-se o seguinte conceito: A endoscopia digestiva alta, também chamada de gastroenteroscopia, EDA ou EGD, é um método diagnóstico que permite examinar o esôfago, o estômago e o duodeno.

Para fazer isso, o médico utiliza um tubo fino e flexível, chamado endoscópio, com lentes e luz próprias, para visualizar a mucosa por meio de um monitor de vídeo.

cabelo que se desprende naturalmente, não é adequado se falar em prova invasiva, já que o seu desenvolvimento não implicou em intervenção corporal.

De sua parte, o exame ginecológico tem grande valia nos casos em que se esconde drogas ilícitas no órgão sexual feminino, ou, então, nas situações de aborto ou infanticídio recente, posto que a vagina da mulher recém-parida apresenta algumas alterações.

A endoscopia é utilizada nas situações em que o indivíduo (denominado “mula” no jargão policial) ingere porções de drogas a fim de levá-las ao destinatário. Em que pese a eficiência do meio, o mesmo resultado – constatação da droga ilícita no interior do corpo – é obtido, como será visto a seguir, por intermédio de radiografia, todavia, sem exposição da pessoa.

O exame de identificação dentária²⁰ pode ser usado, por exemplo, para se aferir se as marcas de dentes encontradas no corpo da vítima foram provocadas pelo suposto autor da violência (situação que pode ocorrer nos crimes contra a dignidade sexual). O exame somente será invasivo se o molde dos dentes for extraído especificamente para a sua realização, posto que se o juiz, informado pelo delegado a respeito da relevância e da pericibilidade da prova, determinar ao odontólogo que apresente a documentação ortodôntica (CPP, art. 6º, VII c.c. art. 155, *caput*, e 156, I) não haverá intervenção corporal.

4.8.1.2 Provas não invasivas

As provas não invasivas são aquelas que, malgrado obtidas mediante intervenção corporal, não implicam, de forma alguma, em penetração no corpo humano, sendo, pois, menos gravosas ao indivíduo. Pertencem a essa espécie de prova: a radiografia, o exame datiloscópico, a busca pessoal e a inspeção corporal ou pessoal.

A radiografia, conforme afirmado alhures, presta-se normalmente para averiguar eventual ingestão de porções de drogas ilícitas destinadas ao tráfico, sendo – comparada à endoscopia – mais adequada aos ditames constitucionais e igualmente eficiente.

²⁰ O exame de identificação dentária consiste em comparar a documentação ortodôntica (exames feitos em consultório de odontologia) com a arcada dentária do indivíduo ou do cadáver (situação mais comum).

O exame datiloscópico²¹ somente implicará em intervenção corporal quando o indivíduo não for civilmente identificado, pois a Carta da República veda a identificação criminal daqueles que são civilmente identificados (CF, art. 5º, LVIII), comportando, todavia, as ressalvas da lei n.º 12.037/2009.

A busca pessoal, em regra, apresenta natureza não invasiva, todavia, poderá apresentar-se invasiva, é o que ocorre, por exemplo, naquela que incida nas partes pudendas visando a descobrir coisas aí escondidas.

Quanto à inspeção corporal ou pessoal, é uma modalidade de perícia que se limita a averiguar o exterior do corpo a fim de, por exemplo, encontrar vestígios de luta com a vítima ou cicatrizes.

Convém destacar que, conforme informa Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 298), a busca pessoal e a inspeção corporal, em que pesem as semelhanças, não se confundem, posto que na primeira procura-se algo oculto no próprio corpo, podendo inclusive desdobrar-se de forma invasiva, ao passo que na segunda visa-se apenas e tão-somente ao exame externo daquele, sendo, pois, significativamente mais branda.

4.8.2 Provas que não implicam em intervenção corporal

Pode-se elencar as seguintes provas que não implicam em intervenção corporal no indiciado/acusado: o reconhecimento, a acareação, a reconstituição dos fatos, o exame grafotécnico, o etilômetro, o exame clínico de embriaguez e a prova documental.

²¹ O exame datiloscópico é feito a partir da comparação de impressões digitais encontradas no local do crime com as do indivíduo. Existem vários sistemas de classificação e comparação das impressões digitais, mas o Brasil, desde 1903, adota aquele criado pelo argentino Juan Vucetich em 1891. O exame, após a coleta das impressões digitais no local do crime, desdobra-se em duas etapas. Na primeira faz-se uma filtragem consistente em apurar qual é a fórmula fundamental. Em cada um dos dedos das mãos a pessoa pode apresentar dois deltas (situação a qual se denomina verticilo, representada pela letra “v” para o dedo polegar e pelo n. 4 para os demais dedos), apenas um delta situado à esquerda (denomina-se presilha externa, representa-se pela letra “e” para o polegar e pelo n. 3 para os demais dedos), apenas um delta situado à direita (chama-se presilha interna, simboliza-se pela letra “i” para o dedo polegar e pelo n. 2 para os outros dedos) ou não apresentar delta (chama-se arco, simboliza-se pela letra “a” para o polegar, para os demais dedos usa-se o n.1), nesse cenário são possíveis 1.048.576 tipos de fórmulas fundamentais, pois 10 são os dedos da mão, sendo quatro as possibilidades para cada um deles. Assim, em um país com cem milhões de habitantes, existem aproximadamente 100 pessoas com a mesma fórmula fundamental. Vencida a primeira etapa e reduzido significativamente o universo de indivíduos, passa-se à segunda, qual seja a de analisar, entre aqueles com a mesma fórmula fundamental, qual possui impressão digital que apresente 12 pontos característicos coincidentes com os da impressão digital encontrada no local do crime.

O reconhecimento é regulado pelos art. 226, 227 e 228, todos do CPP. A colaboração consiste no comparecimento ao ato (caso esteja livre), sendo, pois, nesse ponto, um *facere*, ou seja, uma colaboração ativa. Em uma segunda etapa a colaboração decorre da submissão ao procedimento de reconhecimento, consistindo, pois, em um *non facere*, sendo uma colaboração passiva.

A acareação, assim como o interrogatório, é de natureza comunicativa. Ademais, como afirmado alhures (seção 4.7.7), não se trata propriamente de um meio de prova e o indiciado/acusado não pode ser compelido a se sujeitar ao procedimento.

De sua parte a reconstituição dos fatos encontra-se regulada no art. 7º do CPP, o qual dispõe que “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”. Poderá ser realizada durante o inquérito policial ou após o início da ação penal. Outrossim, aduz Queijo (2012, p. 303) que “ Indica a medicina legal, entre as vantagens da reconstituição, a maior facilidade de se descobrir fraude ou extorsão na obtenção da confissão e, ainda, de reavivar a memória do acusado e das testemunhas a respeito dos fatos.”.

Tourinho Filho (2012, p. 298), citando o *habeas corpus* 69.026/DF (1992) do STF, preleciona que o indivíduo não pode ser constrangido a participar da reconstituição, pois o direito à não autoincriminação lhe socorre, todavia, caso queira, tem o direito de fazê-lo, mesmo que seja apenas para acompanhar o ato²², sobretudo quando realizado durante o curso da ação penal, o que exige a elaboração das provas sob o crivo do contraditório.

A cooperação consiste no comparecimento ao local da reconstituição, bem como na participação ativa em seu desenvolvimento.

O CPP, no capítulo referente às perícias, prevê no art. 174 o exame grafotécnico, por meio do qual se afere – através de uma comparação de letras – se o indivíduo foi o responsável pelo preenchimento de um documento. É de grande valia para se apurar as falsidades materiais, por exemplo, a falsificação de documento público e a falsificação de documento particular (CP, art. 297 e 298, respectivamente).

²² Nas situações em que o indivíduo se recusa a participar da reconstituição é possível realizá-la com outras pessoas que o substituem.

A colaboração consiste em escrever as palavras ditadas pela autoridade ou, então, em apontar qual dos escritos lhe pertence²³. Lembre-se, entretanto, que sendo o exame grafotécnico realizado com fulcro em documentos existentes em arquivos ou estabelecimentos públicos, não se mostra adequado classificá-lo como dependente da colaboração do indivíduo que figura no pólo passivo da persecução penal.

Quanto ao etilômetro (vulgarmente chamado de bafômetro), é utilizado para se constatar a embriaguez nos delitos de trânsito. A colaboração consiste em soprar o aparelho para o fim de se apurar a concentração de álcool no ar alveolar expirado.

O exame clínico de embriaguez também tem por objetivo a constatação da embriaguez. É composto por uma série de testes, os quais dependem da participação do suposto infrator, tais como aqueles que visam à aferição do equilíbrio (andar sobre uma linha, “fazer um quatro com as pernas”), a aferição do hálito e a faculdade de descrição, sendo o critério determinante nessa avaliação a perturbação motora.

No tocante à prova documental, haverá a colaboração se o indivíduo for intimado a entregar documentos desfavoráveis a sua posição e que se encontram sob o seu domínio.

