



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNO LOIOLA BARBOSA

**A AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*, A DEFESA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA
PERSONALIDADE E OS MEIOS DE PROVA**

FORTALEZA

2015

BRUNO LOIOLA BARBOSA

**A AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*, A DEFESA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA
PERSONALIDADE E OS MEIOS DE PROVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

B238a Barbosa, Bruno Loiola.
 A ação civil *ex delicto*, a defesa dos direitos constitucionais da personalidade e os meios de prova / Bruno Loiola Barbosa. – 2015.
 191 f.: 30 cm.

 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.
 Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
 Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

1. Crime. 2. Indenização. 3. Processos.

BRUNO LOIOLA BARBOSA

**A AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*, A DEFESA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA
PERSONALIDADE E OS MEIOS DE PROVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho

Faculdade Christus (FC)

A minha Esposa, Bruna Alves de Araújo
e ao meu filho, Pedro Alves Barbosa.

Aos meus pais, Antônio Carlos Pompeu
Barbosa e Elizabeth de Araújo Loiola.

Aos meus avós Edite Pompeu de Souza
Barbosa, José Carlos de Oliveira
Barbosa, Irene Araújo Loiola e Milson de
Deus Loiola.

Aos meus tios Elísio de Araújo Loiola e
Sandra Regina Pompeu Barbosa.

A toda a minha família e amigos, que
tanto me ajudaram nessa árdua tarefa.

AGRADECIMENTO

À CAPES, pelo apoio financeiro com a manutenção da bolsa de auxílio.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda, pela excelente orientação.

Aos professores participantes da banca examinadora Raquel Coelho de Freitas e Juraci Mourão Lopes Filho pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Aos colegas da turma de mestrado, pelas reflexões, críticas e sugestões recebidas.

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade...” (Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho busca investigar a ação civil *ex delicto* e os diversos problemas do atual sistema, com diversos enfoques. O escopo amplo abrangerá distintos problemas que violam os mais diversos mandamentos constitucionais tanto implícitos como expressos, como a razoável duração do processo e as proibições de prova. O objetivo do presente estudo é pesquisar como funciona o atual sistema brasileiro de ações civis *ex delicto* e determinar quais medidas são possíveis de serem realizadas, na presente ordem constitucional, para aumentar a eficiência e eficácia de tal sistema. Ademais, idealizaremos um sistema híbrido de processo, com o intuito de evitar as discrepâncias. O sistema das provas será estudando amplamente por ser o ponto crítico da convergência dos sistemas. A metodologia utilizada foi a pesquisa doutrinária e jurisprudencial do direito brasileiro. No âmbito do direito comparado foi feita uma ampla pesquisa jurisprudencial do direito americano na parte das provas, para obter um referencial moldável ao ordenamento constitucional brasileiro, diante do fato que boa parte de nossos princípios são idênticos e que as discussões da Suprema Corte dos Estados Unidos são extremamente fecundas pela falta de legislação positivada na maioria dos casos. O resultado obtido, conforme já era esperado diante da falta de técnica legislativa para unificar dois processos completamente distintos, é a existência de um verdadeiro caos doutrinário e jurisprudencial, com inúmeras opiniões conflitantes diante das inúmeras vacâncias legislativas. A conclusão é que é necessário modificar o sistema e torna-lo mais simples unificando os processos e unindo todos os procedimentos num sistema híbrido que seja mais eficiente e acaba com a injustiça que é a vítima ficar esperando décadas para talvez receber valores ínfimos a título de "reparação" ou processos com resultados divergentes.

Palavras-chave: Ação. Crime. Indenização. Personalidade. Provas.

ABSTRACT

The work investigates civil action ex delicto, and the various problems of the current system, with different approaches. The broad scope cover many problems, which violate various constitutional commands, both implicit as explicit, such as the reasonable duration of the process and the prohibitions of proof. The aim of this study is to investigate how the current Brazilian system of civil actions ex delicto works and determine which measures are possible to be performed, in this constitutional order, to increase the efficiency and effectiveness of such the system. Furthermore, we idealize a hybrid system process in order to avoid discrepancies. The evidence system will be widely studied because it is a critical point in the systems convergence. The methodology used was the doctrinal and jurisprudential research of Brazilian law. In the context of comparative law was made a broad survey of American jurisprudence on their evidence system to obtain a moldable reference to the Brazilian constitutional system, given the fact that many of our principles are identical and that the discussions of the Supreme Court of the United States are extremely prolific due to the lack of legislation in most cases. The result, as was expected given the lack of legislative technique to unify two completely separate processes, is the existence of a true doctrinal and jurisprudential chaos, with numerous conflicting opinions on the numerous legislative vacancies. The conclusion is that you need to modify the system and makes it simpler by unifying processes and uniting all procedures in a hybrid system that is more efficient and does away with the injustice it happens when the victim may be waiting decades to maybe get tiny amounts of money as "repair" or lawsuits with different results.

Keywords: Lawsuit. Crime. Damages. Personality. Evidence.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	13
2	AÇÃO CÍVEL EXECUTÓRIA EX DELICTO	18
2.1	Natureza do título e panorama geral.	18
2.2	A execução provisória e a execução no juízo penal	25
2.3	O problema do alcance da fixação do valor mínimo da indenização na sentença penal condenatória	29
2.4	Da revisão criminal	33
2.5	Da coexistência das ações	35
2.6	Da legitimidade e da competência para a execução	37
2.7	Da execução provisória	42
2.8	Dos Coobrigados	46
2.8.1	Do empréstimo das provas no processo dos coobrigados	47
2.9	Da coisa julgada da indenização na sentença penal e dos recursos	49
2.10	Da Prescrição	51
3	AÇÃO CIVIL EX DELICTO NA JURISPRUDÊNCIA – A DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	56
3.1	Das características das ações e do dano	56
3.2	O direito à paz e o dano moral	58
3.3	Da quantificação dos danos morais em geral	65
3.4	Das indenizações por erro do Estado na seara penal	67
3.5	A jurisprudência e a falta de fundamentação da valorização dos direitos da personalidade nas ações <i>ex delicto</i>	71
4	DOS MEIOS DE PROVA NAS AÇÕES PENAIS E CIVIS	78
4.1	Proibições de Prova - Introdução	79
4.2	Interceptação telefônica e seus limites temporais. A descoberta fortuita (serendipity) na interceptação telefônica.	85
4.3	Busca Domiciliar e Pessoal. Limites Constitucionais. Critérios do Direito comparado. A constitucionalidade da busca randômica.	92
4.4	<i>Fruits of the poisonous tree</i> – A prova ilícita por derivação	109
4.5	O direito à não autoincriminação e sua extensão	110

4.6 Exames corporais e autoincriminação. O fornecimento de provas físicas e a obrigação de ações como o bafômetro. Consequências da recusa.	129
4.6.1 A coleta de digitais	133
4.6.2 A coleta de partes corporais e o bafômetro	135
4.6.3 O Exame de DNA	149
CONCLUSÃO	156
REFERÊNCIAS	164

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca estudar como se comportam os tribunais e a doutrina brasileira diante do evento sentença condenatória penal transitada em julgada, no que concerne seus efeitos reparatórios e natureza de título executivo judicial cível, com enfoque na defesa dos direitos constitucionais da personalidade e como os meios de prova afetam tais direitos. Basicamente, estudaremos a interação entre os diferentes sistemas, que é extremamente problemática, mormente diante da morosidade ainda maior do sistema penal e das diferenças nos meios de prova, violando diariamente o direito constitucionalmente garantido a razoável duração do processo.

Em um longo e recente processo, o Direito Penal brasileiro vem prestando mais atenção à vítima, que pode entrar no programa de proteção, efetuar a composição civil dos danos, participar mais ativamente como assistente da acusação, dentre outras mudanças. Todavia, o ponto primordial, que é a reparação dos danos ainda deixa muito a desejar. Afinal, justiça não é apenas ver o ofensor punido, exige também que os danos sejam reparados e que, em um plano ideal, que o ofensor seja reintegrado à sociedade e pare de delinquir. Conforme Capez, vemos que “o Código Penal, em diversas passagens, incentiva a reparação do dano, que constitui desde atenuante genérica, passando por requisito para obtenção de determinados benefícios, até causa de extinção da punibilidade”¹. Não causa espanto, destarte, a recente mudança no Código de Processo Penal que teoricamente facilita a reparação da vítima lesada em seu patrimônio material ou que sofreu danos morais ou estéticos, ao determinar que o juiz deva também fixar um valor mínimo de reparação para a vítima ao prolatar a sentença penal condenatória. Todavia, é apenas exequível o título ao ocorrer o trânsito em julgado total conforme a maioria da doutrina e da jurisprudência, o que resulta em mora maior ainda,

¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224.

pois o mesmo não ocorre no processo civil em que é viável a execução provisória. Por evidente, como a intenção do presente estudo é buscar também meios de agilizar a prestação jurisdicional, iremos defender que não faz sentido tal lógica, pois no processo civil em que os meios de defesa são bem menores que no processo penal ser possível a execução provisória.

É mister citar que esse instituto já existia em outras leis penais antes da inovação de 2008, como Código de Trânsito Brasileiro, e o que a lei nova fez foi generalizar o que já era previsto nesta lei especial. O próprio Código Penal prevê outro similar, que é a pena de prestação pecuniária, que, entretanto, possui várias distinções. A pena pode ser paga a vítima ou seus herdeiros, sendo tal valor deduzido de eventual indenização. Além disso, a pena é uma faculdade do juiz e pode ser destinada a entidades públicas ou privadas com destinação social e possui valor mínimo e máximo fixados entre 1 e 360 salários mínimos. Já a reparação dos danos é apenas para vítima ou herdeiros, não possui valor mínimo nem máximo, não é faculdade do juiz e sim efeito extrapenal genérico e automático da condenação penal com trânsito em julgado, que é título executivo judicial por força de lei. A única discricionariedade do juiz no caso é quanto ao valor mínimo que este deve determinar, mas se no caso não for possível por falta de meios, o magistrado deve manter a sentença ilíquida e genérica, cabendo ao juiz cível determinar seu valor em liquidação por artigos², de acordo com o sistema vigente. Veremos, posteriormente, que tal sistema é deveras ineficaz e problemático e que precisa ser mudado para produzir justiça rápida e eficaz.

Um ponto favorável da atual legislação é que nada impede que a sentença seja estrangeira, já que a lei não limita. Nesse caso, “poderá ser homologada no Brasil, quando a lei brasileira, na espécie, produzir as mesmas

² Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

consequências (art. 788, CPP). A competência para a homologação, de acordo com o art. 105, inc. I, "i", da CF é do STJ."³

Conforme supracitado, a capacidade de o juiz fixar desde logo um valor mínimo e a execução já ser feita ser prejuízo da liquidação é a grande inovação da reforma de 2008. Na antiga sistemática, o título era sempre ilíquido, o que resultava em uma mora ainda maior em receber a indenização, conforme trabalha Capez⁴:

Com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.719/2008, passou-se a autorizar que o juiz, na sentença condenatória, independentemente do pedido das partes, fixe um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (CPP, art.387, IV), e o art. 63, parágrafo único, passou a permitir a execução desse valor sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. Com isso, pode-se afirmar que ela se tomou em parte líquida, o que possibilitou a sua execução no juízo cível, com a dispensa da liquidação para o arbitramento do valor do débito. Conforme a própria ressalva da Lei, isso, contudo, não impede que a vítima pretenda valor superior ao fixado na sentença. Nesse caso, deverá valer-se da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

O objetivo de celeridade e economia do legislador é louvável, adiantando logo uma parte do pagamento para a dívida, mas diversos problemas exsurtem da falta de cautela em ligar dois campos processuais distintos sem maiores estudos, o que resulta em aberrações processuais conforme veremos adiante.

É necessário ressaltar que existem na verdade dois tipos de ação civil *ex delicto*. A de execução, em que se executa no juízo cível a sentença penal transitada em julgado prevista no artigo 63⁵ do Código de Processo Penal e a prevista no artigo 64⁶, que pode tramitar concomitantemente e

³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 229.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

⁵ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

⁶ Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável

independente da ação penal dentro de certos limites, que é uma ação de conhecimento. Nesse sentido, temos Pacelli⁷:

Observe-se, então, que a via judicial escolhida poderá ser a executória, caso da execução da sentença penal condenatória, consoante o disposto no art. 475-N, II, do CPC (título executivo judicial, cuja certeza deriva do disposto no art. 91, I, CP), e no parágrafo único do art. 63 do CPP relativamente à parcela mínima para reparação dos danos sofridos pela vítima, ou por meio de processo de conhecimento, devendo ser encaminhados ambos os pedidos (de execução ou de condenação civil) ao juízo cível, conforme previsto no art. 63 do CPP.

Um grave problema também é relativo aos meios de prova, as diferenças entre os sistemas podem levar a contradições, como uma absolvição no âmbito penal e uma condenação no âmbito civil ou administrativo. Um exemplo é a negação de fazer um exame. O caso mais emblemático é o do bafômetro, onde a jurisprudência brasileira elevou a décima potência o direito de não produzir prova contra si mesmo e transformou em possibilidade de se negar a fazer exames não invasivos e até mesmo a mentir sem repercussões. Conforme veremos adiante, tal linha de pensamento não prospera em outros países, como nos Estados Unidos. É extremamente contraditória essa diferença, pois a função maior do processo deveria ser obter a verdade, mas sem, evidentemente efetuar coerções exacerbadas. Compelir a pessoa a assoprar para produzir a prova é meramente um método de obter a verdade e que ao entrar em conflito com o direito de defesa deveria prevalecer o interesse da coletividade, pois o constrangimento é mínimo. Somos obrigados nos aeroportos a nos submetemos a revistas vexatórias ante o medo de um atentado, em que o último foi a mais de uma década, e que não vitimou nem três mil pessoas⁸, mas na hora de combater o alcoolismo ao volante que vitima dezenas de milhares de pessoas⁹ todo ano e é a segunda maior causa de

civil. (Vide Lei nº 5.970, de 1973) Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 182.

⁸ New York reduces 9/11 death toll by 40. **CNN New York Bureau**. Phil Hirschhorn. New York, 29 out. 2003. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2003/US/Northeast/10/29/wtc.deaths/>> Acesso em 22/08/2014

⁹ Campanha do governo alerta contra uso de álcool e drogas ao volante. **G1 Globo**. Isabella Formiga. Distrito Federal, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/09/campanha-do-governo-alerta-contr-a-uso-de-alcool-e-drogas-ao-volante.html>> Acesso em 22/08/2014

acidentes no Brasil é mais importante o direito do alcoólatra de não produzir provas contra si mesmo? Cadê a proporcionalidade e a razoabilidade? Iremos nos aprofundar em tal estudo no capítulo sobre os meios de prova. Ao fazer uma pesquisa sobre o caso vemos que boa parte da doutrina brasileira não gosta muito de trabalhar com o porquê que o princípio da vedação a autoincriminação precisa ser tão dilatado como é em nosso direito. Então, para conseguir realmente visualizar uma discussão que fosse baseada em argumentos concretos e lógicos sobre porque as coisas são assim, iremos estudar bastante os julgados da Suprema Corte Americana que estudam desde a raiz histórica do problema e argumentando não apenas do ponto de vista principiológico, onde tudo é relativamente simples, mas também analisando o contexto histórico e social da decisão.

Após a breve exposição inicial, devemos partir, então, para a análise da ação civil executória *ex delicto*.

2 AÇÃO CÍVEL EXECUTÓRIA EX DELICTO

2.1 Natureza do título e panorama geral.

Conforme afirma Humberto Theodoro Júnior, no sistema anterior existiam graves equívocos sobre o efeito executivo da sentença penal no âmbito civil da reparação do dano *ex delicto*.¹⁰ Notórios doutrinadores como Liebman (que era processualista e se fixava no formalismo) divergiam da maioria e ensinavam que a condenação penal tinha o efeito civil de sentença meramente declaratória isto é, sem força executiva alguma, sendo necessário o processo completo de conhecimento, que é o mesmo valor que possui quando se pretende uma indenização contra algum dos coobrigados não processados no presente regime, mais uma das falhas da legislação. O ideal seria, no caso do coobrigado, de uma execução que aceitasse maior liberalidade probatória, mas não é necessário rever tudo o que já foi discutido. Atualmente não existe mais a discussão quando o executado é o réu, sendo pacífico o entendimento que é efeito extrapenal genérico de qualquer sentença condenatória com trânsito em julgado tornar certo o dever de indenizar, pela expressa previsão legal em diversos dispositivos legais. É necessário reiterar que é obrigatória a existência da sentença, sendo sem valor executivo qualquer as concessões da lei penal, pela falta de previsão legal. O deferimento e a subsequente aceitação da suspensão condicional do processo, por exemplo, não perfazem o título executivo, conforme vemos no seguinte acórdão do TJ-RS¹¹:

A suspensão condicional do processo é um benefício concedido a autores de delitos de baixo potencial ofensivo, que não envolve reconhecimento de culpa; portanto, não se

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência - vol. II.** Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 79.