4.9 O Caso *Schmerber Versus California* da Suprema Corte Norte-Americana

Notícia Tourinho Filho (2012, p. 570/571) que a Suprema Corte norte-americana no caso *Schmerber versus California* distinguiu duas classes de procedimentos coativos sobre o indivíduo, quais sejam aqueles que implicam em participação ativa do indiciado/acusado (por exemplo, escrever algo para realização de exame grafotécnico ou soprar o etilômetro) e aqueles que requerem a participação passiva do indivíduo, situação na qual ele é “simples fonte passiva de elementos de prova contra si próprio” nas palavras do autor, é o que ocorre quando se coleta sangue para a realização de exame de DNA.

²³ CPP, art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:
 I – a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;
 II – para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;
 III – a autoridade, quando necessário, requisitará para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;
 IV – quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Consoante o entendimento do jurista, trazendo-se a classificação realizada pela Suprema Corte norte-americana para o sistema jurídico pátrio tem-se a seguinte situação: as provas que implicam em participação ativa são inconstitucionais, posto que violam o princípio *nemo tenetur se detegere* (todavia, havendo o consentimento livre e isento de vícios não há inconstitucionalidade), ao passo que as segundas, ou seja, aquelas que exigem a colaboração passiva, não violam a Constituição Federal, pois entende o autor (2012, p. 571) que:

[...] o procedimento deve equiparar-se a uma violação de domicílio. A estreita analogia entre a violação e a inspeção corporal parece clara se se considerar que tanto o domicílio como o corpo humano são ‘recintos privados’ e que o objetivo da garantia da inviolabilidade domiciliar é, precisamente, a tutela da esfera da intimidade pessoal. A consequência prática dessa distinção é que, nesses casos, deverá haver prévia autorização judicial [...]. Por outro lado, se no caso de flagrante a Magna Carta permite a entrada em domicílio [CF, art. 5º, XI], que dizer da pessoa que está levando consigo entorpecentes e objetos furtados? Não está em estado de flagrância? Já na hipótese de extração de sangue, quer-nos parecer que a autorização judicial é de rigor, tal como o é a expedição de mandado judicial para a entrada em uma casa durante o dia. (Grifo nosso)

No tocante à inconstitucionalidade das provas que exigem colaboração ativa do acusado não há porquê dissentir do mestre, todavia, o entendimento de que as provas que impõe participação passiva são constitucionais não se mostra adequado.

Primeiramente, percebe-se que Tourinho Filho não distingue a intimidade da privacidade, embora sejam expressivamente diferentes. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 152) as distinguem com precisão:

Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria aposto um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade.

[...]

Podemos vislumbrar, assim, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma visão linear entre o ‘eu’ e os ‘outros’, de forma a criar um espaço em que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direito dentro da interpessoalidade da vida privada. (Grifo nosso)

Dessa feita, a violação do domicílio nas situações previstas na Constituição da República (art. 5º, XI) mitiga, sobretudo, o direito à privacidade, ao passo que admitidas as provas que requerem colaboração passiva atenta-se contra o direito à intimidade. Da lição dos constitucionalistas retrocitados infere-se que a violação à intimidade é mais gravosa ao indivíduo do que a violação à privacidade, pois a intimidade é o espaço que se deseja

preservar da ingerência de toda e qualquer pessoa, ainda que dos familiares, ao passo que a privacidade é a relação da pessoa com os seus amigos e familiares reservada dos demais membros da sociedade que lhe sejam alheia. Destarte, é inadequada a equiparação realizada por Tourinho Filho. Ademais, revela-se imprecisa a metáfora por ele proposta (sugere que o domicílio e o corpo humano são “recintos privados”), pois as provas que requerem a colaboração passiva do indiciado/acusado não mitigam somente a intimidade/privacidade (como ocorre nas situações de violação de domicílio), mas também a intangibilidade corporal, a não autoincriminação e a liberdade.

Ressalve-se que, conforme exposto anteriormente (seção 4.8.1.2), a busca pessoal – que requer colaboração passiva – pode apresentar natureza invasiva ou não-invasiva, sendo vedada apenas no primeiro caso pelas razões já expostas.

Acrescente-se, por fim, que o direito alemão também distingue a colaboração ativa da colaboração passiva.

4.10 A Identificação Pelo Perfil Genético

A lei n. 12.654 de 28 de Maio de 2012 introduziu um parágrafo único ao art. 5º, bem como criou os art. 5º-A e seus parágrafos, 7º-A e 7º-B, todos da lei n. 12.037 (dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado) e também inovou a Lei de Execução Penal ao acrescentar o art. 9º-A. A lei n. 12.037/2009 dispõe:

Art. 5º[...]

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º²⁴, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

Diversamente das identificações fotográfica e datiloscópica, a identificação criminal pelo perfil genético não é providência meramente ordinária que visa exclusivamente à identificação. Veja-se que o art. 3º, IV da lei n. 12.037/2009 é claro no sentido de que

²⁴ Art.3º. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

[...]

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

somente haverá identificação criminal quando for “essencial às investigações policiais” (grifo nosso) e de sua parte o novel parágrafo único do art. 5º remete ao art. 3º, IV. Ora, para a mera identificação bastam as formas tradicionais, ou seja, a fotografia e a impressão digital. Dessa forma, a coleta do material biológico para a obtenção do perfil genético é elemento de prova que visa à apuração da autoria. Assim, considerando-se o teor do princípio da não autoincriminação, se não houver o assentimento do indiciado, é inviável a coleta de material genético.

Todavia, Paulo Rangel (2013, p.166) perfilha entendimento diverso, pois entende que a aludida coleta destina-se à identificação. Senão, vejamos:

E a razão de ser desse nosso raciocínio é simples: se ele está sendo identificado é porque já existem elementos que o apontem como possível autor do fato, logo não faz sentido ele fornecer uma prova de materialidade de um fato de algo que já se tem. Ou se não se tem, não poderá ele ser obrigado a fornecer para se auto incriminar. A identificação criminal é por não possuir ele identificação civil [leia-se: identificação civil insuficiente para identificá-lo ou alguma das demais situações dos incisos do art. 3º da lei n. 12.037/2009] e, conseqüentemente, não se saber quem ele é e não para se descobrir autoria do crime. O crime já está delineado, por isso ele está sendo identificado. Ninguém é submetido à identificação criminal por puro e mero prazer da autoridade policial. Se está é porque existem indícios de autoria e materialidade de um crime, mas como o indivíduo não tem identificação civil, é submetido à identificação criminal, que poderá ser através de coleta de material genético para se identificar seu perfil biológico. (Grifo nosso)

Como se colhe do trecho supracitado, o autor sustenta que há elementos que apontam o indivíduo como possível autor do fato e que quando é criminalmente identificado é porque existem indícios de autoria. Nesse aspecto o jurista tem razão, realmente existem elementos que apontam o indivíduo como possível autor, indícios de autoria, ou seja, existe a probabilidade de o indiciado ser o autor do fato, probabilidade que poderia, em certos casos, converter-se em prova cabal da autoria com a realização do exame de DNA. Basta imaginar um delito de estupro (CP, art. 213) em que a perícia logra encontrar esperma do suposto autor no corpo da vítima ou no local do delito.

De sua parte, estabelece a Lei de Execução Penal:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8072, de 25 de Julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucléico, por técnica adequada e indolor.

§1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação do perfil genético. (Grifo nosso)

Sabe-se, como decorrência do princípio da não culpabilidade, que a execução da pena somente é possível após o trânsito em julgado, assim, deve-se entender que o dispositivo legal refere-se aos condenados por decisão irrecorrível. Considerando-se que o processo de conhecimento chegou a termo, chega-se à conclusão que o banco de dados com o perfil genético do indivíduo visa a facilitar a apuração da autoria de eventual futuro crime, ou seja, trata-se, de certa forma, de prova pré-constituída (e com grande antecipação, pois o crime nem sequer ocorreu, se é que vai ocorrer) ou, então, para subsidiar inquérito policial (§2º) ou processo-crime em curso. Seja qual for a finalidade, o art. 9º-A da LEP é eivado de nulidade absoluta, pois afronta a Carta da República, mais precisamente, os princípios da não-culpabilidade e da não autoincriminação.

5 O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Tornou-se lugar-comum os meios de comunicação trazerem diariamente notícias sobre tragédias no trânsito brasileiro. Vidas são ceifadas, corpos são mutilados e sonhos são interrompidos.

Muitas são as causas que explicam – mas não justificam – o aumento exponencial da taxa de mortalidade no trânsito brasileiro: aumento vertiginoso da frota, vias em péssimo estado de conservação, veículos mal conservados e a principal delas: a falha humana. De acordo com dados da Organização Mundial de Saúde noventa por cento dos acidentes ocorrem em virtude de falha humana, seis por cento derivam da conservação precária das vias, ao passo que quatro por cento decorrem de falha mecânica.