¹¹ TJ-RS, Apel. Cív. 70041335324 RS, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 9ª Câm. Cív., j. 14/12/2011, p. DJ de 16/01/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpSUy9JVC9BQ183MDA0MTMzNTMyNF9SU18xMzI2ODU5OTg5ODUyLmRvYw%3D%3D>> Acesso em 28 dez. 2013.

equivale a uma condenação, devendo no juízo cível ser perquirida a culpa. No caso, pela prova colhida, está reconhecido o agir culposo do demandado pelo disparo efetuado, causando o óbito do filho dos autores. Presença do nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso, o que se impõe o dever de indenizar. Dano moral *in re ipsa* decorrente dos sofrimentos sofridos pelos pais da vítima.

O mesmo entendimento, destarte, deve ser mantido para a transação penal. Apesar de serem institutos que o réu assume a pena não quer dizer que este seja presumido culpado, não sendo completados os institutos extrapenais. O medo de um processo criminal pode fazer o réu preferir a transação ou suspensão mesmo sendo inocente, assim como muitos também confessam delitos que não cometeram pelas mais diferentes razões, sendo a maioria jovens e deficientes mentais, conforme vemos no artigo de John Schwartz¹², que estuda o sistema criminal americano. Nos EUA a polícia utiliza de forma ampla diversas táticas abusivas, como deixar o investigado por horas a fio incomunicável e sem poder sair do recinto nem se alimentar apropriadamente, o que resulta, conforme o estudo supracitado, em confissões falsas. Se em um país teoricamente de primeiro mundo tais métodos que beiram a tortura são institucionalizados, não é difícil imaginar que no Brasil os métodos são ainda piores, onde uma juíza que deixa uma menina de quinze anos presa por 26 dias em uma cela com 30 homens é promovida¹³. Fica evidente que existem falhas gritantes e pressões dos próprios agentes para “se livrarem” dos casos o que resulta em uma aceitação de pessoas inocentes de um “benefício” penal para se livrarem de um processo penal.

Quanto à validade do título, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior¹⁴, a eficácia executiva da sentença penal condenatória com trânsito em julgado somente é oponível ao autor do delito. Segundo Didier, é um “efeito

¹² SCHWARTZ, John. Confessing to Crime, but Innocent. **The New York Times**, New York, 13 set. 2010. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/09/14/us/14confess.html?pagewanted=all&_r=0> Acesso em 28 dez. 2013.

¹³ No Pará, juíza que mandou menina de 15 anos para cela com 30 homens é promovida. **UOL NOTÍCIAS**. Maceió, 03/10/2013. Carlos Madeiro. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/03/no-para-juiza-que-mandou-menina-de-15-anos-para-cela-com-30-homens-e-promovida.htm>> Acesso em 22/08/2014.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 80.

anexo e extrapenal”¹⁵ da condenação para o réu apenas, motivo pelo qual é necessário o processo de conhecimento para atingir os corresponsáveis. No mesmo sentido, temos Gonçalves¹⁶, pois conforme Dinamarco¹⁷: “entender o contrário, admitindo-se a execução contra o pai, o patrão *etc.*, ou vinculando-o à coisa julgada formada *inter alios* seria menosprezar garantia constitucional do contraditório.” Ocorre que, é desnecessário rediscutir algumas coisas, sobre as quais já paira “certeza”, sendo necessário um processo mais eficiente para esses casos.

Igualmente temos Gonçalves¹⁸ afirmando que “para execução de terceiro que não o condenado no processo, é preciso prévio processo de conhecimento, que forme o título em relação a ele”, “pelo simples fato de não ter este participado no processo de formação do título executivo”.¹⁹ É possível argumentar que se o entendimento fosse o contrário, poderiam ocorrer fraudes contra os legalmente responsáveis, pois como estes geralmente não participam do processo penal seria possível que o réu fizesse acordo com a vítima para aceitar qualquer valor e o responsável que ficaria no prejuízo. A vítima de um crime terá duas opções dentro do atual sistema: ajuizar a ação com pedido reparatório, desde logo, na esfera cível, ou aguardar o resultado da ação criminal, que, se favorável, formará título executivo judicial. Todavia, nessa remota hipótese, caberia ao juiz verificar a validade de um eventual acordo e que existe ainda a possibilidade de regresso.

Se existirem ações simultâneas, na esfera criminal e cível, o juiz desta poderá suspender o processo, sendo faculdade sua conforme o artigo 110 do CPC²⁰, se o conhecimento exigir a verificação do fato delituoso

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; et. al. **Curso de direito Processual Civil. Execução. Volume 5.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 167.

¹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar, volume 3.** São Paulo. Saraiva, 2012. P. 71.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., 2009, p. 259.

¹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios, op. cit., p. 68-69.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, volume II.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 178.

²⁰ Art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal. Parágrafo único. Se a ação penal não for exercida dentro de 30

controvertido, para evitar conflitos entre as instâncias. Esse posicionamento, todavia, não é o melhor para a vítima, pois caso o réu queira protelar o processo criminal a vítima ficará ainda mais tempo sem indenização, já que é extremamente fácil utilizar tal tática no processo criminal. Além disso, fatos limítrofes podem não ser entendidos como atos criminosos mas podem configurar ilícitos civis. Como se não fosse suficiente, após o término da ação penal o réu pode ser preso e perder toda a sua capacidade de pagar o prejuízo. Mesmo que não seja preso fica o estigma de condenado que acaba por dificultar gravemente a reinserção na sociedade, podendo ocasionar que o mesmo fique desempregado, por exemplo, e não tenha como ressarcir a vítima. Ou seja, apesar de ser extremamente cômodo para o juiz da esfera civil mandar o processo de conhecimento para a justiça penal e condizente com o princípio da eficiência (já que se evita dois processos de conhecimento) os efeitos para os direitos da vítima podem ser desastrosos. Teremos, portanto, um processo econômico, mas ineficaz. Destarte, não pode prosperar a visão economicista e de maior segurança processual, pois é provável que torne difícil a reparação da vítima. O que seria mais coerente é que o instituto do trânsito em julgado fosse relativizado nesses casos e já fosse possível a execução provisória enquanto o réu ainda tem como pagar, caso esteja em liberdade esperando os inúmeros recursos do processo penal. De qualquer forma, o sistema deveria ser cuidadosamente desenhado para proteger e indenizar a vítima, mas não é isso que se verifica na realidade.

O sistema da responsabilidade civil atual consagra a autonomia entre as instâncias, no artigo 935²¹ do CC. Todavia, “a autonomia é apenas *relativa* e não absoluta, pois, enquanto a responsabilidade civil pode existir sem a responsabilidade penal, esta, no entanto, sempre acarreta a primeira.”²². “No Brasil, adota-se o sistema da independência relativa ou mitigada, em razão da

(trinta) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial.

²¹ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 79.

existência de uma subordinação temática de uma instância a outra, especificamente em relação a determinadas questões.”²³ Além disso, a sentença penal que absolve por negativa de materialidade do fato também impede a propositura da ação cível, conforme o artigo 66 do Código de Processo Penal²⁴, assim como a absolvição por negativa de autoria, como previsto no art. 935 do Código Civil²⁵. A lógica disso é que a sentença penal deve, teoricamente, ser mais bem embasada e o processo em si oferece inegavelmente maiores oportunidades de defesa ao réu, podendo inclusive ter provas ilícitas e de quase qualquer tipo aproveitadas em seu favor, independentemente de pedido, pois é priorizada a verdade real. Também não podemos olvidar que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” Entretanto, quanto ao estado de necessidade e o erro na legítima defesa, da leitura dos artigos 188, II²⁶ e 930²⁷ do Código Civil se deve reconhecer que o autor do dano deve pagar, mas possui o direito de entrar com ação regressiva contra o terceiro que causou o perigo. Trabalhando essa hipótese, vemos Capez²⁸:

Faz coisa julgada no juízo cível a sentença penal que reconhecer ter sido praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (cf. art. 65 do CPP). Esses atos são penal e civilmente lícitos (respectivamente, art. 23 do CP e 188, I e II do novo CC).

Há duas exceções a essa regra: no estado de necessidade agressivo, onde o agente sacrifica bem de terceiro inocente, este pode acioná-lo civilmente, restando ao causador do dano a ação

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 182.

²⁴ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

²⁵ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

²⁶ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

²⁷ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

regressiva contra quem provocou a situação de perigo (cf. arts. 929 e 930, caput, do CC); na hipótese de legítima defesa, onde, por erro na execução, vem a ser atingido terceiro inocente, este terá direito à indenização contra quem o atingiu, ainda que este último estivesse em situação de legítima defesa, restando-lhe apenas a ação regressiva contra seu agressor (cf. parágrafo único do art. 930 do CC).

Fazem coisa julgada no cível as discriminantes putativas, pois apesar de removerem o ilícito penal, fica patente o ilícito civil, pois foi negligente em verificar o estado real das coisas, sendo possível a indenização segundo a cláusula genérica prevista no artigo 186 do CC²⁹.

Vale citar que não fazem coisa julgada no cível o arquivamento do inquérito, a extinção da punibilidade, a absolvição por falta de tipicidade, por falta de provas suficientes para a condenação ou por isenção de pena. O ato pode ser ilícito civil sem ser ilícito penal, pode ser que reste caracterizada a falta de provas suficientes para condenar penalmente, mas fique configurado um arcabouço probatório suficiente para o juiz cível, e também a isenção de pena no âmbito penal não enseja falta de ilicitude na seara civil. Um exemplo é o filho furtar do pai, ato isento de pena por força do artigo 181, II do CP, o que não quer dizer que seja impossível exigir a reparação com o uso de ação civil *ex delicto* de conhecimento. A anistia, a graça, e o indulto, são formas de extinção da punibilidade, não alcançando também, conforme supracitado, os efeitos extrapenais da condenação, mas apenas os penais, podendo ser executado uma sentença em que o réu foi beneficiado por algum desses institutos. O mesmo caso se aplica para a prescrição da pretensão executória, pois já ocorreu o trânsito em julgado, e o fato da punição ser prescrita na seara penal não quer dizer que tenha que o a indenização cível deverá prescrever também.

Quanto à responsabilidade conjunta, é possível que alguém seja coobrigado civil, mas não seja responsável penal. Se o filho menor sob a guarda e companhia do pai matar alguém culposamente o pai não responde criminalmente, mas responde civilmente. Destarte, a sentença penal não serve

²⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

para executar diretamente o pai no presente sistema, pois este não teve direito nem à ampla defesa nem ao contraditório. A mesma lógica deve ser aplicada ao incapaz, conforme o art. 928 do Código Civil.³⁰ Novamente, discordamos de tal regra, que enseja em um processo inteiro apenas para averiguar se o pai é ou não responsável também! Todas as mesmas provas tem que ser refeitas apenas por causa de um ponto controvertido?

No caso da morte do acusado, o evento causa resultados diversos dependendo de quando ocorrer. Se for antes do trânsito em julgado, todo o processo é extinto, sem produzir efeito algum. Todavia, se for após, o título já está perfeito, podendo ser executado sem problema nenhum.

No caso do perdão judicial existe grande controvérsia. A súmula 18 do STJ determina que “a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Ocorre que, como a própria súmula reitera os termos legais, estamos diante de uma causa de extinção da punibilidade, cuja regra geral é que devem subsistir os efeitos extrapenais. Nestor Távora apresenta o mesmo entendimento. “Afinal, o perdão judicial se dá em circunstâncias excepcionais, onde não haja a necessidade de aplicação de pena ao infrator. O dano, contudo, subsiste reconhecido judicialmente. Acreditamos assim que ela possa ser executada. No mesmo sentido, Nucci e Mirabete.”³¹ No perdão judicial o acusado é considerado culpado, mas não é punido. Dessa forma, entendeu o STF³², de forma coerente, que é uma causa de extinção de punibilidade ordinária, exceto para a reincidência, o que parte da doutrina também diverge, pois a lei não possui previsão disso e seria uma analogia que prejudica o réu.

³⁰ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

³¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 229.

³² STF, REEx 104977 SP, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma j. em 04/02/1986, p. no DJ 23-05-1986. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_104977_SP_1278788725922.pdf?Signature=kBXi5w5o%2Fr2lCylUAdtEEVlpu9c%3D&Expires=1388435449&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 30 dez. 2013.

Por fim, em caso de *abolitio criminis*, a doutrina também não é pacífica. Alguns afirmam que por extinguir o crime também extingue a sentença e todos os efeitos daí decorrentes, sendo igualmente causa de extinção de punibilidade que acaba como todos os efeitos aos moldes do perdão judicial. A mesma lógica do STJ perdão judicial, destarte, deve ser utilizada. Todavia, não é coerente tal entendimento pelas razões supracitadas, sendo mais correta a interpretação que afirma ser executável o título, até porque o fato de ser um ato tipificado enseja automaticamente ser também ilícito civil, pelo caráter de *ultima ratio* do direito penal. Conforme já trabalhamos, nem sempre o ilícito civil será ilícito penal, mas a recíproca não é verdadeira. Entretanto, como o direito penal brasileiro criminaliza diversos atos, é salutar uma cautela ao executar um ato que antes era ilícito penal e deixou de ser, pois diversas circunstâncias mitigantes podem estar presentes a ponto de até excluir eventual indenização civil (afinal, deve ter um forte motivo pelo qual a conduta não é mais crime).

2.2 A execução provisória e a execução no juízo penal

Para ocorrer a execução a doutrina é **quase unânime**: a sentença tem que ser definitiva. De nada vale a pronúncia no júri, por exemplo, que por não ser definitiva não cabe a execução provisória, conforme Theodoro leciona.³³ Neste é extremamente concordável tal posicionamento, pois na sentença de pronúncia o juiz deve se valer do dúvida em prol da sociedade (*in dubio pro societate*). Entretanto, a posição que a sentença penal não admite execução provisória vem progressivamente se modificando na doutrina penal, inclusive tendo notoriedade o caso do Mensalão em que ocorreu a execução provisória da parte da pena que já havia transitado em julgado. Não faz sentido, destarte, que seja possível executar a pena, mas não a parte civil, mormente quando virtualmente todos os países do planeta fazem tal procedimento para a pena. O preceito basilar do direito é aplicado à *quaestio* em questão: quem

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 80.

pode mais pode menos. O Brasil é um dos poucos que ainda permite tal absurdo que é o réu recorrer *ad aeternum* sem iniciar a execução da pena, máxime diante da lentidão dos procedimentos aqui adotados. Não é sem razão que muitos criminosos saem impunes pela prescrição, pois o sistema faz ser interessante ao criminoso fazer o processo demorar ao máximo ao invés de acelerá-lo. Mas não é o que a doutrina brasileira afirma. Vejamos o que Gonçalves³⁴ diz:

Ao contrário da sentença cível, a criminal só constitui título executivo judicial depois de transitada em julgado. Pelo princípio da presunção de inocência, ela não pode produzir efeitos, enquanto não se tornar definitiva. Não há execução provisória de sentença penal, porque “ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF).

Ocorre que tal justificativa apresentada por Gonçalves é um tanto quanto fraca, pois tal artigo se refere apenas a inscrição no rol de culpados e tal princípio, apesar de muitos quererem que fosse absoluto pode e deve ser bastante mitigado. Não impede a execução parcial, conforme o supracitado e notório caso do Mensalão, não existindo razões para o mesmo não poder ser aplicado ao procedimento civil diante da lógica jurídica basilar que nenhum princípio pode se sobrepor totalmente aos outros, devendo existir um equilíbrio. Outros doutrinadores ainda sustentem, com mais coerência, que não existe o trânsito parcial com base no Código de Processo Civil, pois lá consta expressamente o termo trânsito em julgado. Nesse sentido, temos Dinamarco³⁵:

Por expressa disposição do Código de Processo Civil, as condenações criminais só terão eficácia executiva civil quando “transitadas em julgado” (art. 475-N, inc. II), ou seja, quando já não pender recurso algum na esfera criminal, quer dotado de efeito suspensivo, quer não: pendente qualquer recurso que seja, ainda não se reputa configurado esse título, sequer para o fim da *execução provisória*, (art. 475-O).