Merece especial destaque a embriaguez ao volante, pois se revela, dentre tantas outras, a grande “vilã” do trânsito brasileiro. Corrobora tal afirmação o fato que conforme a Associação Brasileira de Medicina de Tráfego em trinta por cento dos acidentes automobilísticos há ao menos uma pessoa embriagada envolvida. Ainda, conforme dados da DATASUS, os números de morte no trânsito brasileiro são estarrecedores, sendo que foram registradas (em todo o território nacional) 36.367 mortes em 2006, 38.273 mortes em 2008 e 42.844 mortes em 2010.

5.1 A Lei n. 12.760/2012 e Pontos Controvertidos

O legislador, frente ao clamor social e à pressão da mídia editou a lei n.º 12.760/2012 que entrou em vigor na data de sua publicação.

Por intermédio dessa lei foram alterados vários dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro, sendo de grande relevância para as searas do direito penal e processual penal as alterações promovidas no art. 306.

Com efeito, desde que foi publicado em 23 de setembro de 1997, revogando o antigo Código Nacional de Trânsito, o CTB, e mais precisamente o art. 306, submeteu-se a várias alterações. Dispunha o artigo retro citado em sua redação original:

Art.306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Todavia, sob o argumento de dar uma resposta ao aumento assombroso de mortes no trânsito causadas por motoristas embriagados, foi promovida uma reforma no dispositivo legal através da lei n. 11.705 de 19 de junho de 2008. A redação passou a ser a seguinte:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas: detenção, de 6 (seis) meses a 3(três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo Federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito da caracterização do crime tipificado neste artigo.

Malgrado a intenção do legislador, foi extremamente infeliz a reforma promovida pela lei n. 11.705/2008. Com efeito, foi introduzida no tipo penal a elementar “estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”, dessa forma, foi promovida uma verdadeira crise de impunidade, pois nas situações ocorridas sob a égide da lei anterior em que não se realizou a prova pericial inviabilizou-se a pretensão punitiva do Estado, já que não seria possível provar a elementar do tipo. Fica claro, assim, que as alterações promovidas no ano de 2008 podem ser classificadas como *novatio legis in melius*, pois tornaram mais difícil o aperfeiçoamento do fato típico em virtude da elementar introduzida.

Existiam opiniões dissidentes da acima apresentada, ou seja, no sentido de que não seria a prova pericial indispensável para que o tipo penal se aperfeiçoasse. Diante das divergências a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, sendo decidido no dia 28 de março de 2012 pela 3ª Seção, em apertada votação (5 a 4) no Recurso Especial 1.111.566/DF a imprescindibilidade da prova pericial para a configuração do delito de embriaguez ao volante. O relator do recurso foi o Ministro Marco Aurélio Bellizze, sendo o seu voto vencido. Relatou o acórdão o Desembargador convocado Adilson Vieira Macabu. Confira-se a ementa:

Processual Penal. Provas. Averiguação do índice de alcoolemia em condutores de veículos. Vedação à autoincriminação. Determinação de elemento objetivo de tipo penal. Exame pericial. Prova que só pode ser realizada por meios técnicos adequados. Decreto regulamentador que prevê expressamente a metodologia de apuração do índice de concentração de álcool no sangue. Princípio da legalidade.

Analisando-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se, sem muito esforço, que foi em sentido radicalmente oposto ao anseio da sociedade. Todavia, andou bem o STJ em julgar nesse sentido, pois o Poder Judiciário é compromissado com a máxima eficácia dos direitos e garantias individuais e não necessariamente com a vontade da maioria. Outrossim, tal decisão foi de encontro ao princípio da separação de poderes (CF, art.2º), pois não pode o magistrado passar da função de julgador à de legislador, situação que ocorreria caso se admitisse outros meios de comprovação da materialidade do delito que não o devido meio técnico.

Diante da repercussão social da decisão e sob o pretexto de combater a impunidade o legislador promoveu nova alteração no tipo penal de embriaguez ao volante. A redação atual, determinada pela lei n.º12.760/2012, é a que segue:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Ante a nova lei, muitos foram as divergências surgidas entre os operadores do direito e juristas.

5.1.1 Perigo abstrato ou perigo concreto

Dentre as várias classificações doutrinárias dos delitos, interessa a que os divide em delitos de dano e em delitos de perigo.

Crimes de dano são aqueles que se consumam com a efetiva lesão ao bem juridicamente tutelado, por exemplo, o homicídio (CP, art.121).

Em outra vertente, crimes de perigo são aqueles que se contentam com a mera exposição do bem jurídico a uma situação de risco para que ocorra a consumação, tal como o delito de omissão de socorro (CP, art.135).

Ensina a doutrina que os crimes de perigo comportam uma subdivisão, a saber: crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto. Distinguindo ambas as espécies, preleciona com precisão Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 254):

O perigo, nesses crimes, pode ser *concreto* ou *abstrato*. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *jure et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa. (Itálico no original)

Considerando-se a redação originária do art. 306 do CTB não havia controvérsias sobre o fato de ser um crime de perigo concreto, pois a elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” deixava transparecer tal fato.

Todavia, considerando-se o vigente dispositivo legal, a questão é extremamente controvertida, pois a nova redação não traz elementar semelhante à do antigo dispositivo.

Sustentam alguns autores que a nova previsão legal criou o chamado “crime de perigo abstrato de perigosidade real”, sendo necessária para a configuração do delito além da direção de veículo com a capacidade psicomotora alterada pelo álcool ou outra substância psicoativa causadora de dependência, que seja demonstrada a condução perigosa, por exemplo, dirigindo em ziguezague. Não demonstrado o efetivo perigo em virtude da direção imprudente estaria apenas aperfeiçoada a infração administrativa prevista no artigo 165 do CTB.

Entretanto, tal entendimento não está imune a críticas. Alega-se que essa nova categoria de delito seria apenas um neologismo para uma espécie de delito conhecida de longa data, qual seja, o crime de perigo comum. Ademais, sustenta-se que ocorre confusão entre categorias jurídicas distintas, quais sejam crimes de perigo abstrato/concreto e crimes de perigo individual/coletivo, não sendo por isso de boa técnica. Outra crítica que se tece é que se observa incompatibilidade semântica na expressão “perigo abstrato de perigosidade real”,

pois os crimes de perigo concreto também são denominados por parte da doutrina de crimes de perigo real.

Advogam outros autores a ideia de que a nova lei introduziu no art. 306, inciso I, uma hipótese de perigo abstrato, pois bastaria para a subsunção da conduta ao tipo penal que o indivíduo apresentasse o nível de alcoolemia previsto. Em outra vertente, o inciso II albergaria uma situação de perigo concreto, pois além da direção embriagada dever-se-ia demonstrar o efetivo perigo, o qual decorreria, por exemplo, da direção imprudente.

Há ainda um terceiro entendimento no sentido de que o delito previsto no artigo 306 do CTB contenta-se apenas com o perigo abstrato. Falando por todos, preleciona Renato Marcão:

Conduzir veículo nas condições do artigo 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal.

Não se exige um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

O crime é de *perigo abstrato*; presumido.

Necessário observar, por oportuno, que as disposições contidas no parágrafo 1º, I e II, do artigo 306 não estão a indicar variantes da modalidade típica, mas tão somente formas pelas quais pode ser constatado o delito que está plenamente descrito no *caput* do mesmo artigo 306. Isto está expresso no texto legal.

Disso decorre não ser acertado afirmar que o parágrafo 1º, II, do artigo 306, que se refere à *presença de sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora*, regula hipótese em que se exige prova de perigo concreto para que se tenha por realizada conduta típica.

A razão assiste àqueles que defendem a terceira corrente, pois é a que melhor observa os direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, a Carta da República, em seu artigo 5º, *caput*, consagra a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A forma de disposição dos cinco direitos fundamentais básicos, dos quais todos os demais derivam, não é aleatória, como se poderia pensar em uma análise superficial. Existe uma ordem hierárquica a ser observada, da qual decorre o primado do direito à vida. O entendimento esposado por Renato Marcão, membro do Ministério Público Paulista, é o que melhor se ajusta a tal primado, pois sugere a punição da conduta antes mesmo que o direito à vida seja posto em perigo.

Argumentam alguns autores que seriam inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, pois maltratariam o princípio da lesividade (ou ofensividade), manifestando-se nesse sentido, pontua Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 52):

[...] Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. [...] (Itálico no original)

Todavia, não se observa inconstitucionalidade alguma, pois como previamente versado, os crimes de perigo abstrato se antecipam e punem a conduta antes mesmo que o bem jurídico seja exposto a uma situação de risco. Outrossim, fere o bom senso do homem médio exigir que se espere o bem jurídico ser exposto a uma situação de risco para somente então surgir a pretensão punitiva estatal. Não há inconstitucionalidade, pois o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade que poderá ser cerceado em virtude de eventual condenação.