³⁴ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar, volume 3**. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 68

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 258.

Entretanto, tal visão não contempla o já supracitado trânsito parcial, que constitui trânsito em julgado para um dos crimes por exemplo, se forem vários, ou quanto a certeza da condenação, quando não impugna o recurso este fato e sim algum outro deste decorrente. Um exemplo comum é o réu recorrer apenas da pena aplicada ou do regime. Trabalhando essa hipótese de execução parcial com visão também negativa sobre a possibilidade temos Didier³⁶:

Não é demais insistir que somente constitui título executivo a sentença penal condenatória *transitada em julgado*. Se não houver o trânsito em julgado, a sentença ainda não se encaixa no *tipo legal*. O *trânsito em julgado* é elemento essencial para que se possa considerar a sentença como título executivo. A exigência do *trânsito em julgado* mantém estreita ligação com o princípio constitucional da inocência: enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, o acusado não pode ainda ser tido como criminoso.

Também por isso, somente se considera título executivo a sentença penal condenatória depois de seu trânsito em julgado. **Tal particularidade denota, ademais, não ser possível a execução provisória da sentença penal condenatória, exatamente porque se exige o prévio trânsito em julgado.**

Não se pode olvidar, entretanto, que é possível se dizer que a prescrição penal em suas diversas modalidades poderá na frente acabar com o título, o que sem dúvida é extremamente frequente, ficando a indagação de qual seria a validade do título baseado em sentença parcialmente transitada em julgado. O entendimento da melhor doutrina penal é que a prescrição acaba com todos os efeitos da sentença, mas não me parece ser esse o melhor, mormente diante da possibilidade de estarmos diante da prescrição retroativa de um título com trânsito parcial, estaríamos diante de um grave desperdício judicial, pois além de ver impune o réu ainda seria necessário que a vítima para ter alguma reparação que iniciasse um novo processo de conhecimento.

Na linha de pensamento mais “moderna”, temos Cabral³⁷, defendendo a teoria dos capítulos da sentença. Entre aspas porque apesar de

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; et. al., op. cit., p. 168.

³⁷ Por exemplo, se o condenado entender equivocado o valor fixado, terá legitimidade para recorrer; se o recurso for parcial, e atacar apenas esta parte da sentença, o restante da decisão

aqui a ideia majoritária ser a obrigatoriedade do trânsito em julgado para a execução da pena não é isso que ocorre na maioria dos países do mundo, que executam após um certo número de recursos, com ou sem capítulos. Tal teoria é uma intermediária, determinando que aquilo que não foi objeto de recurso transita em julgado, e foi adotada pelo Supremo no caso Mensalão. Então, se o valor da indenização não foi objeto de recurso poderia ser cobrado logo de plano, assim como a pena poderia ser executada logo de plano se não for recorrida. Um exemplo seria no caso de um condenado a reclusão por furto e a ao pagamento de um salário por uma ameaça posterior mas conexa. Se o réu se conformar com o pagamento de um salário e não recorrer não existem motivos para esperar o resultado do processo conexo, pois este já está firmado, sendo imutável. Não faltam argumentos compostos de pura retórica em sentido contrário³⁸.

Quanto a execução no próprio juízo penal, apesar da falta de previsão legal, alguns doutrinadores entendem ser possível, extraordinariamente, quando o réu prestar fiança, posição bastante coerente, inclusive, com a função do instituto da fiança, que prevê que se o réu for condenado os valores podem ser utilizados para pagamento da pena de prestação pecuniária, como vemos no artigo 336 do CPP ³⁹. Um dos doutrinadores que defende tal posição é Nestor Távora, que afirma que “caso

transita em julgado e pode ser expedida carta de execução de sentença (“carta de guia” ou “guia de execução”) para cumprimento da pena. Outra consequência relevante da aplicação da teoria dos capítulos de sentença tocaria a prescrição penal quando houver recurso parcial apenas para reformar o capítulo referente à indenização cível. Neste caso, o trânsito em julgado do capítulo referente à pena deve ser certificado, o que tem repercussão tanto na prescrição da pretensão punitiva (cujo marco final é o trânsito em julgado), quanto da pretensão executória (que se interrompe com o início da execução da pena). Além disso, se o juiz tivesse que esperar o trânsito em julgado do capítulo referente à indenização para executar a pena, haveria um incentivo à impunidade e aos recursos meramente protelatórios desta parte da decisão.

CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. Revista da EMERJ, v. 13, n° 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf>. Acesso em 22 de dez. 2013, p. 320.

³⁸ CASTRO, Sérgio Murilo Fonseca Marques. Execução parcial de pena fere presunção de inocência. **Revista Conjur**, 9 de Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-09/sergio-fonseca-execucao-parcial-pena-fere-presuncao-inocencia>>. Acesso em 25 dez. 2013.

³⁹ Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

o juiz penal fixe o quanto da indenização e o réu condenado tenha prestado fiança, entendemos que excepcionalmente a execução pode ser feita na própria esfera penal, bastando ao ofendido requerer ao próprio juízo criminal o levantamento do valor da fiança para satisfação do seu direito.”⁴⁰ Entretanto, tal posição é minoritária, pela falta de previsão legal, apesar de coerente quando analisado o sistema como um todo.

2.3 O problema do alcance da fixação do valor mínimo da indenização na sentença penal condenatória

A nova redação do art. 387, IV, do CPP, que foi modificada pela reforma de 2008, juntamente com os dispositivos da ação cível, afirma que o juízo criminal, ao pronunciar sentença penal condenatória, tem o dever de fixar valor mínimo para recomposição dos danos ocasionados pelo delito, considerando os prejuízos sofridos. Caso contrário, se o juiz não conseguir, a sentença deve ser liquidada no juízo cível. Alguns autores sustentam, sem coerência que tal dispositivo é inconstitucional. Dentre eles, podemos citar Alexandre Câmara⁴¹, que afirma isso “por violação ao princípio do contraditório (já que seria afastada a necessária correlação entre demanda e sentença), além de haver incompatibilidade entre esta regra e o sistema acusatório, adotado pela Constituição da República para o processo penal.” Não existe violação entre a demanda e a sentença, pois o pedido de indenização é “embutido” por força legal. E muito menos violação entre o sistema acusatório, pois o juiz não acusa, ele meramente calcula um mínimo valor a ser reparado como efeito da condenação que este mesmo proferiu, devendo inclusive tomar medidas para conhecer este valor na busca da verdade real. Aquele valor

⁴⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 229.

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, volume II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 181.

mínimo, destarte, pode ser imediatamente executado, sem prejuízo da liquidação cível posterior para apuração do dano efetivamente sofrido, conforme o parágrafo único do artigo 63⁴². Esse dispositivo leva em consideração a especialização, pois o juiz cível será capaz de efetuar um trabalho melhor e mais rápido já que efetua este tipo de tarefa diariamente, com menor chance de elevar demasiadamente o valor e causar enriquecimento sem causa da vítima, em teoria. Fora isso, as provas no processo criminal visam muito mais demonstrar a culpa do réu e não o prejuízo que este causou para a vítima, sendo possivelmente necessário produzir novas provas que não podem mais ser produzidas no âmbito criminal, pois já ocorreu o trânsito em julgado. Ocorre que nada impede, e seria ideal, que o processo abrangesse também essa pequena fração do conhecimento, pois o juiz, apesar de ser especializado na área penal ainda é um juiz que teoricamente é plenamente capaz de tomar uma das decisões mais sensíveis do direito, que mexe com a liberdade das pessoas, mas não tem capacidade para calcular um dano cível? Dano esse que muitas vezes, no caso do dano moral, como veremos adiante, é fixado na base do “achismo” pelos juízes ditos especialistas na área? Sendo pragmáticos, não é difícil visualizar que na prática a diferença seria muito pequena, pois dificilmente os juízes irão abrir mão da conveniência que é “motivar” com o uso de retórica.

Em caso de ausência de valor fixado na sentença, se for possível, caso o juiz não fixe valor mínimo nem justifique o motivo de tal vacância, é plenamente possível a oposição de embargos de declaração, conforme Cabral⁴³ leciona:

⁴² Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf>.

Acesso em 22 de dez. 2013, p. 312

Por conseguinte, sendo ou não possível a quantificação, a ausência de manifestação do magistrado na sentença é atacável por meio dos embargos de declaração. Quando for possível quantificar, o vício será a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e quando não for possível, o vício será a ausência de justificação desta impossibilidade.

Diante do exposto, fica evidente o princípio da economicidade processual, extraindo o maior proveito possível do processo penal. E se este valor fosse corretamente calculado para os danos materiais, o mínimo irá equivaler ao valor que o juiz civil iria calcular, sendo desnecessário a liquidação desta parte. Um caso muito simples seria uma simples indenização por danos materiais relativos a um bem furtado que não causou maiores prejuízos, como furtar um veículo de um empresário que possui vários e não teve prejuízo nenhum pela falta de um, uma situação extremamente excepcional que deve ser provada pelo réu para remover a presunção que o ilícito acarreta um dano à personalidade, conforme iremos propor posteriormente. O principal problema exsurge quando coisas mais complexas aparecem, como os lucros cessantes, como roubar um veículo de um taxista e os danos morais, no caso de um estupro.

Excepcionalmente, especialmente se inexistirem provas específicas nos autos por ter iniciado o processo antes da nova lei, entende o STJ, corretamente, que não pode o juiz adentrar neste mérito, devendo ser os valores calculados em liquidação, conforme vemos no RESPE 1.176.708 – RS⁴⁴, pois quando a ação iniciou não existia o dever do juiz de fixar um valor mínimo de indenização:

PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL EM CURSO QUANDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA FOR PROFERIDA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008.

1. A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, aplica-se a processos em curso.

⁴⁴ STJ RESPE1176708/RS, Rel. Ministro Sebastião Nunes Júnior, j. em 12.06.2012, p. no DJ de 20.06.2012 Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1150613&num_registro=201000100227&data=20120620&formato=PDF> Acesso em 29 dez. 2013.

2. Inexistindo nos autos elementos que permitam a fixação do valor, mesmo que mínimo, para reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não pode prosperar, sob pena de cerceamento de defesa.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido.

Já o TJSP⁴⁵ diverge de tal posicionamento, afirmando que como a própria sentença já serve como título fica ao juízo prudencial do magistrado decidir sobre a necessidade ou não de instrução probatória. Todavia, tal posicionamento é extremamente inconstitucional, pois viola o necessário contraditório e a ampla defesa do réu. Não é necessário que seja efetuado pedido, pois existe expressa previsão legal da obrigação do juiz determinar os valores, mas é necessário, entretanto, que o réu possua a chance de se pronunciar, sem ser necessário, entretanto, que tenha pedido expresso, pois este é tácito por força da lei, o que não ocorre, conforme supracitado, nos processos que tenham iniciado antes da inovação legislativa.

Como podemos ver na ementa acima, o acórdão decidiu que a norma do art. 387, IV do CPP é de natureza processual e deve ser aplicada imediatamente aos processos já em curso, sem poder olvidar, todavia, da obrigatoriedade de defesa, como foi feito no acórdão do TJSP. Nesse aspecto o STJ acertou, pois sendo imprevisível a novidade não é possível exigir do réu que fosse se defender antecipadamente de algo que nem existia ainda!

⁴⁵ TJ-SP, CR 4238524700 SP, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 6ª Câmara. Dir. Priv., j. em 10/12/2009, p. no DJ de 21/12/2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/CR_4238524700_SP_1262884683557.pdf?Signature=ePUFK7wfgnRiQGcXFEPLB0f085s%3D&Expires=1388436244&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 30 dez. 2013.

2.4 Da revisão criminal

A revisão criminal pode ser utilizada para desconstituir partes da sentença, e dentro dessas partes está o mínimo estipulado. Sua pendência, entretanto, não impede a eficácia do título executivo, salvo se deferida liminar nesse sentido, sendo feita uma analogia com a ação rescisória. Sobre o assunto discorre Dinamarco⁴⁶:

Mas a pendência da *revisão penal* não é óbice a essa eficácia, tanto quanto em princípio não o é a da ação rescisória relação às condenações civis (CPC, art. 489); ambas visam à desconstituição da sentença passada em julgado e, enquanto não vierem a ser julgadas, a eficácia desta permanece tal e qual. É razoável entender que em sede de revisão penal o relator possa impor, como pode o relator da ação rescisória, a suspensão da eficácia da condenação penal passada em julgado, para fins de execução civil (CPC, art. 489).

Todavia, após a finalização da revisão criminal procedente, diversos efeitos podem ocorrer a depender do ponto em que se encontra o procedimento civil. Alexandre Câmara⁴⁷ trabalha com didática tabela das possibilidades:

- a) a execução civil ainda não começou, hipótese em que a mesma não será mais possível, por ter desaparecido o título executivo;
- b) a execução civil da sentença penal está em curso, hipótese em que o processo executivo deve ser extinto, pela mesma razão;
- c) a execução civil já se consumou (ou seja, já alcançou seu desfecho normal), podendo aqui a solução variar conforme o fundamento e conteúdo da sentença da revisão criminal:
 - c.1) na revisão foi julgada extinta a punibilidade ou decidido que o fato imputado não constitui crime, caso em que não desaparece a responsabilidade civil, e o pagamento (embora obtido por meio inidôneo) **não poderá ser repetido**;
 - c.2) a absolvição teve como fundamento a legítima defesa, que elimina a responsabilidade civil, caso em que se admite a repetição do indébito;

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., 2009, p. 258-259.

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, volume II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 179.

c.3) -a absolvição foi devida a outra causa de exclusão da ilicitude (como, e.g., o estado de necessidade), situação em que permanece a responsabilidade civil, não sendo possível a repetição do pagamento.

Todavia, a visão de que o pagamento obtido por outra causa de exclusão não pode prosperar em todos os casos, pois o processo foi baseado em título nulo. Um caso comum seria eventual falha de prova, mormente quando reconhecida. Melhor é a solução com base na análise do processo em si, feita pelo juiz cível, para aproveitar o processo já realizado, repetindo o indébito caso assim seja necessário.

Câmara também expõe a opinião de Alexander dos Santos Macedo, que afirma que a parte civil da sentença penal está sujeita aos prazos da rescisória e não à ausência de prazo da revisão criminal:

Uma terceira opinião sobre o tema, manifestada em obra a ele exclusivamente dedicada, afirma que - apesar de os efeitos penais da sentença penal condenatória serem passíveis de rescisão a qualquer tempo, através da revisão criminal — os efeitos civis da sentença penal condenatória são imunes a qualquer rescisão, estando protegidos por uma imunidade análoga à alcançada pelo conteúdo da sentença civil tenha alcançado a “coisa soberanamente julgada” (situação jurídica a que chega a sentença após o decurso do prazo em que era cabível sua rescisão), imunidade esta que decorreria da chamada “eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal”. Assim sendo, a revisão criminal nenhum reflexo teria sobre os efeitos civis da sentença rescindida, e não seria possível repetir-se aquilo que já tivesse sido pago.⁴⁸

Apesar de parecer razoável, além de isonômico por tratar igualmente a vítima que optou entrar com a ação civil *ex delicto* tanto de conhecimento como executória, não podemos olvidar que apesar de possuir efeitos cíveis a sentença é penal, e é regida pelas regras do CPP, não sendo possível decidir que código irá regular qual parte da sentença com base na matéria que ela trabalha. Seria o mesmo que afirmar que a ação civil *ex delicto* de conhecimento está sujeita à revisão sem prazo porque o fato ilícito é um

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, volume II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 180.

crime. A opção por cada via tem suas vantagens e desvantagens, cabendo ao autor optar pela mais conveniente, sob pena de se criar um “Frankenstein” de opiniões.

Conforme veremos adiante, Cabral ainda sugere que a sentença não pode transitar em julgado, sendo passível ainda de redução em seu valor mínimo. Fica evidente, destarte, a confusão e dissenso doutrinário sobre o assunto, devido a vacância legal sobre o tema. A visão mais razoável hodiernamente, todavia, é aquela que busca a melhor eficiência do processo, buscando sanar tudo aquilo que foi, observando sempre a máxima *pas de nullité sans grief*. Ou seja, mesmo que o processo resulte em absolvição, seria melhor utilizar as provas já apresentadas e contraditadas sempre que possível. Além disso, o trânsito em julgado deve ser flexibilizado para evitar conflitos graves entre as instâncias, conforme trabalharemos abaixo.

2.5 Da coexistência das ações

Um problema grave pode surgir da coexistência das ações: a ação civil pode transitar em julgado com a negativa do direito e posteriormente o réu pode ser condenado na ação penal. Sobre essa grave questão trabalha Gonçalves, com a posição que nega a execução:

Cumpre examinar se a sentença penal condenatória transitada em julgado poderá ser executada na esfera cível, apesar da sentença de improcedência, transitada em julgado. A matéria é controvertida. Humberto Theodoro Júnior e Sálvio de Figueiredo Teixeira entendem que a sentença penal, por si só, é bastante para ensejar a execução, ainda que exista sentença civil em contrário. Mas não nos parece ser essa a melhor solução, por duas razões: a) a coisa julgada ter-se-á formado primeiro na esfera cível, e a sentença penal não poderá contrariá-la, no que pertine à obrigação de indenizar, não reconhecida por sentença anterior; b) a sentença civil julgou especificamente a questão da indenização. A execução civil da sentença penal condenatória encontrará óbice na autoridade da coisa julgada material, que reveste a sentença civil de improcedência. Enquanto esta não for rescindida, aquela não poderá embasar a execução cível. Nesse sentido, a opinião de Sérgio Shimura.

Tal visão formalista não pode prosperar. O problema é facilmente sanado se a sentença ainda estiver no prazo para a ação rescisória. Todavia, se for posterior, ainda deve ser possível executar o valor já arbitrado ou liquidar a sentença genérica. Em qualquer das possibilidades possíveis, deverá prevalecer a sentença penal, pela presença que esta goza de ter sido efetuada com maior cautela, maior direito de defesa do réu e bem mais instrução probatória do que a sentença cível, dado o caráter estritamente subsidiário e de *ultima ratio* deste direito que demanda mais cautelas do que o juízo cível. Destarte, é irrazoável negar um direito apenas por uma formalidade, ante a lógica de que quem pode prender pode também efetuar uma simples constrição patrimonial. É o bom e velho quem pode mais pode menos. Igualmente, com o mesmo sentido temos Pacelli⁴⁹:

A *ratio essendi* do apontado dispositivo legal pode ser facilmente identificada. Tratando-se de julgamento de um mesmo fato e da mesma causa de pedir, a busca de uma única solução para ambas as instâncias deve passar necessariamente pelo modelo processual para o qual sejam previstas menores restrições à prova e em que o grau de certeza a ser obtido na reconstrução dos fatos seja elaborado a partir de provas materialmente comprovadas. Por isso, o caminho a ser escolhido deve ser o do processo penal.

Para evitar tal desnecessário imbróglio, temos a possibilidade de suspensão da ação temos que “trata-se de faculdade do julgador, mas que, em hipótese alguma, pode exceder o prazo de um ano (CPP, art. 64, parágrafo único c/c CPC, art. 265, IV, a e § 5º)⁵⁰”. Entretanto, se no caso concreto existirem fundadas dúvidas sobre a possibilidade de absolvição do réu deve ser privilegiada a regra do CPP que não impõe prazo, para evitar o conflito entre o âmbito civil e penal. Todavia, inexistindo possibilidade de julgamentos contraditórios, mormente quando a tese defensiva mesmo que provida resultaria em uma indenização civil não existe motivo para suspender o processo. O STJ⁵¹ também se filia a este entendimento, conforme evidencia o caso abaixo em que a defesa utilizou a tese de legítima defesa putativa:

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

⁵¹ STJ. REsp. 47246/RJ, Rel. Min. Costa Leite, 3ª Turma, j. em 30/08/1994, p. no DJ de 27/03/1995. Disponível em:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. HOMICÍDIO. PENSÃO. DANO MORAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA.

A suspensão do processo, na hipótese de que trata o art. 110, do CPC, é facultativa, estando entregue ao prudente exame do juiz, em cada caso, que deve ter em linha de conta a possibilidade de decisões contraditórias. Impossibilidade de decisões contraditórias na espécie vertente. Ainda que admitida a tese de legítima defesa putativa, subsistiria a obrigação de reparar o dano, visto não ser caso de exclusão de ilicitude.

Conforme consta do acórdão recorrido no caso em tutela, não é preciso suspender o trâmite “sendo inuvidosa a existência do fato delituoso, bem como a sua autoria”, e “só deve ter lugar quando a verificação da existência do fato delituoso se erigir como questão prejudicial necessária ao conhecimento da lide.” A posição do STJ é extremamente coerente, como já trabalhado, pois o processo criminal possui enorme mora e após esta, o réu condenado pode não ter como pagar ou mesmo desaparecido com seus bens com enorme facilidade, dado o largo prazo. É justamente por esse motivo que a lei prevê a possibilidade da vítima esperar a ação penal ou entrar logo com o processo cível. Somente se deve efetivar a suspensão, destarte, quando existente fundada dúvida quanto a culpabilidade do réu. Presente o arcabouço probatório e o *fumus boni iuris*, não existem motivos para a suspensão, pela improbabilidade de conflitos entre os juízos distintos. Mas se existir dúvida, mesmo que pequena, é mister que o magistrado atue com a devida cautela para evitar conflitos complexos de serem sanados diante da falta de previsão legal e pluralidade de opiniões doutrinárias.

2.6 Da legitimidade e da competência para a execução

Conforme previsão legal expressa no artigo 63 do Código de Processo Penal compete à vítima e aos seus herdeiros executar os valores em ação civil *ex delicto*. Todavia, extraordinariamente, pode o Ministério Público

executar o título judicial, caso sejam pobres a vítima ou os herdeiros e assim o requeiram, conforme o art. 68⁵² do CPP. Ocorre que a hodierna ordem Constitucional deslocou para a Defensoria Pública a defesa dos necessitados⁵³. Entretanto, atentos à falta de efetividade do comando constitucional entendem os tribunais superiores que nos locais em que não exista defensoria instituída ou apta a atuar apropriadamente como demandante em benefício dos legalmente legitimados, pode o parquet atuar como polo ativo na demanda. É o que a doutrina convencionou denominar de inconstitucionalidade progressiva ou temporária, que não se materializa enquanto o poder público se manter inerte em executar as ações necessárias para o cumprimento apropriado do direito. Nesse sentido temos o julgado do Superior Tribunal de Justiça⁵⁴:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO EX DELICTO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFENSORIA PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS À COMUNIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA. – A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à legitimação extraordinária do Ministério Público para promover, como substituto processual, a ação de indenização ex delicto em favor do necessitado quando, embora existente no Estado, os serviços da Defensoria Pública não se mostram suficientes para a efetiva defesa da vítima carente.

O Supremo Tribunal Federal também se posiciona na mesma posição, conforme vemos nos julgados desde 1994, no RE 135.328⁵⁵, cuja didática ementa deve ser integralmente transcrita para demonstrar a incomum lógica argumentativa simples, que é escolher a opção “menos ruim”, ou seja, já que não existe o órgão que deveria fazer a função constitucional por

⁵² Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

⁵³ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

⁵⁴STJ AgRg no Ag 509967, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 12 dez. 2005, p. no DJ de 20 mar. 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200300243642&data=20/3/2006> Acesso em 29 dez. 2013.

⁵⁵ STF, REx 135.328/SP, Rei. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.06.1994, p.no DJ de 20.04.2001; Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28135328%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lfm3a5k>> Acesso em 29 dez. 2013.

incompetência do poder público, não se deve escolher a opção que cause prejuízo ao autor apenas para seguir a literalidade da carta constitucional, mormente se inexistir prejuízo ao réu, sendo necessário priorizar a função do processo e não regras criadas até de boa intenção, mas que desconsideram a realidade de nosso país:

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). **INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA** - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. (grifos nossos)

A mais recente jurisprudência do STF⁵⁶ encontrada ainda se manteve no mesmo sentido, levando a crer que tal posicionamento se manterá, até porque não existem motivos para limitar o número de pessoas que podem buscar justiça, sendo tal ação limitadora do acesso à justiça em detrimento daqueles com menos recursos. O STF, entretanto, em casos similares⁵⁷, como a internação compulsória de um alcoólatra, vem se posicionando mais pelo lado formalista, em detrimento do pragmatismo, da economia e eficiência do

⁵⁶ STF, RE 341.717/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10-6-2002, p. no DJ 01 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609037>> Acesso em 29 dez. 2013.

⁵⁷ STF, RE 496.718-9 RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 ago. 2008, p. no DJ 31 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558659>> Acesso em 29 dez. 2013.

processo, além da função social deste, conforme o voto divergente do Min. Marco Aurélio. A razão pelo qual se permite que o Ministério Público atue é para levar em conta o interesse público. O STJ já se pronunciou sobre o assunto afirmando que “tal diretriz terminou por prevalecer, considerando sobretudo que a questão deve ser dirimida tendo em conta o interesse público, ou seja, garantir o acesso do cidadão à Justiça.”⁵⁸ O mais importante em qualquer processo deveria ser facilitar o acesso à Justiça, mas não é isso que se verifica no caso concreto, pois a visão exacerbadamente legalista ainda está “impregnada” no meio jurídico, e muitas decisões são feitas sem a necessária ponderação dos aspectos negativos que irão trazer.

E ainda existe uma legitimidade ainda mais extraordinária do parquet que segundo o STJ⁵⁹ independe de qualquer outra formalidade, que é discutir o valor mínimo a ser fixado. Cabral, todavia, discorda dessa posição, afirmando que tal legitimidade recursal apenas poderia competir se o Ministério Público possuísse a capacidade de interpor a própria ação *ex delicto*, pois é “vedado pela Constituição da República que o Ministério Público patrocine causas individuais disponíveis.”⁶⁰ Todavia, tal posição não leva em consideração a função social do Ministério Público, devendo sempre o foco principal ser a justiça e não seguir à risca a interpretação mais restritiva do artigo 127⁶¹, pois neste não consta o termo apenas. A falta de inclusão dos

⁵⁸ STJ AgRg no Ag 509967, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 12 dez. 2005, p. no DJ de 20 mar. 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200300243642&data=20/3/2006> Acesso em 29 dez. 2013

⁵⁹ STJ RESPE1176708/RS, Rel. Ministro Sebastião Nunes Júnior, j. em 12.06.2012, p. no DJ de 20.06.2012 Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1150613&num_registro=201000100227&data=20120620&formato=PDF> Acesso em 29 dez. 2013.

⁶⁰ CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf>. Acesso em 22 de dez. 2013, p. 312.

⁶¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁶¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

direitos disponíveis não quer dizer automaticamente que não possa o Ministério Público atuar excepcionalmente, até mesmo para a economia processual e agilidade, aumentando a eficiência do sistema, pois não faz sentido no final do processo trocar o agente que atuou em todo o processo por um novo que terá que analisar praticamente todo o processo novamente. Exceto, é claro, para os réus que não querem reparar o dano causado e que ficam bem mais resguardados quando a vítima tem que ter todo o trabalho de ir atrás ser indenizada. Não é surpresa, destarte, que os advogados sustentem inclusive que deve existir pedido expresso na inicial para o juiz conceder a indenização. Nesse sentido, temos a posição de Nestor Távora⁶²:

O que se percebe, neste mister, é uma tentativa de adoção do sistema da confusão, onde a pretensão condenatória e indenizatória estariam veiculadas na mesma demanda. Até porque, não acreditamos que o magistrado possa reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento neste sentido. Não funcionaria com o um efeito automático da sentença condenatória, que até então apenas tornava certa a obrigação de indenizar. O magistrado não pode julgar *extra petita*, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória.

Quanto à competência esta é altamente privilegiada para o autor, que pode escolher entre o seu domicílio ou o do réu, por força do parágrafo único do artigo 100⁶³ do Código de Processo Civil ou ainda optar pelo local do fato, devido ao inciso V, alínea a do mesmo artigo⁶⁴. Nada mais, justo, pois além de ser vítima ainda teria que ir atrás do réu onde quer que esteja para ser indenizado?

⁶² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 227.

⁶³ Parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato.

⁶⁴ V - do lugar do ato ou fato: a) para a ação de reparação do dano;

2.7 Da execução provisória

Conforme já foi trabalhado, é inegável que os termos da lei requerem expressamente o trânsito em julgado para ser possível a execução **definitiva** de um julgado penal com a força de título executivo judicial, sem existência de responsabilidade pelo exequente em caso de erro oriundo do Poder Judiciário.

Entretanto, apesar de o CPC não prever expressamente a possibilidade de execução provisória de uma sentença penal, não possui também expressa limitação. A terminologia utilizada pelo CPC é aberta, o que não inviabiliza, portanto, que a execução provisória por este código trabalhada seja também aplicada ao processo penal, pois o código se limita a utilizar o termo sentença. Ressalte-se que o fato é controvertido e que a doutrina majoritária rechaça tal possibilidade, mas que a tendência moderna é a relativização do trânsito em julgado para evitar a injustiça que é o réu passar anos ou décadas solto interpondo recursos protelatórios até o processo prescrever.

Tal entendimento vai ao encontro da nova postura legal que busca indenizar a vítima de forma mais célere, mesmo que na quantia mínima. A lógica é simples: pouco é melhor do que nada, e o risco para o réu é reduzido. Efetuando uma interpretação sistemática, chegamos à conclusão que o ganho de tempo seria mínimo se valor fixado pelo juiz penal só pudesse ser executado com o trânsito em julgado, pois a liquidação é uma das etapas relativamente simples do processo.

Os requisitos legais para o início da execução provisória são simples, conforme visualizamos no §3 do art. 475-O do CPC⁶⁵. Diversos

⁶⁵ § 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:

I – sentença ou acórdão exequendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

recursos no processo penal não possuem efeito suspensivo como regra (pode ser concedido pelo relator, como é comum na prática). Diante da interposição de qualquer recurso que não tenha efeito suspensivo nem seja concedido, é possível a execução provisória. Vale citar que apenas não possuem efeito suspensivo o Recurso em Sentido Estrito para perda de fiança, concessão de livramento condicional, que denegar a apelação ou a julgar deserta⁶⁶, a apelação subsidiária feita pelo assistente de acusação⁶⁷, os recursos extraordinários e especial⁶⁸ e a carta testemunhável⁶⁹, que é uma forma de interpor o recurso denegado ou obstado.

A responsabilidade pela execução provisória é do exequente. Fica uma questão: e se este for o Ministério Público ou a Defensoria Pública? Deverá o Estado responder, em minha opinião. Aliás, deveria o Estado responder em qualquer situação, pois é o juiz que deveria verificar todo o processo antes de executá-lo com a cautela que deveria acompanhar sua elevada função e remuneração. Transferir tal ônus para a vítima desestimula a execução provisória e acaba causando ainda mais demora no processo. Um processo comum passa pela mão de um juiz e três desembargadores diversas vezes antes de ir para o STJ ou STF e a culpa por eventual falha é da parte que, como regra, não possui nenhuma formação técnica? Já no caso da parte possuir advogado a questão se torna mais controvertida, mas ainda assim, como regra, salvo em caso de má-fé, o Estado que deveria avaliar a demanda com maior cautela, pois o próprio número de agentes envolvidos na atividade jurisdicional é mais elevado, e a própria responsabilidade dos agentes. Em um mundo ideal os advogados se comportariam com a ética necessária oriunda da posição de

outorgadas pelas partes;

II – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

⁶⁶ CPP, Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

⁶⁷ CPP Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

⁶⁸ Lei 8038/90, Art. 27, § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

⁶⁹ CPP, Art. 646. A carta testemunhável não terá efeito suspensivo.

agentes indispensáveis à prestação jurisdicional, mas, como é cediço, não é isso que ocorre frequentemente, em que a ânsia de ganho pessoal leva ao uso de diversos atalhos para conseguir vencer em desfavor da real justiça.