Poder-se-ia argumentar que há excessiva restrição ao bem liberdade a pretexto de se evitar futura lesão ao bem vida. No entanto, não se observa tal situação, pois a medida se mostra proporcional à sua finalidade. Ademais, mesmo no atual cenário, mostra-se elevada a ocorrência de casos de embriaguez ao volante. Se, porventura, fosse exigida a demonstração do perigo concreto aumentaria a sensação de impunidade (que já é extremamente alta), pois o ônus probatório do *Parquet* seria maior (demonstração do efetivo perigo). Tal situação implicaria em aumento dos casos de direção embriagada, já que o Direito Penal não estaria exercendo a contento sua função preventiva, qual seja a de intimidar o pretense infrator.

Convém, ainda, não deslembrar o entendimento unânime da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Guardião-Mor da Constituição da República, no Recurso ordinário em *habeas corpus* 110.258/DF da relatoria do Ministro Dias Toffoli. Segue-se a ementa:

Recurso ordinário em *haheas corpus*. Embriaguez ao volante (art.306 da lei n. 9.503/97). Alegada inconstitucionalidade do tipo por se referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido.

Deve-se esclarecer, por amor a verdade e a boa-fé, que tal julgado data de 8 de maio de 2012, ou seja, é anterior a reforma introduzida pela lei n. 12.760 de 21 de dezembro de 2012. Todavia, tal observação é despicienda, pois o que realmente é relevante é o

entendimento de que os crimes de perigo presumido (perigo abstrato) não são inconstitucionais, situação que não foi alterada pela nova lei.

5.1.2 Irretroatividade da nova lei

A lei n.12.760/2012 deu nova redação ao art. 306 do CTB, retirando-lhe a elementar “via pública”, bem como a elementar “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”.

No que toca à questão do local onde é cometido o delito, em virtude da alteração legal, há dois entendimentos.

Sustentam alguns que se trata de *novatio legis in pejus*, pois com a supressão da elementar “via pública” o tipo penal ficaria mais abrangente, alcançando, assim, situações não abrangidas pela lei anterior, o que justificaria a irretroatividade da lei (CF, art.5º, XXXIX; CP, art.1º).

Para outros, sustentando entendimento contrário, a embriaguez ao volante realizada em propriedade particular não se subsumiria ao tipo, pois embora a nova redação do art. 306 do CTB tenha banido a elementar “via pública”, o CTB não regularia o trânsito em áreas privadas, pois a sua aplicação estaria restrita às vias terrestres do território nacional, conforme previsto em seus art. 1º e 2º, sendo que, por exemplo, as vias internas de uma fazenda, não seriam por ele abrangidas.

Malgrado seja interessante o argumento daqueles que advogam a interpretação sistemática, soa melhor o primeiro entendimento. Primeiramente, não deve o intérprete distinguir onde não quis fazê-lo o legislador. Tanto não quis fazer distinção que suprimiu a elementar. Ademais, considerando-se a finalidade do tipo penal, qual seja a de reprimir a exposição da vida e da integridade física de outrem a perigo, não se justifica a interpretação meramente sistemática. Não se pode deslembrar, ainda, que a propriedade deve atender à sua função social (CF, art.5º, XXIII), não sendo minimamente razoável, assim, aceitar-se que o indivíduo, valendo-se de forma abusiva do seu direito de propriedade, dirija embriagado tão-somente porque está em uma propriedade particular.

Fora dito, ainda, que a atual “lei seca” é irretroativa por outra razão, qual seja a retirada da expressão “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”.

A lei anterior, ao exigir uma quantidade mínima para que ocorresse a subsunção da conduta ao tipo penal, limitava o *jus puniendi*, pois criava um obstáculo ao aperfeiçoamento da conduta típica.

Em outra vertente, a nova lei, ao banir a elementar ora debatida, ampliou significativamente o direito de punir do Estado, pois agora a conduta pode ser mais facilmente considerada como típica. Pontua Renato Marcão que o atual art. 306, §1º, I, do CTB, poderia criar a ilusão de que seria necessária para a configuração do delito que se verificasse aquela quantidade mínima de concentração de álcool. Aduz, no entanto, que basta para o crime se consumar as elementares que estão presentes apenas no *caput* do artigo. Obtempera, ainda, que o inciso I apenas versa sobre um dos possíveis meios de prova e deve ser interpretado em conjunto com o §2º do artigo 306. Inference-se, pois, que o inciso I não é um subtipo, sendo apenas uma norma de natureza processual penal.

5.1.3 Presunção absoluta

Merecem destaque as seguintes situações decorrentes do atual cenário legal: se o indivíduo se submete aos exames periciais que comprovem a concentração mínima de álcool exigida (etilômetro ou o exame de sangue) estará configurada a conduta típica, sendo que, no caso, trata-se de uma presunção absoluta de alteração da capacidade psicomotora; noutra vertente, caso se submeta aos exames citados e se constate uma taxa de alcoolemia inferior à legal não significará necessariamente que o fato é atípico, pois a alteração da capacidade psicomotora poderá ser constatada de outras maneiras, por exemplo, o falar enrolado e a falta de orientação espacial.

Deve-se reconhecer, no entanto, que a aferição da alteração da capacidade psicomotora pode, eventualmente, estar sujeita ao subjetivismo de quem analisa a situação. Nesses casos, deve-se instaurar o regular inquérito policial e ser oferecida a denúncia, pois nesta etapa da persecução penal vigora o princípio *in dubio pro societate*. Todavia, se ao cabo da instrução penal o magistrado considerar as provas coligidas aos autos insuficientes para

fundamentar um decreto condenatório deverá resolver a dúvida em benefício do réu, absolvendo-o.

5.1.4 A deficiência da nova lei

Alerta-se, de antemão, que considerada a exposição desenvolvida nesta seção como plausível, parcela significativa das discussões anteriormente apresentadas perde, de certa forma, o sentido.

Com efeito, a atual redação do *caput* do art. 306 do CTB estatui que incorre nas penas cominadas aquele que “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Percebe-se, da análise detida desse dispositivo legal, que é necessário que se faça presente umnexo causal entre a alteração da capacidade psicomotora e a influência do álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, ou seja, a capacidade psicomotora deve estar alterada, necessariamente, em virtude do álcool ou de outra droga, seja ela lícita ou ilícita, que cause dependência. Onexo de causalidade decorre do vocábulo razão.

Dispensam-se profundos conhecimentos em medicina para se perceber que onexo de causalidade supracitado não pode ser demonstrado apenas por intermédio de vídeos, ou de prova testemunhal, por exemplo, pois tais meios de prova são hábeis tão-somente para demonstrar a alteração da capacidade psicomotora. Ademais, como demonstrar que a substância supostamente utilizada causa dependência apenas por meio dos depoimentos dos policiais? Se ao menos as testemunhas tivessem presenciado o indivíduo fazendo uso do álcool ou de outra substância psicoativa determinadora de dependência e posteriormente tomado a direção do veículo... Mas geralmente não é isso o que ocorre, pois o indivíduo, em regra, é encontrado já embriagado.

Poder-se-ia argumentar que quando o estado de embriaguez é patente (pois o indivíduo mal consegue manter-se em pé, ou o odor etílico é muito intenso), restaria demonstrado onexo de causalidade. No entanto, tal argumentação não merece acolhida, pois a capacidade psicomotora poderia estar alterada, não necessariamente pelos agentes exógenos previstos no tipo penal, mas sim por outro fator distinto. Sendo assim, não restando demonstrado de forma cabal o que prejudicou a capacidade psicomotora, não é possível a

imputação da conduta típica. Ademais, para fundamentar uma sentença condenatória não é o bastante a grande probabilidade de a alteração da capacidade psicomotora decorrer das substâncias previstas no tipo penal, pois é indispensável um juízo de certeza sobre a presença de todas as elementares típicas para fundamentar um decreto condenatório.

Do exposto, conclui-se que, salvo nas situações em que o indivíduo se submeta a um exame que demonstre o nexo de causalidade e que a substância ingerida causa dependência, não será possível demonstrar a materialidade do delito, não sendo, dessa forma, possível aplicar-lhe sanção penal.

Observa-se, apenas para espantar qualquer dúvida, que não se está falando em nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, até porque o delito ora analisado é de mera conduta, ou seja, para que ocorra o crime basta a ação, pois o tipo penal nem sequer prevê um resultado.

Destarte, para se observar os princípios constitucionais da não autoincriminação e da vedação da proteção hipossuficiente, pensa-se que uma possível redação para o tipo do art. 306 do CTB seria “conduzir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada”. É razoável o entendimento de que deve ser vedada a direção àqueles que não podem fazê-lo sem submeter a vida e a integridade física de outrem a risco, seja qual for a causa da debilidade, pois como é sabido, o interesse particular, em regra, não pode sobrepujar o interesse coletivo.