O levantamento dos valores ou alienação dos bens arrecadados também exige caução se puder causar grave dano, que não é exigida até 60 salários mínimos, por estarmos tratando de ato ilícito, assim como em caso de crédito alimentar. Todavia, a abertura legal exige que o exequente necessite do dinheiro, fato que apenas dificulta a situação da vítima. Ademais, o limite demasiadamente objetivo também traz complicações em situações em que o valor exceda pouca coisa. Seria o caso de utilizarmos a mesma regra do precatória de dispensa do valor excedente, ficaria um resto a pagar posteriormente, ou caberia ao juiz liberar o valor? O mais razoável seria liberar o valor que a lei permite e o resto sob caução, para evitar excessos pelos juízes sem prejudicar o direito da vítima. Essas questões ainda não resolvidas sem dúvida irão suscitar diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, como é de praxe sempre que existe alguma vacância.

O conceito de “grave dano” é extremamente flexível, e essa abertura legal sem dúvida pode ser explorada para liberalizar mais a execução provisória sem caução. Em casos de ilícitos é dever do juiz ponderar quais os limites de “grave dano” aceitáveis ante o grave dano já causado pelo autor do crime.

Ademais, a própria lei em caso de execução provisória em que esteja pendendo agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça oriundo de negativa de admissão do recurso extraordinário ou do recurso especial. É uma forma do legislador deixar bem claro que chega uma hora que a decisão já se reveste de um certo grau de certeza que a parte possui uma legítima expectativa que não irá ser modificada mais. Temos no caso uma analogia que pode ser feita com o direito previdenciário, em que,

após uma confirmação da sentença pelo TJ existe uma legítima expectativa que será o vencedor. Assim decidiu o STJ⁷⁰:

PROCESSO CIVL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA QUE DETERMINA O RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO REFORMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A dupla conformidade entre a sentença e o acórdão gera estabilização da decisão de primeira instância, de sorte que, de um lado, limita possibilidade de recurso do vencido, tornando estável a relação jurídica submetida julgamento; e, de outro, cria no vencedor a legítima expectativa de que é titular do direito reconhecido na sentença e confirmado pelo Tribunal de segunda instância.

2. Essa expectativa legítima de titularidade do direito, advinda de ordem judicial com força definitiva, é suficiente para caracterizar boa-fé exigida de quem recebe a verba de natureza alimentar posteriormente cassada, porque, no mínimo, confia –e, de fato, deve confiar –no acerto do duplo julgamento.

Desta forma, seria razoável que o sistema permitisse a execução provisória sem caução sempre que a sentença fosse mantida por unanimidade, afinal, se um juiz e três desembargadores estão de acordo a chance de ser reformada a decisão é mínima. Deveria, destarte, ser possível a execução provisória da sentença penal tanto na esfera criminal como na cível, sendo o Estado responsável por eventuais erros. Seria demandada a caução apenas se a execução provisória fosse da decisão do juiz de primeira instância, pois esta é dotada de notória precariedade. Assim temos o melhor dos dois sistemas, pois a vítima pode receber logo caso tenha, após cautelosa análise da sentença de primeiro grau percebido pouca ou nenhuma chance de reforma sem extrapolar o direito do réu ao recurso.

Ademais, tal sistema de responsabilidade oneraria o magistrado evitando decisões levianas, evitando as incontáveis reformas de decisões errôneas feitas pelas cortes superiores, permitindo que as mesmas exercessem

⁷⁰ STJ, EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.086.154 -RS (2012/01439-1), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/11/2013 (Info 536). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201143931&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 02/09/14.

suas funções reais: o STJ deveria ser uma corte uniformizadora e o STF uma corte constitucional, mas devido à sobrecarga de processos em que atua como simples revisora não é essa a hodierna realidade.

2.8 Dos Coobrigados

Quanto à possibilidade de execução dos coobrigado, esta é uma situação em que boa parte da doutrina defende que mesmo que este tenha participado do processo, não é possível sua execução diretamente, devendo a este ser dado a possibilidade de discutir tudo, conforme já foi exposto acima. Aponta a doutrina que um entendimento contrário violaria a ampla defesa e o contraditório. Ocorre que muitos dos fatos já foram amplamente discutidos no processo penal, sendo um desperdício de atividade jurisdicional. A verdade é que em alguns casos o ponto mais relevante é apenas se existe ou não responsabilidade e a questão é muito mais de direito do que fática. A lista de entes obrigados pelas ações de outrem é bem diminuta, apesar das cláusulas genéricas do Código Civil⁷¹. Ademais, não se pode questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal, conforme explícito no art. 935 do Código Civil. Não existe asterisco no código em relação ao coobrigado e isto nem faz sentido, afinal seria um absurdo conflito uma ação penal reconhecer o fato ou

⁷¹ CC 2002, Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

a autoria e a de conhecimento para reconhecer a responsabilidade do coobrigado negar tais coisas. Ou seja a lei é expressa mas mesmo assim a doutrina busca invocar princípios que meramente protelariam o processo desnecessariamente.

Um caso comum é a responsabilidade do pai pelos atos infracionais do filho menor adolescente. O único ponto que é controvertido é se o filho estava sob autoridade e companhia do pai. Uma questão relativamente simples e que poderia facilmente ser incluída no processo criminal. Diante desse fato, não existe sequer necessidade de um novo processo, bastaria citar o eventual responsável para apresentar uma “contestação” mais ampla no próprio processo de execução civil, uma criação jurisprudencial da mesma forma que as exceções de pré-executividade foram desenvolvidas. Seria, destarte, uma “exceção de pré-executividade” com ainda mais liberalidade, pois permitiria ampla discussão daquilo que a lei permite que seja controvertido.

2.8.1 Do empréstimo das provas no processo dos coobrigados

Como regra, a prova para o juiz julgar em um processo deverá ser produzida no mesmo processo. Todavia, é possível que seja a prova emprestada. “Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo sob a forma documental.”⁷² Os principais motivos que autorizam seu uso são a economia processual e busca da verdade possível uma vez que nem sempre será possível produzir a prova novamente.

Entretanto, a doutrina não é unânime em relação a tal possibilidade, conforme Daniel Neves leciona:

⁷² DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2.** Salvador: Juspodivm, 2012, p. 51

Apesar da inegável importância da possibilidade aberta às partes de se aproveitarem de prova já produzida em outro processo, há corrente doutrinária que afirma ser imprescindível que a prova tenha sido produzida entre as mesmas partes, sob pena de infração ao princípio do *contraditório*. A lição deve ser admitida com reservas.⁷³

Para evitar violar tal princípio, apenas em último caso os juízes utilizam a prova emprestada, geralmente quando não existe mais possibilidade de influência da parte ou quando é impossível reproduzir a prova (caso em que deverá ser aceita com certa reserva, pois a parte poderia impugnar algo na prova). Essa é a posição majoritária na doutrina. Todavia, assim como no caso da nulidade das provas, tal posição vem se modificando por uma postura mais pragmática. A evidência de tal fato é o recente julgamento do STJ que adota uma postura mais liberal no uso da prova emprestada, apenas negando seu uso se existisse uma real possibilidade da parte impugnar a prova, **mesmo que não tenha sido parte no processo originário**. É o que vemos na ementa do recente julgamento:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA

9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processo em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto.

10. Independentemente de haver identidade das partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra prova e de refutá-

⁷³ NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2013, p. 430-1

la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.⁷⁴

A mesma lógica pode e deve ser utilizada no caso de provas oriundas de processos criminais para processos civis. Ademais, nada impede também, em princípio, como regra genérica similar, que sejam aproveitados os julgados incontestáveis para a execução dos coobrigados. Este é o ponto que desejávamos chegar com tal linha de raciocínio, desde que não fique impossibilitado um eventual contraditório, caso exista alguma chance de sucesso.

2.9 Da coisa julgada da indenização na sentença penal e dos recursos

A doutrina diverge também sobre o efeito final ou não da sentença condenatória em relação ao mínimo arbitrado. Didier⁷⁵ defende que os valores mínimos são finais quando alguns critérios são seguidos pelo juiz:

Tendo em vista tudo isso, parece realmente que a melhor solução é atribuir força de coisa julgada ao valor mínimo estabelecido pelo juízo penal. Se havia elementos para a fixação do valor, se houve contraditório, se era admissível o recurso, não tomar estável essa decisão é enfraquecer demais a regra, que passaria a ter pouca ou nenhuma utilidade. A regra, ao contrário, em vez de facilitá-la, dificultaria a reparação civil em razão do delito pois daria ensejo a uma discussão sobre a correção ou não do valor mínimo que foi fixado. Essa interpretação, então, esvaziaria toda a potencialidade da regra. Por isso, entendemos que, respeitados os pressupostos aqui apresentados, e havendo o trânsito julgado, há coisa julgada material em relação ao valor mínimo da indenização fixado na sentença penal condenatória.

Sendo a ação penal privada, se não houver recurso da vítima (que é o autor da ação) para majorar o valor, haverá coisa julgada, ressalvados os fatos ou elementos supervenientes (ou novas provas que não foram ou não puderam ser produzidas no processo criminal) que demonstrem a necessidade de ser majorado o valor.

⁷⁴ STJ. Corte Especial. EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014 (Info 543). Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327867&num_registro=201102882939&data=20140617&formato=PDF> Acesso em 10/09/14.

⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; et. al. op.cit., p 173.

Já Cabral⁷⁶ defende que não se pode falar em coisa julgada material, mormente diante da falta de necessidade de pedido para o juiz conceder a indenização. Discordo dessa posição, pois conforme Didier afirma, acabaria por inutilizar a decisão do juiz penal e daria abertura para ainda mais recursos no processo. O argumento de que a exacerbação ficaria sem recurso também não pode prosperar, pois sendo o juiz obrigado a estipular apenas o mínimo, cabe ao réu recorrer, e com o enorme número de recursos disponíveis no processo penal, é difícil que uma arbitrariedade seja cancelada. Alegar que não pode a decisão transitar em julgado por medo de arbitrariedades seria congelar a justiça, pois sempre existe esse risco. No processo civil existe a ação rescisória e não existem motivos para não caber a revisão criminal para os valores, pois não existe vedação legal, sendo ainda mais vantajoso para o réu, pois esta não possui prazo algum.

Quanto aos recursos diz Capez⁷⁷ que:

Caso o réu não concorde com o valor arbitrado na sentença, deverá questioná-lo no recurso de apelação. A impugnação parcial da sentença, nesse caso, não impedirá a execução da pena. Importante notar que haverá questionamentos acerca da possibilidade de o Ministério Público impugnar a sentença no tocante à indenização fixada, sendo cabível sustentar que somente poderá fazê-lo quando legitimado a propor ação civil ex delicto (CPP, art. 68).

Não existe lógica nem previsão legal que possa limitar a ação ministerial, pois o Ministério Público como fiscal da lei tem o dever e o poder de sempre buscar o seu correto cumprimento. Destarte, não existe vedação que o parquet recorra contra o réu e nem a favor do réu, se julgar o valor excessivo.

⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. **Revista da EMERJ**, v. 13, n° 49, 2010. Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf>. Acesso em 22 de dez. 2013, p. 314.

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

2.10 Da Prescrição

O Código Civil em seu artigo 200 dispõe que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, **não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.**” Não existe o que se interpretar nesse texto, pois um crime sempre deve ser apurado no juízo criminal e o artigo não contém nenhuma cláusula restritiva como “apenas” ou “somente”, mas é claro que muitos litigantes profissionais não tem o mínimo de respeito a boa-fé e tentam se utilizar de qualquer argumento para protelar o processo. *In casu*, vejamos o RESPE⁷⁸ abaixo julgado pelo STJ, em que a Fazenda de São Paulo tenta alegar a prescrição quinquenal para não pagar pensão para a mãe e à viúva de um homem assassinado por um PM:

RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. RESPONSABILIDADE. ESTADO. SENTENÇA CRIMINAL. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO.

1. No caso vertente, ação indenizatória foi proposta em 04.10.2002, em face de homicídio perpetrado por policial militar em serviço, conforme consignado em sentença penal, com trânsito em julgado em 23.10.2001.

2. A coisa julgada na instância penal constitui o termo inicial de contagem da prescrição, da ação indenizatória, em face do Estado.

Igualmente, a prescrição também não corre contra a União. Em um caso de estelionato contra o Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha⁷⁹, com base em falsa procuração, efetuado em 1993. A juíza de primeiro grau entendeu que ocorria a prescrição quinquenal contra o Estado, que propôs a ação em 2004, o que reduziria bastante o valor a ser ressarcido.

⁷⁸ STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.148.469 - SP (2009/0031526-5). RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA. SEGUNDA TURMA, Julgado em 06 de maio de 2010, Publicado no DJ 17/05/2010. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1148469_SP_1274790829293.pdf?Signature=FkWLwirvRgNYGo%2FCcre9Mtfgr4%3D&Expires=1388003885&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf> Acesso em 25 dez. 2013.

⁷⁹ TRF-2. APELREEX 200451010196782 RJ 2004.51.01.019678-2 Relator(a):Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO. SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA. Julgado em 06/06/2012, E-DJF2R, 27/06/2012 p. 597/598. Disponível em:

<<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108710/1/154/408047.rtf>> Acesso em 25 dez. 2013.

Todavia, na apelação a União venceu pois ocorreu o trânsito em julgado do estelionato 2 anos após a propositura da ação de indenização, em 2006. A dúvida fica: e se não existisse a ação criminal? Continuará sem correr a prescrição? Meu entendimento é que sim, pois o artigo 200 não exige a existência do processo criminal, apenas que o fato deva ser apurado neste. O termo inicial, destarte, deve ser a prescrição do delito no caso de não existir ação criminal.

O prazo é de 3 anos por se tratar de pretensão de reparação civil, previsto no artigo 206, §3, V do Código Civil, a ser contado da sentença penal seja absolutória seja condenatória. Mas e se não foi iniciada ação alguma? Nesse caso, entendo que apenas após a prescrição da pretensão punitiva é que se inicia o prazo de três anos.

No caso da prescrição da pretensão executória não se pode falar em perda do direito de executar o título antes dos três anos, pois tal modalidade prescritiva não termina os efeitos extrapenais da condenação. Este caso, apesar de improvável não é impossível, pois a pena de multa pode prescrever em um ano por exemplo, se aplicada contra menor réu menor de 21 anos na época do crime ou maior de 70 na da sentença, assim como nas penas de até dois anos que prescreveriam em dois anos nestas condições.

Apesar de improvável, ainda era possível até recentemente se pleitear uma ação civil *ex delicto* com o prazo prescricional anteriormente previsto no Código Civil de 1916 de 20 anos, por ser uma ação pessoal⁸⁰. O código atual em seu artigo 2028⁸¹ determina que se mais da metade do prazo antigo já passou na data da entrada em vigor este irá continuar se for menor o atual. O código moderno foi publicado em 11 de Janeiro de 2002, com a

⁸⁰ Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 1955)

⁸¹ Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

cláusula de entrada em vigor 1 ano após sua publicação. Como o artigo 8, §1⁸² da Lei Complementar 95 rege a contagem do prazo, temos que a entrada em vigor do novo código ocorreu às 00:00 do dia 12 de Janeiro de 2003. Todas as ações transitadas em julgada até 10 anos antes daquele segundo irão seguir o prazo vintenário do código antigo. Ou seja, todas as ações cujo trânsito ocorreu até às 23:59 do dia 08 de janeiro de 1993 prescreverão com o prazo de 20 anos (pois dia 10 era domingo e a prescrição apenas começa no dia seguinte, e a nova lei exige **mais da metade do prazo**). Nesse sentido, temos o seguinte julgado do TJ-RS⁸³. Logo, até o dia 09 de janeiro de 2013 era possível apresentar uma petição inicial com pedido de ação civil *ex delicto* com base em ilícito efetuado talvez 40 ou 50 anos antes, pois a ação criminal deverá suspender o prazo prescricional. Atualmente, apenas a mora no juízo criminal é que regula o tempo para a prescrição antes do trânsito em julgado, cujo termo inicial a meu ver deve ser ou o trânsito em si, seja absolutório por qualquer razão, inclusive prescrição da pretensão punitiva mesmo sem ação, ou condenatório.

Já as ações com trânsito posterior ao dia 08 de janeiro de 1993 prescreverão com o prazo de 3 anos contados da entrada em vigor do novo código, pois se não ocorrer a passagem do prazo de maior do que 10 anos antes da entrada em vigor do novo código deverá ser aplicada a lei nova, tendo

⁸² § 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

⁸³ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE FILHO. DANO MORAL. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E TERMO INICIAL. REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. QUANTUM DA REPARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Prescrição na ação “ex delicto”: o prazo prescricional para a ação “ex delicto” é contado a partir do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. Em se tratando de decisão prolatada sob a vigência do Código Civil de 1916, o prazo prescricional aplicável é de 20 (vinte) anos, a exemplo do que ocorria com as demais demandas indenizatórias. Aplicação do art. 2.028 do Código Civil.

TJ-RS. Apelação Cível 70042389619, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, 12ª Câmara Cív., j. 13/02/2012, p. DJ de 15/02/2012. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpSUy9JVC9BQ183MDA0MjM4OTYxOV9SU18xMzI5NDkxOTc2MTI0LmRvYw%3D%3D>> Acesso em 26 dez. 2013

todas prescrevido no dia **13** de janeiro de 2006, pois segundo o art. 132⁸⁴ do CC não se conta o dia 12 de janeiro de 2003, iniciando no dia 13 e o prazo em anos encerra no mesmo dia de início conforme o parágrafo terceiro do mesmo artigo. Com a mesma linha de raciocínio, temos o seguinte acórdão⁸⁵:

A questão apresentada ao Judiciário - que, sob a égide do Código Civil de 1916, aplicável ao caso, prescreveria em 20 (vinte) anos, mas, em face da nova legislação, prescreve em 10 (dez) anos - requer aplicação da regra de transição contida no art. 2.028 do Código Civil de 2002. Deste modo, não transcorrido mais da metade do prazo prescricional quando da entrada em vigor do Código Civil atual (11 de janeiro de 2003), aplicável o prazo prescricional previsto no novo diploma, que deve ser contado a partir da data de sua entrada em vigor.

Vale citar que o acórdão colocou o dia errado como data de vigência do novo código, pois a contagem inclui a data da publicação (11/01/2002) e o último dia (11/01/2003) entrando em vigor no dia **seguinte ao da consumação integral**, lembrando que o prazo em anos termina no mesmo dia que iniciou.

Um caso peculiar ocorreu quando o STJ⁸⁶ avaliou o provável assassinato de um dissidente político durante a ditadura militar. No caso em questão, se buscou utilizar de todos os argumentos possíveis para transformar em imprescritível a ação, mesmo sem nenhuma previsão legal, conforme vemos na ementa abaixo:

⁸⁴ Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

§ 1o Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.

§ 2o Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.

§ 3o Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.

§ 4o Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.

⁸⁵ TJ-RS Apel. Cív. 70051947190, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, 8ª Câm. Cív., j. 07/02/2013, p. DJ de 14/02/2013. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2013&codigo=133038> Acesso em 26 dez. 2013.

⁸⁶ STJ- AgRg no RESP 1056333 RJ 2008/0100159-6, Rel. Min. DENISE ARRUDA, 1ª Turma, j. 25/05/2010 p. DJe de 18/06/2010. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1056333_RJ_1278545292123.pdf?Signature=SbqmQ4rfFzRlevrGIEWeH9i3sll%3D&Expires=1388085250&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 26 dez. 2013.

4. No sub examinem, a Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, anistiou todos aqueles que praticaram "crimes políticos" e os que perpetraram condutas conexas a esses "crimes", e, aí, entenda-se a prática de tortura, e, via de consequência, impediu que essas pessoas fossem processadas. Por isso, sem a deflagração do termo a quo da prescrição, é evidente que não há falar no aperfeiçoamento do instituto em comento

5. A jurisprudência de ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ é firme no sentido de que, na hipótese de ação indenizatória *ex delicto*, o prazo prescricional do direito de pleitear a reparação começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes: AgRg no Ag 951.232/RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 5 de setembro de 2008 e REsp 907.966/RO, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 9 de abril de 2007.

6. *Ad argumentantum tantum*, as assertivas de que a Constituição Federal faz expressamente constar todas as hipóteses de imprescritibilidade, sendo que, dentre elas, não está prevista a indenização pelos atos praticados no regime de exceção, é inarredável. Sucede que essa questão deve ser relegada a segundo plano, já que a nova ordem de interpretação principiológica da Lei Fundamental, à luz do pós-positivismo, sinaliza que a solução do litígio, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, deve estar voltado para a quaestio apresentada, e não para a norma em si. Dessa forma, tendo em vista a gravidade do crime perpetrado e o bem a que se visa tutelar, não se pode interpretar a Carta de 1988 em *numerus clausus*.

É extremamente problemático um caso desses. Porque um assassinato político é uma grave violação dos direitos fundamentais e um assassinato comum não é? Porque quando é um dissidente político é imprescritível e quando é um pobre na cadeia o prazo é de 3 anos? Esse visível desigualdade e falta de isonomia evidencia a ausência de sentido da prescrição com curtos prazos e as injustiças que o instituto comete. Assim, nos casos que chamam a atenção da mídia como o supracitado mil e um princípios magicamente aparecem para fazer justiça, mas naqueles que ninguém liga, é só dizer que prescreveu já que pelo visto a justiça é irrelevante exceto quando chama a atenção. Sem dúvida que a prescrição existe para evitar processos de má-fé em que uma das partes poderia utilizar do decaimento das provas a seu favor. Mas esta deveria ser a punição da parte que espera demais, devendo ver seu caso cair por falta de provas caso estas atualmente decaiam, com um processo que levasse em conta o tempo e seus resultados na incapacidade de defesa caso este fosse um fator, mas não perder o direito porque o tempo passou mesmo com a prova evidente.

3 A AÇÃO CIVIL *EX DELICTO* NA JURISPRUDÊNCIA – A DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

3.1 Das características das ações e do dano

Conforme já trabalhamos, existe certa divergência doutrinária sobre a possibilidade de fixação de danos morais quando um delito violar os direitos da personalidade, o que, no meu entendimento, ocorre sempre. Não existe dano tão evidente como ser vítima de um crime, sendo um dano *in re ipsa*, que independe de prova para se tomar como verdadeiro. Sempre um ilícito penal será ilícito civil, mas a recíproca não é nem de longe verdadeira. O direito penal possui caráter *ultima ratio*, a última linha de defesa dos direitos, apenas devendo ser aplicado para aqueles bens jurídicos que são de importância tão grande que seja justificado o ato do Estado retirar o direito à liberdade daquele que atacar o bem tutelado. Nessa linha de raciocínio, é improvável que um crime não viole os direitos da personalidade da vítima, que fica acuada, amedrontada, insegura. Apesar disso, não é impossível, mas para contornar essa presunção é necessário que o réu faça a prova, pois é um fato notório o dano causado, sendo independente de prova, por força do art. 334, I do CPC. Afinal, o ônus da prova incumbe “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”⁸⁷ Dessa forma, por desnecessitar maior instrução probatória, esse tipo de dano não necessita de maior ponderação do juiz, podendo ser fixado um valor mínimo desde já pelo juiz penal. A doutrina mais moderna segue este entendimento. Todavia, existem divergências graves sobre a viabilidade de o juiz penal indenizar estes institutos mais complexos. Conforme expõe Cabral⁸⁸, a maioria da doutrina é contra a

⁸⁷ CPC, art. 333, II.

⁸⁸ Ainda que a lei não faça qualquer restrição, majoritariamente se tem entendido não ser possível a fixação de valor mínimo a título de danos morais na sentença condenatória penal. Tal ilação, se não decorre da letra da lei, talvez seja tributária da tradição da doutrina do processo penal ao estudar a ação civil *ex delicto*, sustentando só ser cabível reparação civil quando o crime cause algum “prejuízo material”, o que excluiria os danos morais.

fixação desses danos alegando uma suposta complexidade destes. Não pode prosperar tal entendimento, mormente quando diante do dano moral *in re ipsa*⁸⁹ ou do lucro cessante simples (como um taxista que fica sem trabalhar por lesões corporais), pois diante da clara evidência do dano causado basta o juiz estipular o mínimo usualmente concedido e deixar para o juiz cível na liquidação ampliar os valores, no atual sistema. Igualmente temos o posicionamento de Pacelli⁹⁰:

Quando, porém, o dano causado pela infração penal atingir o patrimônio moral do ofendido, isto é, aqueles valores atinentes à dignidade, à individualidade e à personalidade da vítima, expressões culturais da própria comunidade social, dar-se-á a reparação civil do ilícito, tal como ocorre, por exemplo, nas chamadas ações de danos morais, seja em proveito do próprio ofendido, quando o dano é dirigido diretamente a ele, seja em favor de terceiros (filhos, cônjuge e sucessores), na hipótese de morte daquele.

No caso de atos ilícitos deve também ser levado em consideração o caráter punitivo-pedagógico da pena, o valor deve sempre ser relativamente maior do que em violações similares não criminais. Nesse sentido temos julgados do TJSP⁹¹, TJ-MG⁹² e muitos outros tribunais. Entretanto, a

CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf>.

Acesso em 22 de dez. 2013, p. 326.

⁸⁹ O dano moral dispensa prova objetiva, por presumir-se que a pessoa que tenha passado pela experiência de ser maltratada e ser presa indevidamente, sofra dissabores e tenha reações psíquicas adversas, pelo constrangimento experimentado.

TJ-MG, Apel. Cív. 103520301254750011 MG 1.0352.03.012547-5/001(1), Rel. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cív., j. em 02/06/2009, p. no DJ em 30/06/2009. Disponível em:

<<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5990762/103520301254750011-mg-1035203012547-5-001-1/inteiro-teor-12125644>> Acesso em 30 dez. 2013.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184.

⁹¹ TJ-SP, APL 9221204852008826 SP 9221204-85.2008.8.26.0000, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara Dir. Priv., j. em 16/10/2012, p. no DJ em 18/10/2012. Disponível em:

<<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22500008/apelacao-apl-9221204852008826-sp-9221204-8520088260000-tjsp>> Acesso em 30 dez. 2013.

⁹² TJ-SP, CR 4238524700 SP, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 6ª Câmara Dir. Priv., j. em 10/12/2009, p. no DJ de 21/12/2009. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/CR_4238524700_SP_1262884683557.pdf?Signature=ePUFK7wfgnRiQGcXFEPLeB0f085s%3D&Expires=1388436244&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf> Acesso em 30 dez. 2013.

⁹³ “Tem assim o instituto do dano moral caráter de pena, de reprimenda, de coibição a todo aquele que atrabiliariamente causar lesão à moral e à honra do ofendido...”

justificativa apresentada é que varia enormemente, dada a pluralidade doutrinária sobre o tema. A proposta oferecida pelo presente trabalho é uma justificativa que se aplica a todos os casos, conforme veremos abaixo.

3.2 O direito à paz e o dano moral

A justificativa da existência de um instrumento jurídico é um estudo da maior importância. Entender os motivos que fazem existir tal sistema, e seus efeitos práticos ajudam a compreender a função do direito. Quanto aos danos morais e seu alcance, a discussão é farta e ampla na doutrina. Pretendo adentrar neste tema demonstrando as posições históricas mais notórias e brevemente apenas, especialmente porque muitos usam argumentos sem muita sequência lógica. Não quer dizer que sejam incorretos, e sim que falta maior construção e fundamentação. Pretendo apresentar uma teoria, mais ampla, que engloba todos os atos ilícitos e demonstra porque todos devem ser punidos com danos morais, de forma automática, salvo excepcional prova em contrário.

Fazendo breve regresso histórico, vemos que Maria Helena Diniz, por exemplo, assim como muitos outros, fazia uma leitura restritiva dos danos morais defendendo que os danos morais apenas englobavam as mais graves violações ao direito de personalidade, atualmente defende sua maior aplicação. Ainda hodiernamente tal trecho abaixo é utilizado por advogados, que querem restringir o uso do instituto quando seu cliente é réu:

O dano moral vem a ser a lesão a interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo. (...) Urge lembrar,

“...deve representar uma satisfação capaz de neutralizar em parte o sofrimento impingido, proporcionada em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa da vítima, e que, por outro lado, possa produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado.”

TJ-MG, Apel. Cív. 103520301254750011 MG 1.0352.03.012547-5/001(1), Rel. Cabral da Silva, 10ª Câm. Cív., j. em 02/06/2009, p. no DJ em 30/06/2009. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5990762/103520301254750011-mg-1035203012547-5-001-1/inteiro-teor-12125644>> Acesso em 30 dez. 2013.

ainda, como diz Zannoni, que o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem a conseqüência do dano. (...) O Direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. (...) Não se paga a dor sofrida, por ela ser insuscetível de aferição econômica, pois a prestação pecuniária, no nosso entender, teria uma função meramente satisfatória, procurando, tão-somente, suavizar certos males, não por sua natureza, mas pelas vantagens que o dinheiro poderá proporcionar, compensando até certo ponto o dano que foi injustamente causado.

94

Alguns defendiam, também, antes da CF/88, que por seu caráter punitivo os danos morais eram cabíveis no ordenamento nacional por serem mais punitivos do que ressarcitórios, pois o quantum é incalculável. Por ser de difícil cálculo, ditavam que o caráter era eminentemente punitivo e não indenizatório, o que caracterizaria enriquecimento sem causa.

Existem também os que defendiam que a punição e o exemplo à sociedade no nosso ordenamento é privilégio do direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça. Ocorre que este princípio é do direito penal, não sendo aplicável *ipsis litteris* a outros direitos. Além do que o dano moral não é uma punição *strictu sensu* no sentido atual e sim possui caráter punitivo e pedagógico a ser computado em seu cálculo, sendo uma complementação ao dano moral em si, um método de estimar melhor o cálculo incorporando o caráter dissuasório. A função primordial é reparar a violação a um direito da personalidade, seja física ou jurídica. O argumento também que pelo valor ser difícil de estipular não deve ser dado nada é tão falacioso quanto absurdo, não podendo a justiça eximir-se de agir apenas porque é difícil de chegar a um *quantum* preciso.

Sendo assim, temos a moderna tese de doutorado de Maria Celina Bodin de Moraes que contradita os argumentos contrários aos danos morais já apresentados em termos similares com maior desenvoltura, e

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. **Revista Literária de Direito**, n. 9, ano II, fevereiro de 1996, Editora Brasileira Ltda., São Paulo-SP, p. 8.

apresenta algumas sugestões mais modernas, trabalhando o histórico dos diversos tipos de indenização⁹⁵:

Nessa ótica, vários critérios razoáveis foram propostos: para Piero Schlesinger, os danos seriam indenizáveis quando provocados por um ato não-autorizado por uma norma; para Stefano Rodotà, só caberia indenização nos casos em que o interesse atingido fosse suscetível de tutela segundo o princípio da solidariedade social; **para Guido Alpa, seria indenizável o dano relevante, segundo uma ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais.** (grifos nossos)

A conceituação mais consistente, tudo indica, está nesta última consideração. **O dano será injusto quando ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderando os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.** (grifos nossos).

Segundo a tese de Guido Alpa, os danos nem sempre decorrem de ilícitos. Todavia, as indenizações punitivas sempre devem decorrer de um ilícito, pois como punir “duplamente” alguém que não quebrou a lei? Assim, quando não ocorre violação à lei a indenização dos danos possuirá caráter ressarcitório apenas, enquanto se existir tal violação deve também existir indenização punitiva, conforme a tese de Schlesinger. Nada impede a junção das duas teses, que ampliaria significativamente a garantia fundamental de indenização sem violar a proporcionalidade. Não se deve punir da mesma forma um ato doloso e um ato culposo ou um ato lícito e um ilícito, pelos diversos graus de reprovabilidade. Seria injusto aplicar a mesma sanção a condutas tão diferentes.

Uma interessante análise da tutela do direito fundamental à indenização por danos morais vem do STJ. É sumulado o entendimento que a apresentação anterior de cheque pré-datado enseja em dano moral, nos termos da súmula 370: “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.” Acontece que segundo a lei do cheque (7357/85) diz expressamente em seu artigo 32: “O cheque é pagável à vista. Considera-se não-estrita qualquer menção em contrário.” Alega o STJ que mesmo com a

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana, Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** São Paulo: Editora Renovar, 2003, p. 178 a 179.

disposição legal expressa, o contrato verbal garante que o cheque só deve ser descontado naquela data. Um contrato contra lei expressa, diga-se de passagem. E está correto tal entendimento, afinal as partes acordaram algo, e uma violou, violando a segurança da outra parte. Apesar de o cheque ser obrigatoriamente descontado pelo banco, por ser ordem de pagamento à vista, existiu um acordo que programou uma data para tal desconto. Todavia, como grave distorção da leitura garantista, é visível que, como regra geral, o entendimento da jurisprudência é que só ocorrem danos morais em casos excepcionais de quebra de contrato. Foi o que o decidiu o STJ⁹⁶, conforme visível na ementa:

O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais.