Lembre-se, ainda, que o art. 310 do CTB incrimina a conduta daquele que “Permitir, confiar ou entregar a direção do veículo automotor [...] a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança” (grifo nosso). Ora, o que justifica a presença de reprimenda penal para aquele que entrega a direção do veículo automotor e a ausência de sanção penal para aquele que não esteja em condições de guiar com segurança por consequência de sérias limitações físicas e o faz, ou seja, o tratamento desigual? Nada autoriza a distinção, pois ambos atentaram contra à incolumidade pública. Veja-se que no art. 310 o relevante é a alteração da capacidade psicomotora daquele a quem é entregue a direção, pois seja ela decorrente de embriaguez ou de debilidade da saúde física ou mental, a vida e a integridade física alheias estarão em cheque.

Dessa feita, o nexu de causalidade exigido no art. 306 do CTB não se mostra de boa técnica, pois promove um discrimen sem justificativa, qual seja a punição daquele que auxilia materialmente o condutor física ou mentalmente debilitado (pois lhe permite, confia ou entrega a direção), ao passo que o último incorrerá em conduta típica apenas e tão-somente se for o caso de condução com a capacidade psicomotora alterada em virtude do álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência (apenas se demonstrado o indispensável nexu de causalidade).

6 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE AO DELITO DE FRAUDE PROCESSUAL

Chegada é a etapa na qual será apreciada a abrangência do princípio da não autoincriminação. Para tanto, será apreciado o assunto no direito italiano, pois como já afirmado previamente, inegável é a sua influência sobre o direito pátrio. Será, ainda, abordado o tema sob a perspectiva da doutrina e da jurisprudência brasileiras e, ao final, apresentadas algumas reflexões.

6.1 Os Artigos 374 e 384 do Código Penal Italiano

O vigente Código Penal Italiano (publicado em 26 de novembro de 1930), elaborado sob a coordenação de Vincenzo Manzini, também chamado de Código Rocco (sobrenome do Ministro da Justiça italiano à época) exerceu fortíssima influência sobre o Código Penal Brasileiro. Constata-se o fato comparando-se as redações dos tipos penais, veja-se, para se ater ao que realmente interessa, que as redações do delito de fraude processual em ambos os sistemas jurídicos apresentam as mesmas elementares. Ademais, não se pode deslembrar os fatores históricos e políticos, posto que ao tempo da promulgação de nosso CP (1940) forte era a relação política entre os Chefes de Estado de ambos os países (Getúlio Vargas e Benito Mussolini), os quais comungavam da ideologia Fascista²⁵.

O art. 374 do CP italiano tipifica o delito de *frode processuale*:

Art. 374. Chiunque, nel corso di un procedimento civile o amministrativo, al fine di trarre in inganno il giudice in un atto d'ispezione o di esperimento giudiziale, ovvero el perito nella esecuzione di una perizia, immuta artificiosamente lo stato dei luoghi o delle cose o delle persone, è punito, qualora il fatto non sia preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, com la reclusione da sei mesi a tre anni.

La stessa disposizione si applica se il fatto è comesso nel corso di un procedimento penale, o anteriormente ad esso; ma in tal caso la punibilità è esclusa, se si trata di reato per cui non si può procedere che in seguito a querela, richiesta o istanza, e questa non è stata presentata²⁶.

²⁵ Conforme as lições de Sahid Maluf (2009, p. 157/158) os Estados Totalitários do tipo Fascista (dentre eles a Itália e o Brasil de 1940) apresentavam algumas características em comum, tais como: concentração da autoridade em uma só pessoa; restrição de direitos e garantias individuais; unipartidarismo; excessiva intervenção do Estado na Economia; e nacionalismo.

²⁶ Qualquer pessoa que no curso de um procedimento civil ou administrativo, com o fim de induzir a engano o juiz em um ato de inspeção ou de teste judicial, ou seja, ou ao perito na execução de uma perícia, altera

Vê-se, pois, o quão próximas são as redações do tipo penal brasileiro e do tipo penal italiano. Assim, aplicam-se as observações referentes ao objeto jurídico, ao sujeito ativo, ao sujeito passivo, aos elementos objetivo e subjetivo, à consumação e à possibilidade de tentativa feitas sobre o art. 347 do CP Brasileiro (seção 2.1 e seguintes). Ressalte-se que o Código Rocco prevê expressamente a subsidiariedade do delito de fraude processual.

De sua parte, o art. 384 do CP Italiano traz uma causa excludente de punibilidade:

Art. 384. Nei casi previsti dagli artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 372, 373, 374 e 378 non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore²⁷. [...]

Ninguém mais apropriado para discorrer sobre a causa de não punibilidade do que Manzini (1961, p. 277/278):

Ya hemos visto (n. 1685) cómo respecto del fraude procesal no se admite una eximente análoga a la que establece la ley em relación al delito de falso testimonio, pericia o interpretación; se reconoce, en cambio, la eximente de la *necesidad de salvación*.

Para lo que respecta a esta circunstancia, remitimos a lo dicho en el n. 1596.

Ya hemos advertido (n. 1681) que la eximente es aplicable también al imputado.

En cambio, es inaplicable, de ordinário, al actor o al demandado en causa civil o administrativa, ya que este no está en general expuesto a ningún peligro de menoscabo em la libertad o en el honor. (Grifo nosso)

E discorrendo sobre a eximente, continua Manzini (1961, p. 28/29):

La razón de esta eximente (no prevista por el Código de 1889 en relación al delito de omission o retardo de informe) consiste en una aplicación del principio ético-jurídico: *nemo tenetur se accusare*, y en el reconocimiento de la fuerza incoercible de los afectos familiares. Sería inhumano exigir que el oficial público o el encargado de servicio público pasara informe de um delicto cometido por él mismo o por um pariente próximo suyo. Se puede imponer bajo sanción penal al promedio de los hombres el cumplimiento de sus deberes ordinários, pero no el heroísmo, que es virtud de poquísimos, cuando es virtud y no insensibilidad o cosa peor.

La circunstancia tiene carácter subjetivo, porque atañe a la condición personal del sujeto activo (art. 70, n.2), y por tanto, em caso de concurso de varias personas, sólo tiene efecto em orden a la persona o personas a que se refiere (art. 119, primeira parte: véase: vol. II, n. 460, I).

artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa é punido quando o fato não é previsto como delito por uma particular disposição legal, com reclusão de seis meses a três anos.

A mesma disposição se aplica se o fato é cometido no curso de um procedimento penal, ou anteriormente a esse; mas nesse caso exclui-se a punibilidade caso se trate de delito condicionado à requisição ou representação, ou o qual se processe mediante queixa-crime e essas não se realizarem (tradução livre).

²⁷ Nos casos previstos nos artigos 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 372, 373, 374 e 378, não é punível quem tenha cometido o fato constringido pela necessidade de salvar a si mesmo ou a um parente próximo de um grave e inevitável dano/diminuição na liberdade ou na honra (tradução livre).

Percebe-se, assim, que concededores dos instintos humanos e com supedâneo no princípio *nemo tenetur se accusare* (ou *nemo tenetur se detegere*) os italianos optaram por isentar de pena aqueles que praticassem a infração penal compelidos pela necessidade de preservar a própria liberdade. Vito d' Ambrosio, *et al* (2000, p. 1816) cita autores italianos que perfilham o mesmo entendimento de Manzini:

Natura e carattere dell'esimente. L'art. 384 introduce una causa speciale di non punibilità, di carattere suggestivo, e quindi non estensibile ad eventuali compartecipi (FIANDACA-MUSCO, 305) rilevabile d'ufficio (Cass. VI 12.11.1980, Iodice, G PEN 1981, III, 395) basata sulla doppia esigenza di rispettare l' istinto di conservazione (Cass. VI 28.5.1985, Scianca, CP 1987, 548, G PEN 1986, II, 517, fa esplicito riferimento al principio etico giuridico del nostro ordinamento, secondo cui *nemo tenetur se detegere*) e di tener conto dei vincoli di solidarietà familiare[...] (Negrito e itálico no original. Grifo nosso)

Destaca a doutrina italiana que se trata de causa de não punibilidade de natureza personalíssima, dessa forma, caso a fraude processual seja cometida em concurso de pessoas somente será agraciada com a benesse aquela que preencher os requisitos do art. 384 do CP Italiano, situação análoga a do art. 181 do CP Brasileiro (causas de isenção de punibilidade nos crimes contra o patrimônio) combinado com o art. 30 (circunstâncias incommunicáveis).

Convém frisar que consoante ensina Manzini (1961, p. 32) o *nocumento*, ou seja, o dano, o menoscabo à liberdade não precisa ser injusto, dessa forma, mesmo que o indivíduo pratique a conduta típica de fraude processual para se eximir de eventual responsabilidade penal e conseqüente privação de liberdade, estará sob o pálio da eximente de punibilidade.

Destaque-se, ainda, que se o indivíduo incorre na conduta típica do art. 374 do CP italiano com o fim de se isentar de responsabilidade penal por infração à qual não se comina pena privativa de liberdade não será alcançado pela benesse do art. 384, pois é requisito que o fato seja praticado para evitar menoscabo à liberdade ou à honra, todavia, aduz Manzini (1961, p. 31) “[...] Pero, em virtud del argumento *a minori ad maius*, debe considerarse en cambio comprendido el bien jurídico de la vida (ejemplo: delito punible com la pena de muerte, aunque pueda ser no deshonoroso, como ciertos delitos militares).” (itálico no original).