Uma reflexão rápida chega à conclusão que isso é um absurdo jurídico. Como que um mesmo tribunal decide (e é a posição majoritária na jurisprudência) que a quebra de um contrato ilícito, que viola a natureza do título de crédito, sempre enseja danos morais, enquanto a quebra de um contrato lícito somente enseja danos em casos excepcionais?

É visível então a forte divergência e falta de consenso que existe sobre a natureza dos danos morais e sobre seu bem jurídico tutelado. É preciso efetuar uma leitura razoável, baseada em critérios mais objetivos e que garanta a efetiva tutela jurídica dos direitos fundamentais. A leitura, conforme demonstrado, não é fixa, mudando de acordo com as necessidades da sociedade. Nada impede, portanto, que mude novamente de forma a se

⁹⁶STJ, RESPE 202.564, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. em 02/08/2001, p.no DJ em 01/10/2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=40852&nreg=199900078365&d=20011001&formato=PDF>> Acesso em 31 dez. 2013.

adequar aos novos anseios sociais, e que seja feita de forma uniforme e objetiva, se alguns métodos fossem implementados.

Diante desse panorama, uma teoria unificadora é extremamente necessária para tentar sanar as divergências que apenas causam ainda mais insegurança, pois ficam as partes dependendo da cabeça do juiz, em uma verdadeira loteria judicial.

Para elaborar tal teoria, vamos partir do direito à paz. Trabalhando o conceito de forma mais concreta, vemos a teoria de Paulo Bonavides, que defende que a paz é um direito de quinta geração dos direitos fundamentais. Tal doutrina é embasada com fulcro em diversos motivos e primordialmente nos seguintes argumentos:

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões.

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração.⁹⁷

Tais disposições tratam da paz como direito universal. Não importa muita a categoria desta, e sim a visão que deve ser um direito universal. Todavia, como direito individual, sua consolidação é controversa, por seu caráter eminentemente subjetivo. Não pode, portanto, ser obrigado o governo a garantir a paz individual, e sim a fornecer condições para que o indivíduo, querendo, possa obtê-la. Deve garantir todos os direitos que a sustentam, especialmente o direito à segurança e ao direito de ter seus direitos respeitados. Não pode existir paz se não existe segurança, e não pode existir segurança sem meios de garantir alguns preceitos serão observados. Essa é a

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 583.

função primordial do direito: garantir a segurança. Mas o direito para ser obedecido tem que ser imposto, pois sempre existirão aqueles que tentarão contornar as regras para obter ganhos impróprios, de qualquer ordem. Para o direito ser obedecido quando as pessoas naturalmente tendem a violá-lo este deve se impor, pois do contrário não será seguido. A forma do direito se impor legitimamente é sancionar pesadamente e eficazmente os atos ilícitos. E o instituto para se efetuar tal necessidade no curso de um processo judicial é o dano moral, pois com base no entendimento que o ato ilícito viola a segurança dos direitos, é lógico e coerente afirmar que isso quebra o direito da personalidade à paz ensejando uma reparação dos danos morais causados de tal violação. Tal entendimento, em conjunto com o caráter punitivo e pedagógico do dano, ajudaria a elevá-lo para que o instituto pudesse efetivar sua função social. Ao garantir a segurança social, garante também o direito à paz de forma mediata. Em especial o Poder Judiciário, justamente por ser a última linha de defesa do cidadão. Neste sentido, Bonavides⁹⁸ afirma:

Coartado o Judiciário, a República se desintegra, o fantasma da ditadura desponta, a Federação se desnatura e a sociedade, humilhada, começa a descrecer na Justiça, que sempre foi, é e será a mais poderosa das garantias sociais e a maior força auxiliar da sociedade.

Quando essa desintegração acontece, já não desempenha a Justiça o papel de escudo protetor do cidadão, de guardiã das franquias públicas, de baluarte dos direitos individuais e sociais. Tampouco exerce, por sua magistratura suprema e pela jurisdição de seus tribunais, a salva-guarda da Constituição e a tutela da ordem republicana.

Assim temos o judiciário como indubitável garantidor da segurança, que é um dos elementos basilares em garantir a paz. A paz em sentido amplo e como direito supremo da humanidade não é apenas a ausência do estado de guerra. A paz requer como *conditio sine qua non* a segurança. E a segurança requer respeito aos direitos. E como último garantidor dos direitos é o judiciário, é visível que este é crítico sustentáculo da paz, devendo efetuar todas as medidas cabíveis para assegurar o cumprimento dos direitos. Mas é

⁹⁸ Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. Página 591.

certo que a tutela dos direitos demanda um custo para o Estado, devendo, portanto, ser efetuada da maneira mais eficaz dentro da reserva do possível.

O método para garantir o cumprimento dos direitos? Existem vários, a depender de qual agente está cometendo o ilícito. Quando temos uma empresa, por exemplo, o mais eficaz de todos é o econômico. Todo empreendimento, em sentido amplo, demanda um risco. Quando o lucro potencial é significativo diante do prejuízo potencial o empreendimento tem fortes condições de prosseguir. Essa regra não vale apenas para os atos lícitos. Se praticamente inexistente punição aos atos ilícitos, estes irão continuar, pois os ganhos superam e muito eventuais prejuízos. Assim os ilícitos se perpetuam gerando uma insegurança generalizada que por sua vez impede a concretização do direito à paz. O desrespeito aos direitos por parte das empresas é praticamente a regra no atual contexto da sociedade brasileira. A mesma lógica é plenamente válida para os crimes patrimoniais. O criminoso opera com a lógica econômica. Ao se ampliar o instituto do dano moral, se coibirá tal tipo de prática sem trazer nenhum ônus para o Estado, sendo extremamente consistente com o preceito constitucional da eficiência.

Para a efetivação dos direitos fundamentais é necessário uma fundamentação que é voltada a garantir efeitos sentidos por toda a sociedade. Não pode viver o judiciário alheio aos anseios da sociedade e congelado no tempo quando existem métodos de adequar os exatos termos constitucionais as mudanças sociais, como a mutação constitucional.

É necessário garantir a segurança jurídica como base da paz sem a qual é impossível existir a concretização da dignidade da pessoa humana. Para a vida em sociedade é preciso que as regras sejam seguidas, sob pena de inviabilizar a segurança das pessoas, impossibilitando, por consequência, a obtenção do direito fundamental de 5ª dimensão que é a paz.

3.3 Da quantificação dos danos morais em geral

No Brasil, os danos morais são completamente imprevisíveis, divergindo enormemente de valor as decisões de casos idênticos, tendo casos em que uns não é sequer reconhecido o dano moral por um juiz enquanto outro indeniza pesadamente. Para evitar estas divergências, existem as mais diversas propostas, como a de Sunstein, Kahneman e Schkade⁹⁹ para os *punitive damages*, instituto do direito americano que possui arbitrariedade similar sendo possível, destarte, o uso analógico da conclusão do estudo por eles efetuado:

The ideal system of punitive damage awards would not involve jurists or even judges, but specialists in the subject matter at hand, who are able to create clear guidelines for punitive awards. These guidelines would be laid down in advance and be based on a firm understanding of different forms of wrongdoing and of the consequences for the defendants of different awards. Of course, specialist would need to make several judgments of value, and those judgments should be subject to democratic control. The practical question is whether it is possible to design that ideal system.

Tradução livre: O sistema ideal de danos punitivos não envolveria jurados ou mesmo juízes, mas especialistas na matéria em questão, que são capazes de desenvolver diretrizes claras para os danos punitivos. Estas diretrizes seriam determinadas previamente, e seriam baseadas em um entendimento firme das diferentes formas de delito e das consequências para os réus dos diversos tipos de punição. Sem dúvida, o especialista fará vários julgamentos de valor, e estes julgamentos deveriam ser sujeitos ao controle democrático. A questão prática é se é possível desenhar tal sistema.

Os danos punitivos são especialmente elevados quando o ilícito produz ganhos. São aplicados de forma a superar os ganhos derivados do ilícito. Um caso famoso é o do Ford Pinto. Era um modelo de carro popular muito vendido nos Estados Unidos, todavia, após alguns anos que o carro estava no mercado, foi descoberto que tinha um grave defeito de design, que ocorreu por causa de sua produção apressada. Quando um carro batia na

⁹⁹ SUNSTEIN, C.R.; KAHNEMAN, D.; SCHKADE, D. **Assessing punitive damages**. Página 81. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/50.sunstein.pdf>> Acesso em 31 dez. 2013.

traseira deste veículo ele entrava em chamas. A Ford descobriu este problema e fez um cálculo e chegou a conclusão que era mais barato pagar as indenizações de eventuais processos judiciais decorrentes de morte ou queimaduras do que fazer o reparo em toda a enorme frota de veículos. Ocorre que durante um dos processos, isto foi descoberto. O resultado foi \$137 milhões em danos punitivos, muito mais do que o lucro obtido pela Ford. Eventualmente, todavia, o valor foi reduzido para \$2 milhões, e no final das contas acabou saindo barato deixar as pessoas morrerem ou ficarem queimadas, pois o valor acima iria levar a Ford à falência e os tribunais optaram por reduzir o valor para não desempregar inúmeras pessoas. No Brasil, diante da inexistência de meio jurídico de efetuar tal tutela, a Ford somente iria pagar os danos reais e um valor a título de danos morais. Mas com o uso do caráter punitivo dos danos morais, o acréscimo elevado seria possível, pois a Ford violou diretamente a dignidade da pessoa humana ao priorizar o lucro diante da certeza que os usuários dos veículos iriam morrer ou sofrer graves queimaduras. O correto seria fornecer a opção de parcelar e efetuar um pagamento continuado, de forma que não fosse a empresa falir, causando graves prejuízos aos trabalhadores, mas que também não fosse pago um valor tão insignificante.

Um problema da tutela de danos morais é que no caso exposto acima, inúmeras vítimas ficaram com pequenas indenizações enquanto uma ficou com uma indenização altíssima. É necessário corrigir tal falha, utilizando-se de meios para equalizar eventuais distorções. Uma ideia seria um método misto de tutela, que mesmo com os casos já julgados, quando verificado uma pluralidade de casos com a mesma causa, criasse um fundo para ressarcir igualmente todas as vítimas, sem prejuízo das indenizações individuais. Basicamente, os danos morais compensatórios seriam individuais, enquanto os dotados de caráter punitivo coletivos.

Outro caso que reforça a tese da necessidade da tutela mista é o notório caso Stella, que era uma senhora idosa, que se queimou com graves queimaduras de terceiro grau devido a um café que comprou no MacDonald's.

É lido jocosamente como um caso de abuso do sistema judicial, mas uma leitura correta dos fatos chega a conclusão de que isso não é verdade. No caso de Stella foi demonstrada que suas queimaduras, apesar de serem parcialmente culpa sua pela imperícia em manusear um líquido quente, foram também culpa do MacDonald's que rotineiramente ignorava as reclamações dos clientes que sofriam queimaduras. Nisso, mais de 700 clientes sofreram queimaduras graves ao longo de 10 anos, devido a temperatura altíssima em que o café era servido. Observe que nesse caso, o restaurante não fez nada ilícito, pois não existe lei vedando a comercialização de café a altas temperaturas, e havia aviso no copo de café do perigo que apresentava. Todavia, os jurados entenderam, que por ignorar os apelos das pessoas o MacDonald's assumiu o risco de causar queimaduras nas pessoas. Por isso respondeu com *punitive damages* no valor de \$2,7 milhões, que foram reduzidos em acordo para \$480,000. Tal leitura também seria possível com o uso do caráter punitivo dos danos morais, na medida em que a empresa priorizou o ganho econômico (ao não ter que reduzir os custos para adaptar seu método de produção) frente à saúde das pessoas, ferindo a dignidade da pessoa humana, sendo necessária uma punição pedagógica.

3.4 Das indenizações por erro do Estado na seara penal

Para demonstrar mais amplamente a injustiça corriqueiramente feita com os erros de cálculo no danos morais, temos os casos daqueles que são vítimas do Estado por erro judicial. Apesar de serem frequentes os erros judiciais, mais frequentes ainda são as negativas de qualquer indenização por este erro. A prisão cautelar por exemplo, se fundamentada não gera direito à indenização, mesmo que o réu seja absolvido posteriormente. Segundo o TJMG¹⁰⁰:

¹⁰⁰ TJMG, Apel. 0072616-48.2011.8.13.0713, Rel. Des. Heloisa Combat, 4ª Câ. Cív., j. em 28/11/2013, p. no DJ em 04/12/2013. Disponível em:

“Somente há lesão a direito quando verificado inexistir indício relevante que justifique a acusação ou caso não estejam presentes os requisitos da prisão, obrigando-se o particular a suportar um dano injusto”.

“A mera absolvição do acusado é insuficiente para se concluir que a prisão resultou em lesão ao direito subjetivo, sendo, sob esse aspecto, causadora de dano.”

Tal entendimento não é compatível com a responsabilidade objetiva do Estado já confirmada em diversos julgados do STF, e que é a exegese lógica dos termos do artigo 37, §6 da Constituição Federal¹⁰¹. Afinal, se o direito de regresso apenas ocorre no caso de dolo ou culpa do agente, é cristalino que a pessoa jurídica de direito público responde em qualquer situação, pois do contrário o parágrafo seria desnecessário. Para responsabilizar o Estado, destarte, se faz necessário apenas o dano e o nexo de causalidade, sendo independente dos motivos que causaram o dano, sendo inexigível a comprovação de dolo ou culpa. O problema é que os juízes tendem a agir de forma corporativista, provavelmente com medo de que seus erros tenham que ser pagos. É muito mais conveniente para estes denegar a punição, pois não correm o risco de serem responsabilizados. Existe, entretanto, esperança nos tribunais superiores. O STJ¹⁰² decidiu que o réu mantido por mais de dois anos em prisão preventiva que sequer foi pronunciado, caso equivalente à absolvição acima por falta de provas, merece a indenização, no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) de danos materiais e morais. Outro caso também notório foi o do pernambucano que passou 13 anos preso erroneamente, ficou cego por uma explosão durante uma rebelião e contraiu tuberculose na cadeia. Recebeu R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) pela vida perdida. Morreu ao saber que iria receber uma parte da

<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10713110072616001> Acesso em 31 dez. 2013.

¹⁰¹ § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁰²STJ, AgRg nos EmDiv no RESPE 872.630 - RJ (20080096349-7), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 26/11/2008, p. no DJ de 05/12/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200800963497&dt_publicacao=09/12/2008> Acesso em 03 jan. 2014.

indenização, depois de seu processo passar 19 anos em tramitação¹⁰³¹⁰⁴. Mas em diversos casos de homicídio em si, a valor é 20 vezes menor. É melhor morrer do que passar 13 anos na cadeia e ficar cego? É evidente que a lesão corporal não se compara à morte, mas a jurisprudência é deveras passional e midiática.

Além disso, apesar dos erros crassos serem às vezes indenizados, frequentemente isso ocorre de forma extremamente pífia, como no caso de uma mulher presa por um mandando de prisão que já estava prescrito por quase duas décadas, julgado pelo TJRJ¹⁰⁵. Mas recebeu apenas R\$5.000,00 (cinco mil reais), que é geralmente o valor mínimo concedido por simples negativação indevida do nome, coisa que é, sem dúvida, infinitamente menos traumática que ser arrastada para uma delegacia na frente de todos e passar um dia inteiro na mesma.

Recentemente a família de um detento queimado vivo no presídio IPPS no Ceará conseguiu indenização por danos morais em R\$100.000,00 (cem mil reais) por danos morais¹⁰⁶. Este valor é totalmente incoerente. Para efeito de comparação, a apresentadora Ana Maria Braga criticou uma juíza que concedeu liberdade provisória a um jovem que havia sequestrado sua namorada e que a matou depois de solto. Por este fato, que por sinal é um fato público que todos devem ter acesso, a rede globo foi condenada a pagar R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)¹⁰⁷. Mas pelo visto, para as crianças

¹⁰³ STJ, ARESPE 6400, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. em 26/08/2011, p. no DJe em 02/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201100802597>> Acesso em 03 jan. 2014.