E, discorrendo sobre os limites da eximente, preleciona Vito d' Ambrosio, *et al* (2000, p.1772/ 1773) que “[...] non sarà applicabile quando la deliberazione di dar luogo

all'immutazione artificiosa abbia preceduto il delitto, poiché il nocumento poteva essere evitato non commettendo il delitto.”.

Ademais, informa Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 469) que a doutrina italiana majoritária inclina-se no sentido de que o rol do art. 384 do CP é taxativo, não sendo, pois, o *nemo tenetur se detegere* uma causa excludente de punibilidade genérica, pois entendimento contrário implicaria em prevalência do direito natural sobre o direito positivo.

6.2 A Doutrina Nacional e o Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Conforme salientado, a influência do CP Italiano sobre o CP Brasileiro é significativa, todavia, o legislador local não introduziu um dispositivo semelhante ao do art. 384 do CP Italiano, ou seja, a mencionada causa de não punibilidade. Assim, a doutrina amplamente majoritária espousa o entendimento que mesmo o autor do delito a que se visa dificultar a apuração por meio da fraude processual pode ser responsabilizado pela conduta típica do art. 347, parágrafo único, do CP pátrio. Escrevendo sob a égide da Constituição Federal de 1946, ensinava Néelson Hungria (1959, p. 500/501):

O sujeito ativo, na espécie, é, notadamente, o *improbus litigator* (muitas vezes, com a co-participação de inescrupoloso (sic) advogado). No processo penal, nem mesmo o interêsse da defesa justificará a inovação artificiosa por parte do acusado, e não se eximirá à pena o ofendido que, fraudulentamente, procurar agravar a situação do réu. [...] (Itálico no original)

É nesse mesmo diapasão o entendimento de Heleno Cláudio Fragoso (1965, p. 1236):

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, quer tenha interesse pessoal no processo, ou não, inclusive o próprio acusado em processo penal. Não praticará o crime o advogado que não participar da fraude praticada pelo cliente, pois a simples convivência somente o exporá a medidas disciplinares. (Itálico no original e grifo nosso)

Não apenas os autores mais antigos perfilham esse entendimento, mas também os que escrevem sob o império da Carta da República de 1988, nesse sentido, Damásio de Jesus (2012, p. 371), Luiz Regis Prado (2010, p. 701), Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 372), e, por todos, André Estefam (2011, p. 386):

Não há confundir-se o direito fundamental assegurado na Constituição (decorrente do art. 5º, LVIII) de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo com a punição daquele que modifica, dolosa e fraudulentamente, a cena do crime, procurando com isso assegurar a sua impunidade.

O privilégio contra a autoincriminação impede o Estado de obrigar o agente a praticar condutas positivas cujo resultado possa prejudicá-lo, como, por exemplo, compeli-lo a dizer a verdade (sob pena de reconhecer a prática do delito caso não o faça) ou a fornecer material para a realização de exame pericial cujo resultado possa lhe prejudicar (como o exame do etilômetro ou de sangue para a análise da alcoolemia). Semelhante impedimento jamais pode ser interpretado de maneira larga, a ponto de se reconhecer, em benefício dos sujeitos de crimes, o direito de alterar artificialmente o estado de lugar, de coisas ou de pessoas. (Grifo nosso)

Entretanto, há vozes discrepantes, pois entende parte da doutrina que o autor do delito a que se visa dificultar a apuração não pode ser penalmente responsabilizado pelo delito de fraude processual no curso ou pendência de processo penal (CP, art. 347, parágrafo único). Manifesta-se nesse sentido Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 1259):

Autodefesa do acusado: cremos fazer parte do direito de autodefesa do réu a inovação de certas coisas (como a modificação das características da arma utilizada para o homicídio, por exemplo, para não ser apreendida), de determinados lugares (a arrumação da casa, lavando-se manchas de sangue, após o cometimento do delito) ou de pessoas (buscar alterar a própria feição para não ser reconhecido). O crime destina-se, portanto, àquele que não é réu, diretamente envolvido no processo, mas busca alterar o estado de coisa, lugar ou pessoa para levar a erro o magistrado ou o perito. Entretanto, há limite para a utilização da autodefesa, quando a inovação de lugar implica, por exemplo, no cometimento de delito mais grave, como a ocultação de cadáver. Este último tem o objeto jurídico diverso, que é o respeito à memória do morto, a merecer sepultamento digno, além de possuir pena mais grave (reclusão, de um a três anos, e multa). [...]

Absorção por crime mais grave: se a fraude processual se confundir com o cometimento de delito mais grave, deve ser por este absorvida. [...] (Negrito no original)

Outro não é o entendimento de Rogério Greco (2010, p. 609):

Se o réu, por exemplo, com a finalidade de se defender, inovar artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito, entendemos que o fato deverá fazer parte de seu direito à autodefesa, não podendo ser responsabilizado pela infração penal em exame.

Assim, por exemplo, se o réu limpar o local onde havia praticado o homicídio, se consertar o automóvel com o qual havia atropelado culposamente a vítima, se fizer uma cirurgia plástica com a finalidade de mudar sua fisionomia, dificultando o seu reconhecimento etc., tais fatos não se subsumirão ao delito de fraude processual, amoldando-se ao conceito de autodefesa, no sentido de que ninguém é obrigado a fazer, ou mesmo a permitir prova contra si mesmo. (Itálico no original e grifo nosso)

Dessa feita, percebe-se a existência de dois entendimentos extremados: a doutrina predominante sustenta que o princípio da não autoincriminação não outorga ao autor do delito precedente (ou seja, aquele que se quer ocultar ou dificultar a apuração) a faculdade de inovar artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito; noutro extremo, dando à situação tratamento similar ao que é dado pelo direito italiano, sustenta a doutrina minoritária ser possível a inovação, posto que seria decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* e do direito à autodefesa.

Considerado o tema sob a perspectiva da doutrina, passa-se a apreciar o entendimento do STJ.

O caso objeto de estudo é o *habeas corpus* 137.206/SP impetrado em benefício de Alexandre Alves Nardonna e Anna Carolina Trotta Jatobá, julgado em 1º de Dezembro de 2009, da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo figurou como impetrado.

Os pacientes foram pronunciados como incurso nos tipos penais de homicídio triplamente qualificado e fraude processual (CP, art. 347, parágrafo único), pois teriam matado uma criança, filha de Alexandre Nardonna, e, também, limpo parcialmente os vestígios de sangue no apartamento (a limpeza foi constatada pela perícia, a qual se valendo do reagente químico *bluestar* verificou a prévia presença de sangue, ainda que não perceptível a olhos desarmados). Inconformados com a sentença na parte atinente a pronúncia pelo delito de fraude processual interpuseram recurso em sentido estrito perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entretanto, a Corte Paulista negou provimento ao aludido recurso mantendo a decisão de pronúncia por ambos os delitos. Diante dessa situação, impetrou-se *habeas corpus* em benefício de Alexandre Nardonna e Rosana Jatobá, visando ao trancamento da ação penal no tocante ao delito de fraude processual, sustentando-se, entre outras coisas, que não poderiam ser autores desse delito os autores aos quais se imputa a conduta a que se visa ocultar, pois ninguém seria obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Os Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e também o relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, à época membros da 5ª turma do STJ, de forma unânime, denegaram a ordem, sob a motivação de que o direito à não autoincriminação não abrangeria a possibilidade de os acusados alterarem artificialmente o local do delito criando outra realidade e, conseqüentemente, levarem o juiz ou o perito a erro de avaliação relevante. Ademais, sustentaram que o ordenamento jurídico pátrio dá um tratamento mais severo às condutas perpetradas com o intuito de dissimular um delito precedente, exemplificaram com o art. 61, II, “b”, do CP²⁸. Ressalte-se que, conforme

²⁸ Circunstâncias agravantes

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II - ter o agente cometido o crime:

[...]

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

[...]

salientou o Ministro-relator, a menção à agravante seria meramente retórica e ilustrativa, não incidindo, pois, no caso *sub judice*.

É oportuna a transcrição de trecho da ementa do *habeas corpus* 137.206/SP:

Habeas corpus preventivo. Imputação de homicídio triplamente qualificado e fraude processual. Trancamento da ação quanto ao segundo delito. Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Crime conexo. Competência do Tribunal do Júri popular. Diversidade dos bens juridicamente protegidos. Parecer do MPF pelo não conhecimento do HC ou concessão da ordem. Ordem denegada, no entanto.

[...]

4. A fraude processual é crime comum e formal, não se exigindo para a sua consumação, que o Juiz ou o perito tenham sido *efetivamente induzidos a erro*, bastando que a inovação seja apta, num primeiro momento, a produzir tal resultado, podendo o crime ser cometido por qualquer pessoa que tenha, ou não, interesse no processo.

5. O direito à não auto-incriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificialmente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante.

[...]

8. Ordem denegada, não obstante o parecer ministerial em sentido contrário. (Itálico no original e grifo nosso)

Na ocasião, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, todavia, se conhecido fosse, opinou pela concessão da ordem, pois como decorrência da garantia constitucional contra a autoincriminação, seria possível alterar a prova no local do crime enquanto estivesse sob o domínio do autor do delito precedente, ou seja, antes da chegada da autoridade policial.

Em virtude da falta de êxito perante o STJ, impetrou-se o *habeas corpus* 102.828 com pedido de liminar no STF, visando, igualmente, ao trancamento parcial da ação penal. No dia 3 de Março de 2010 o Ministro-relator, Joaquim Barbosa, indeferiu a liminar por entender que os pacientes não foram obrigados a produzir provas contra si, pois os vestígios que tentaram ocultar já estavam produzidos. Sustentou, ainda, que nenhum direito fundamental deveria ser interpretado de forma a possibilitar a prática impune de crimes. Em 29 de Maio do corrente ano o *habeas corpus* foi redistribuído para o Ministro Ricardo Lewandowski e, até a data de 29 de Julho de 2013, encontrava-se pendente de julgamento²⁹.

²⁹ Em 27 de Agosto de 2013 a 5ª Turma do STJ declarou extinta a punibilidade do crime de fraude processual em virtude da prescrição, assim, o *habeas corpus* 102.828 restou prejudicado pela perda superveniente do objeto.

6.3 Algumas Reflexões

O direito à não autoincriminação é um direito de primeira dimensão, destarte, impõe limites à atuação do Estado, implicando, assim, em uma obrigação de não fazer. É um direito individual, todavia, como salientado alhures, a sua observância é de interesse coletivo, pois é necessária para o desenvolvimento do devido processo legal, o qual o Estado deve sempre observar a fim de legitimar a sua atuação.

A Constituição da República consagra a ampla defesa em seu art. 5º, LV, a qual se desdobra em defesa técnica (realizada pelo advogado) e em autodefesa que é exercitada durante o interrogatório e também por meio da não autoincriminação, a qual se apresenta sob três distintas facetas: direito ao silêncio, não colaboração ativa ou passiva na produção de provas e a possibilidade de alterar o estado de lugar, de coisa ou de pessoa a fim de se isentar de responsabilidade penal.

Saliente-se, ainda, que o direito à autodefesa, encarado sob a perspectiva substancial, traduz a ideia de que ninguém é obrigado a fornecer provas de sua própria culpabilidade.

Conforme destacado, o princípio da não autoincriminação é corolário, sobretudo, do direito à ampla defesa (sob a forma de autodefesa), assim, aqueles que agem sob o seu pálio atuam no exercício regular de um direito. Todavia, salienta Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 464), discorrendo sobre o direito italiano que “[...] questiona-se também se o *nemo tenetur se detegere* seria uma causa excludente de ilicitude ou uma causa excludente de culpabilidade. Debate-se, ainda, se o citado princípio não seria uma causa de não punibilidade não expressa.”.

Aqueles que o taxam como dirimente de culpabilidade fazem-no com suporte na ideia de inexigibilidade de conduta diversa. De sua parte, o art. 384 do CP Italiano dá-lhe tratamento de causa de não punibilidade, malgrado a redação passe a equivocada impressão de que se trataria de estado de necessidade, ou seja, uma causa excludente de ilicitude.

Outrossim, Enrico Ferri (2009, p. 339/342) cita duas distintas espécies de delitos: delitos naturais e delitos legais. Os primeiros são aqueles pelos quais a sociedade

nutre ojeriza, pois são considerados imorais³⁰ sendo que os indivíduos que os praticam são taxados de antissociais e perigosos, ilustram a situação o homicídio, o estupro e o roubo. Já os segundos são aqueles que não perturbam a ordem social e não são taxados de imorais. O jogo do bicho (que é uma contravenção penal, reconheça-se) serve de exemplo. A fraude processual, igualmente, pode ser taxada de crime meramente legal, pois, analisada por si só, independentemente do crime a que visa encobrir, não é um crime que gera transtornos para a sociedade e não pode ser considerada imoral. Evidencia essa situação o fato de que até 1940 a conduta não era tipificada no Brasil e, mesmo assim, a vida social fluía sem entraves.

Ademais, o juízo de reprovabilidade que incide sobre o delito anterior não pode espriar os seus efeitos sobre eventual delito de fraude processual, ou seja, o alto grau de culpabilidade de um delito que causa ojeriza à sociedade, tal como o homicídio ou o estupro, não se aplica ao delito de fraude processual, que, malgrado seja conexo ao delito precedente, com ele não se confunde.

Convém ressaltar que não se está defendendo a impunidade, mas apenas que não se mostra adequado, frente ao princípio da não autoincriminação, exigir-se do indivíduo que contribua, seja passiva ou ativamente, com a privação da própria liberdade, uma vez que a luta por sua conservação é instintiva, tanto é assim, que os hebreus consideravam aqueles que confessavam a prática de um delito como loucos. Cesare Beccaria (2009, p.18), já ao seu tempo, atentou-se para a situação:

A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração do homem.

Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder. Desse modo, a mesma força, aplicada continuamente, destrói, por fim, um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento.

Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos naturais do direito de punir.

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens [...] (Grifo nosso)

Percebe-se, pois, que uma norma que constranja o indivíduo a agir contra a sua própria natureza humana não pode ser eficaz, estando, assim, fadada ao insucesso.

³⁰ O Direito não se confunde com a moral, todavia, não são estanques, já que mantêm íntima relação, pois a moral serve de inspiração para o Direito.

Outrossim, o legislador penal pune duas espécies de condutas: omissiva ou comissiva. Nos crimes de conduta omissiva (por exemplo, omissão de socorro, CP, art. 135) o legislador incrimina o não fazer, ou seja, a norma penal impõe uma obrigação de fazer; noutra vertente, nos crimes de conduta comissiva (situação da fraude processual) o legislador incrimina o fazer, dessa forma, a norma penal implica em uma obrigação de não fazer.

Assim, o indivíduo pode colaborar com a autoincriminação de forma ativa ou passiva, sendo que o art. 347, parágrafo único, do CP, implica em uma colaboração passiva, qual seja a de não inovar artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa.

Dessa forma, ambas as obrigações – de fazer ou de não fazer – implicam em autoincriminação.

Outrossim, conforme visto previamente, o entendimento predominante em doutrina é de que o *nemo tenetur de detegere* não autoriza a inovação artificial do estado de lugar, de coisa ou de pessoa, pois sustenta-se que diverso entendimento implicaria em impunidade. Todavia, o Estado tem recursos humanos e tecnológicos que compensam eventual fraude processual, mitigando, assim, os seus efeitos. Lembre-se, por exemplo, do caso do casal homicida previamente apontado, no qual a perícia, valendo-se de reagente químico, descobriu a prévia presença de sangue da vítima no local. Até mesmo em crimes mais graves e que geram maiores transtornos ao regular desenvolvimento da persecução penal, como a ocultação de cadáver (CP, art. 211) o Estado – quando dotado de recursos humanos e tecnológicos desenvolvidos – é capaz de apurar a autoria e materialidade. Basta, para exemplificar, recordar-se do célebre caso no qual um jogador de futebol determinou que se desse cabo à vida e ao corpo de sua ex-amante (caso do goleiro Bruno). O corpo da vítima não foi encontrado e, não obstante, foi apurada a autoria e a materialidade, sendo os responsáveis devidamente processados e condenados pelo Tribunal do Povo.

Assim, mesmo diante da fraude processual, o Estado, valendo-se da tecnologia e da capacitação dos agentes públicos, pode, valendo-se de seus meios e da colaboração de terceiros que não figurem na lide penal, desincumbir-se de seu *onus probandi* sem exigir a colaboração, seja ela omissiva ou comissiva, do indiciado/réu.

Sabe-se que o delito de fraude processual é formal, dispensando, assim, o prejuízo à administração da justiça para a consumação, dessa forma, não se está condicionando o aperfeiçoamento do delito à impunidade decorrente da lesão ao bem jurídico

administração da justiça (ou seja, ao resultado), mas se está rechaçando a ideia de que a fraude processual perpetrada pelo autor do delito precedente implique em impunidade. Reconheça-se, no entanto, que gera transtornos à persecução penal, os quais o Estado pode superar através dos meios apontados.

Quanto à ideia de que o ordenamento jurídico pátrio dá tratamento mais severo às condutas que visem a ocultar delitos precedentes, não se mostra adequada à situação ora analisada. A uma, que são situações distintas: matar a vítima de estupro para assegurar a impunidade, situação a qual se aplica a circunstância agravante do art. 61, II, “b”, do CP, é radicalmente diferente de inovar o estado de lugar, de coisa ou de pessoa para se isentar de eventual responsabilidade penal. A duas, o CP Italiano, no qual, repise-se, o CP Brasileiro inspirou-se, prevê similar agravante a do art. 61, II, “b” do CP nacional em seu art. 61, 2³¹ e mesmo assim prevê a excludente de punibilidade do art. 384, demonstrando, destarte, que não são institutos incompatíveis.

Saliente-se, ainda, que o Estado possui mecanismos que lhe possibilitam o resguardo contra eventual fraude processual, tais como a prisão preventiva fundamentada na conveniência da instrução criminal³², a prisão temporária, regulada pela lei n. 7.960/1989, ou, ainda, a busca e apreensão (CPP, art. 240, § 1º, “e”), assim, não precisa quedar-se inerte enquanto o estado de lugar, de coisa ou de pessoa é artificialmente inovado.

Outrossim, há que se estabelecer dois limites, o primeiro atinente à autodefesa e o segundo referente ao momento até o qual se admite a inovação do estado de lugar, de coisa ou de pessoa praticada pelo autor de crime precedente.

A autodefesa é legítima enquanto se atenha aos estritos limites do art. 347, parágrafo único do CP (ou, ainda, nos tipos especiais de fraude processual), assim, extrapolando essas barreiras e atingindo outros bens jurídicos que não a administração da justiça, torna-se ilegítima e enseja a responsabilização penal pelo delito mais grave, por

³¹ Circostanze aggravanti comuni

Art. 61. Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti:

[...]

2) l’aver commesso il reato per eserguine ad occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a se o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l’impunità di um altro reato;

[...]

³² CPP, art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (*Caput* com redação determinada pela lei n. 12.403/2011) Parágrafo único. [...]

exemplo, a ocultação de cadáver (CP, art. 211) ou a falsificação de documento público (CP, art. 297).

Quanto ao momento, a inovação do estado de lugar, de coisa ou de pessoa é válida enquanto se mantenha sob o domínio, na esfera de disponibilidade do indivíduo, ou seja, até que o Estado delas se apodere.

Por todo o exposto, entende-se que o direito à autodefesa, fonte precípua do direito ou princípio da não autoincriminação, faculta a inovação dos estados elencados no art. 347 do CP a fim de se isentar de eventual responsabilidade penal. Assim, embora típica a conduta, não é ilícita.

Ademais, o direito à não autoincriminação encontra maior limitação que as outras facetas da autodefesa, pois encontra-se limitado pelo direito à prova do Estado. Dessa feita, apoderando-se o Estado da respectiva prova, cessa o primeiro. Trata-se, pois, de um direito sujeito a uma condição resolutiva, qual seja, a inversão da posse.

7 CONCLUSÃO

O princípio da não autoincriminação decorre do direito à ampla defesa, mais precisamente de seu desdobramento, qual seja, a autodefesa. Assim, o agir sob o pálio do princípio da não autoincriminação é um exercício regular de um direito.

Outrossim, o princípio *nemo tenetur se detegere* é um direito fundamental de primeira dimensão, o qual impõe limites à atuação estatal. Todavia, encontra-se em conflito com o direito coletivo à regular administração da justiça penal e conseqüente punição dos delinqüentes.

Apreciando-se esse conflito, concluiu-se que o princípio da não autoincriminação deve prevalecer, pois a autodefesa, da qual decorre aludido princípio, traduz a ideia de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova de sua própria culpabilidade e o art. 347, parágrafo único, do CP, impõe ao indivíduo o fornecimento de prova sobre sua culpabilidade, pois proíbe que se altere o cenário do delito, colaborando, assim, para apuração da autoria e da materialidade.

Ademais, é instintivo lutar pela preservação da própria liberdade. Reconhecendo essa situação, o Código Penal Italiano, em seu art. 384, isenta de punição o autor de delito precedente que incorre na conduta de fraude processual a fim de acobertá-lo.

Outrossim, não merece acolhida o argumento de que tal entendimento, qual seja, o de que a possibilidade da alteração do *locus delicti*, geraria impunidade, pois o Estado dispõe de recursos humanos e tecnológicos que compensam eventual prejuízo decorrente da fraude processual. Não bastasse isso, dispõe de outros meios para assegurar a instrução criminal, por exemplo, os institutos da prisão preventiva e da busca e apreensão.

Todavia, o direito à autodefesa encontra limites. O primeiro deles é a esfera jurídica de terceiros, assim, a autodefesa não legitima condutas que lesem direitos de terceiros ou bens jurídicos distintos da administração da justiça, dessa forma, a ocultação de cadáver, por exemplo, implica em responsabilização penal.

Ademais, é legítima a alteração do estado de lugar, de coisa ou de pessoa enquanto esses se encontrarem na esfera de disponibilidade do agente, sendo assim, a partir

do momento em que o Estado inicia o exercício de seu direito à prova apoderando-se da coisa, cessa o direito de alterá-la.

Vê-se, pois, que essa faceta do direito a não autoincriminação – a possibilidade de alterar o local do crime – sujeita-se a uma condição resolutiva, já que apoderando-se o Estado da coisa, cessa o direito.

Dessa forma, espera-se com esse estudo da abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere* juntar-se ao coro daqueles que sustentam a possibilidade de o autor do delito precedente inovar o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, posto que essa conduta é legítima, uma vez que ninguém é obrigado a produzir prova de sua culpabilidade.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Aberto David. JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 5 v.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 137.206/SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. 1º/12/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8607749/habeas-corpus-hc-137206-sp-2009-0100079-3/inteiro-teor-13677425>>. Acesso em: 21 de jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.111.566/DF. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios *versus* Edson Luiz Ferreira. Relator para o acórdão: Desembargador convocado do TJ/RJ Adilson Vieira Macabu. Brasília. 28/03/2012. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/54/docs/jurisprudencia_bafometro.pdf>. Acesso em: 18 de abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, súmula n. 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=51>. Acesso em: 03 de jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 88.733. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília. 17/10/2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=88733&origem=AP>>. Acesso em: 14 de jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 99.289. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. 23/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>>. Acesso em: 23 de jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 102.828 – MC/SP. Relator para a decisão do pedido liminar: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília. 03/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3838351>>. Acesso em: 21 de jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* n. 110.258/DF. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília. 08/05/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+110258%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+110258%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7983e6>>. Acesso em: 15 de abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, súmula n. 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 03 de jul. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A falácia do denominado “crime de perigo abstrato de perigosidade real”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3567, 7 de abril de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24134>>. Acesso em: 23 de abr. 2013.

_____. A falsa premissa do tratamento penalmente desproporcional entre os incursos nos incisos I ou II do artigo 306, CTB (embriaguez ao volante). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3568, 8 de abril de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24133>>. Acesso em: 23 de abr. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 4 v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

D'AMBROSIO, Vito *et al.* **Codice Penale**. 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

DEL-CAMPO, Eduardo Alberto Alcântara. **Medicina Legal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção curso & concurso/ Coordenação: Edilson Mougenot Bonfim).

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2011. 4 v.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**: minidicionário da língua portuguesa. 4ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FERRI, Enrico. **Princípios do direito criminal**: o criminoso e o crime. 3ª ed. Tradução: Luiz Lemos d' Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2009.

FONSECA, José Geraldo da. A nova lei seca e o crime de perigo abstrato. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23762>>. Acesso em: 23 de abr. 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1965. 4 v.

GOMES, Luiz Flávio. A nova lei seca deve ser interpretada literalmente. Revista **Consultor Jurídico**, 1º de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2013-fev-01/luiz-flavio-gomes-lei-seca-nao-interpretada-literalmente>>. Acesso em: 23 de abr. 2013.

_____. *et al.* **Legislação criminal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 6 v.

_____. Nova Lei seca não será eficaz sem severa fiscalização. Revista **Consultor Jurídico**, 26 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2012-dez-26/luiz-flavio-gomes-lei-seca-nao-eficaz-severa-fiscalizacao>>. Acesso em: 23 de abr. 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. 1 v.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. 4 v.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 2 v.

HOSPITAL SÍRIO-LIBANÊS. Descreve o que é e como se desenvolve o exame de endoscopia. Disponível em: <<http://www.hospitalsiriolibanes.org.br/exames-diagnosticos/endoscopia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 10 de jul. 2013.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**: Art. 250 a 361. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 9 v.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Especial. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 4 v.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2013.

MARCÃO, Renato. Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente. Revista **Consultor Jurídico**, 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-anteriores-edicao>>. Acesso em 23 de abr. 2013.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Atualizador: Miguel Alfredo Malufe Neto. 29^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Tomo X. Traducción: Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediar Editores, 1961. 5 v.

MASSON, Cléber. **Direito Penal: Parte Especial**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. 3 v.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 25^a ed. rev. atual. ampl. Atualizador: Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2011. 3 v.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 7^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 3 v.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopses Jurídicas: Processo Penal, Parte Geral**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 14 v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15ª ed. rev. e de acordo com a lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo penal**. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 3 v.

_____. **Processo penal**. 34ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

VADE Mecum. 14ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