¹⁰⁴ No Recife, ex-mecânico morre depois de saber que ganharia indenização. G1 PE, Recife, 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pe/noticia/2011/11/no-recife-ex-mecanico-morre-depois-de-saber-que-ganharia-indenizacao.html>> Acesso em 03 jan. 2014.

¹⁰⁵ TJRJ, Apel. 0095892-79.2010.8.19.0001, Rel. Des. Helda Lima Meireles, 3ª Câ. Cív., j. em 03/12/2013, p. no DJ em 04/12/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000444CDDBA49DB2879FB012DC20F21080A7C502514F322A>> Acesso em 31 dez. 2013.

¹⁰⁶ TJCE, 0028480-31.2009.8.06.0001, Juíza Ana Paula Feitosa Oliveira, 8ª Vara Faz. Púb., j. em 17/10/2013, p. no DJ em 08/11/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=ZZ00006BM0000&processo.foro=1&gateway=true>> Acesso em 31 dez. 2013.

¹⁰⁷ STJ, RESP 1403753, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 28/08/2013, p. no DJ de 02/09/13. Disponível em:

e a esposa que tiveram seu parente queimado vivo por omissão do Estado, é pior que alguém critique (com justa causa diga-se de passagem) o trabalho de uma juíza. E apesar disso, o fato ainda foi amplamente noticiado¹⁰⁸, como se tivesse sido uma grande justiça. Só esqueceram de noticiar que o Estado ainda resolveu apelar, e que provavelmente vai protelar a causa por uns 15 ou 20 anos (apelação foi interposta dia 27 de novembro de 2013) com inúmeros recursos. E que depois dos 20 anos ainda tem mais que esperar “apenas” mais 20 anos para receber um precatório, um presente da lei que institucionaliza o calote.

Como se ainda não fosse suficiente, mesmo no caso de condenação penal da autoridade no erro que fez, diante da falta de expressa previsão legal, o título judicial que reconhece na seara penal o erro do Estado não possui força executiva contra o Estado e sim contra o réu, o que é uma falha enorme da lei, violando a eficiência e a economicidade, ao exigir da vítima que entre com ação de conhecimento, além da isonomia, pois trata as vítimas de atos ilícitos reconhecidos no juízo penal de forma distinta. Por isso que, como já foi defendido, deveria ser o coobrigado também executado, mas com um direito maior de defesa.

Fica evidente, destarte, diante da breve exposição, que é notória a desigualdade entre os julgados que condenam alguém que não seja o Estado e aqueles em que o Estado efetua uma falha crassa. Vamos partir agora para a análise da jurisprudência sobre dos direitos da personalidade e os crimes.

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111747>
Acesso em 31 dez. 2013.

¹⁰⁸ Família de preso morto deve receber R\$ 100 mil. Diário do Nordeste, Fortaleza, 11 nov. 2013. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1340002>>; Acesso em 31 de dez. 2013. Também disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-25/familia-presos-assassinado-ceara-recebera-indenizacao-danos-morais>>; <http://www.tjce.jus.br/noticias/noticia-detalle.asp?nr_sqtex=32759>; <http://www.cnews.com.br/cnews/noticias/45957/estado_deve_indenizar_familia_de_detento>; <<http://www.cbnfoz.com.br/editorial/direito/25112013-49047-governo-do-ceara-deve-indenizar-familia-de-presos-assassinado>>; <<http://www.cearaemrede.com.br/2013/11/familia-de-presos-morto-deve-receber-r.html>>.

3.5 A jurisprudência e a falta de fundamentação da valorização dos direitos da personalidade nas ações *ex delicto*.

Conforme já era esperado, a jurisprudência não é nem um pouco melhor nos casos de ações civis *ex delicto* seja esta de conhecimento ou executória, especialmente os valores fixados na seara penal, que são tão mínimos que muitas vezes a vítima sequer vai atrás, indo logo para a execução cível total. A maior parte das ações, por esse motivo, é de conhecimento ou liquidação por artigos. Em alguns casos foi utilizada a ação penal para embasar ação civil sem ser *ex delicto*, como contra a União, como veremos abaixo. A fundamentação é pior ainda, pois nenhuma apresentou argumentos lógicos para explicar o valor. Apenas utilizam a cediça velha retórica ou usam os valores já firmados em casos idênticos. Dizer que é razoável e proporcional não é fundamentação e sim arbítrio, “achismo” do juiz. Para comprovar o afirmado, exporei agora vários casos, em que ficará patente as graves divergências. Veremos, por exemplo, casos em que a morte de um filho foi indenizada em R\$10.200,00 (dez mil e duzentos reais) e uma tentativa de estupro em R\$100.000,00 (cem mil reais).

Começaremos por um delito simples e bastante corriqueiro, que é acusação indevida de furto quando o alarme dispara por erro. A jurisprudência do TJ-RJ, por exemplo, é firme no sentido que a acusação indevida de furto enseja danos morais de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Diversos julgados¹⁰⁹ são pacíficos nesse sentido. Em alguns casos, sem nenhuma explicação ou diferença, o valor aumenta para R\$7.000,00 (sete mil reais). Pode parecer

¹⁰⁹TJ-RJ, Apel. Cív. 0005004-72.2012.8.19.0202, Rel. Des. Conceição Mousnier Teixeira De Guimaraes Pena, 20ª Câm. Cív., j. em 09/08/2013 , p. em 23/08/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045C9DD67A5ED4294015E97A4AFF5BA85FC5023C1E1321>> Acesso em 03 jan. 2014.
TJ-RJ, Apel. Cív. 0003210-94.2009.8.19.0210, Rel. Des. Mônica Tolledo De Oliveira, 4ª Câm. Cív., j. em 28/03/201 , p. em 29/03/2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000332A8F471A00AF90F7EB830F96A8EED49A2C402613523>> Acesso em 03 jan. 2014.

pouco, mas é um aumento de 40%, sem nenhuma fundamentação na sentença.¹¹⁰

Nos crimes contra o patrimônio, ao contrário do que se espera, são poucos os casos. A maioria dos furtos prescreve e no roubo as vítimas dificilmente vão querer executar um bandido perigoso. Um dos poucos casos encontrados foi pelo delito de estelionato, em que foi concedido R\$10.000,00 (dez mil reais) de danos morais, pela Vara Cível de Planaltina do TJDF¹¹¹. O valor arbitrado é compatível com o prejuízo de R\$9500,00 (nove mil e quinhentos reais) causado pelo estelionatário. Seria um critério interessante para os crimes contra o patrimônio e ilícitos cíveis em geral computar pelo menos o valor equivalente de danos morais, automaticamente, na seara penal, a ser executado pelo próprio Ministério Público. Isso porque estimula a vítima a buscar os valores e reduz o risco que esta teria e desestimula o criminoso que pode perder o dobro do que conseguiu.

Já para os crimes de abuso de autoridade, vemos que os valores são extremamente reduzidos em comparação com outros casos bem menos traumáticos praticados por particulares. Um caso emblemático que comprova a falta de proporcionalidade, ocorreu em Minas, onde um policial deu voz de prisão sem nenhuma justificativa. Disse apenas que quem mandava naquele local era ele. Tentou algemar o autor, que resistiu. Pediu auxílio aos demais policiais. Enquanto tentava algemar, o policial desferia socos no autor, evidenciando a clara humilhação do autor e o abuso de autoridade. Valor dos danos morais foi de R\$3200,00 (três mil e duzentos reais) em 2009.¹¹² Já no

¹¹⁰ TJ-RJ, Apel. Cív. 0003243-61.2007.8.19.0014, Rel. Des. Nagib Slaibi, 6ª Câ. Cív., j. em 19/05/2010, p. no DJ em 26/05/2010. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003202F997C44E65666D18BF00704939A478EC402412E40>> Acesso em 03. Jan. 2014.

¹¹¹ TJDF, Ação Cível 2011.05.1.005796-5, Juíza Luciana Pessoa Ramos, Vara 201 – Planaltina, j. em 13/12/2012, p. no DJe em 13/12/2012. Disponível em:

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=5&SEQAND=114&CDNUPROC=20110510057965>> Acesso em 04 jan. 2014.

¹¹² TJ-MG, Apel. Cív. 103520301254750011 MG 1.0352.03.012547-5/0011, Rel. Cabral da Silva, 10ª Câ. Cív., j. em 02/06/2009, p. no DJ em 30/06/2009. Disponível em:

<<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5990762/103520301254750011-mg-1035203012547-5-001-1/inteiro-teor-12125644>> Acesso em 30 dez. 2013.

Paraná foi concedido R\$6.000,00 (seis mil reais) por uma invasão a domicílio, após absolvição por falta de provas no juízo penal.¹¹³

Quanto aos crimes sexuais, é interessante expor um caso em que a União foi condenada ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais) de danos morais por uma tentativa de estupro em que foi vitimada uma trabalhadora de uma base da marinha, pelo TRF2¹¹⁴. O Desembargador utilizou a sentença penal como prova, o que sem dúvida é condizente com o princípio da eficiência, pois é desnecessário produzir prova que já está bem produzida. O valor, todavia, é elevado em comparação a outros danos usualmente concedidos e bem abaixo do que atualmente todos deveriam ser. No caso de uma menor que foi reiteradamente estuprada, o valor foi de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para esta, sendo arbitrado pelo TJSC¹¹⁵, igualmente em 2011. Vale citar que o fato de ser menor é causa de aumento de pena. Então, como que uma menor, estuprada várias vezes pode receber apenas metade do valor de danos morais que uma tentativa de estupro recebeu? Por outro lado, por um duplo estupro praticado por Policiais Militares que amarraram o namorado enquanto estupravam a namorada, o valor mantido pelo STJ¹¹⁶ foi 300 salários mínimos. Corrigindo para valores atuais, temos R\$217.200 (duzentos e dezessete mil e duzentos reais). Enquanto isso no caso do estupro seguido de morte por estrangulamento, de uma candidata ao vestibular da

¹¹³ TJ-PR, Apel. Cív., 863133-0, Rel. Des. Ruy Francisco Thomaz, 4ª Câmara Cív., j. em 14/08/2012, p. em 21/08/2012. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=21&Processo=1566283&Texto=Ac%F3rd%E3o&Orgao=>> Acesso em 03 jan. 2014.

¹¹⁴ TRF2, Apel. Cív. 200551010135748 RJ 2005.51.01.013574-8, Rel. Des. Poul Erik Dyrland, 8ª Turma Especializada, j. em 26/10/2011, p. no E-DJF2R em 09/11/2011. Disponível em:

< <http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres?proc=200551010135748&mov=1> > Acesso em 03 jan. 2014.

¹¹⁵ TJSC, AC 278549 SC 2010.027854-9, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, 2ª Câmara Cív., j. em 18/08/2011, p. no DJE em 16/09/2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000G8NJ0000&nuSeqProcessoMv=61&tipoDocumento=D&nuDocumento=3714365>> Acesso em 04 jan. 2014.

¹¹⁶ STJ, REsp 910256 CE 2006/0272738-9, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 05/08/2008, p. no DJe em 24/09/2008. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_910256_CE_05.08.2008.pdf?Signature=kabJchz4Adj1ejTUKPj9Qn7Crn4%3D&Expires=1388870606&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf> Acesso em 04 jan. 2014.

UFC, o valor fixado pelo TRF5¹¹⁷ foi de R\$200.000,00 (duzentos mil reais). Não é coerente fixar um valor maior para um estupro do que para um estupro seguido de morte cruel, pois o estrangulamento é uma das formas mais cruéis de assassinato, tanto que é qualificadora expressa no Código Penal.

Já para a fixação dos valores na própria seara penal, foi exigido pelo TJPR¹¹⁸ o contraditório, mesmo sendo este *in re ipsa*. Desta forma, o tribunal removeu por meio de apelação criminal os valores arbitrados pelo juízo penal para um estupro.

Sobre as lesões corporais e homicídios culposos também se repete o padrão de disparidades. Em um acidente causado culposamente, que causou a perda de 4 dedos da mão, a autora utilizou a ação civil *ex delicto* e obteve o valor de R\$90.000,00 (noventa mil reais) para danos morais e estéticos atualizados desde a data da sentença.¹¹⁹ A justificativa utilizada para o cálculo foi: “assim, entendo ser suficiente a fixação da indenização pelos danos morais em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a indenização pelos danos estéticos.” Sequer colocaram no acórdão as palavras usuais (que também não dizem nada). O método de arbitramento destarte, é extremamente arbitrário, a ponto que poderia se alegar que tal sentença é nula por falta de fundamentação adequada. Não existem quaisquer parâmetros reais. Em um caso similar, no mesmo ano o STJ¹²⁰ manteve os R\$30.200,00 (trinta mil e duzentos reais) arbitrados pela perda da

¹¹⁷ TRF5, AC 446039 CE 2003.81.00.025054-2, Rel. Des. Marco Bruno Miranda Clementino, 4ª Turma, j. em 17/06/2008, p. no DJe em 28/07/2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VFJGNS9JVC9BQ180NDYwMzlfQ0VfMTcuMDYuMjAwOC5wZGY%3D>> Acesso em 04 jan. 2014.

¹¹⁸ TJPR, 0614227-2, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, 5ª Câm. Cri., j. em 28/01/2010, p. no DJ em 08/02/2010. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/visualizaPdf.asp?Processo=1164830&Data=201002081728&Tipo=1>> Acesso em 04 jan. 2014.

¹¹⁹ TJ-DF, Apel. Cív. 2009 07 1 029506-2 APC - 0010991-33.2009.807.0007, Rel. Des. João Egmont, 5ª Tur. Cív., j. em 14/08/13, p. no DJ 28/08/13. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20090710295062APC>> Acesso em 03 jan. 2014.

¹²⁰ STJ. AgRg nos EDcl no AREsp 108.945/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/09/2012, p. no DJe de 08/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1180231&sReg=201102329473&sData=20121008&formato=PDF> Acesso em 03 jan. 2014.

mão inteira, enquanto no acima o valor foi o triplo sem justificativa da discrepância. Já no caso de morte culposamente causada por um médico que simplesmente resolveu sair e deixar a paciente morrer sem cuidados, o valor arbitrado foi de R\$20.000,00 (vinte mil reais) por filho, totalizando R\$60.000,00 (sessenta mil reais)¹²¹. Todos os julgados são de 2012, sendo irrelevante, destarte, as flutuações monetárias dadas as disparidades entre os valores.

Um caso um pouco mais antigo, mais que é útil para demonstrar a falta de parâmetro, foi julgado em 2011, pelo TJSP¹²². Neste, um homem disparou um tiro na perna de uma criança, sendo condenado a pagar R\$30.000,00 (trinta mil reais) de danos morais e mais nenhum outro tipo de dano, pelas lesões corporais causadas. Outro julgado também de 2011 do TJSP¹²³ concedeu R\$10.900,00 (dez mil e novecentos reais) pela perda de um dente por lesões corporais, reduzindo a sentença de primeiro grau que era de R\$20.000,00 (vinte mil reais). Já em Sergipe, o TJSE¹²⁴ manteve uma sentença de primeiro grau que condenou o empregador de condutor que causou um acidente de trânsito que vitimou duas pessoas a pagar R\$10.200 (dez mil e duzentos reais) a cada uma das mães. É mais doloroso perder um dente do que um filho? Em outro caso similar julgado pelo TJSC, causado por excesso de velocidade a condenação foi de R\$46.5000,00 (quarenta e seis mil e

¹²¹ TJ-PR, Agl. 830140-4, Rel. Des. Renato Braga Bettega, 9ª Câm. Cív., j. em 14/04/12, p. no DJ de 26/04/12. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=27&Processo=1516999&Texto=Ac%F3rd%E3o&Orgao=>> Acesso em 03 jan. 2014.

¹²² TJ-SP, Apel. Cív. 9073789062005826 SP 9073789-06.2005.8.26.0000, Rel. Des. Adilson de Andrade, 3ª Câm. Dir. Priv., j. em 21/06/2011, p. no DJ em 21/06/2011. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_9073789062005826_SP_1308896086342.pdf?Signature=K%2BeyZg7MHc2grPnmDgK5%2F46GSSc%3D&Expires=1388789563&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 03 jan. 2014.

¹²³ TJSP, Apel. Cív. 9114695962009826 SP 9114695-96.2009.8.26.0000, Rel. Des. Percival Nogueira, 6ª Câm. Dir. Priv., j. em 14/07/2011, p. no DJ em 19/07/2011. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_9114695962009826_SP_1311126396627.pdf?Signature=TL9KvWE%2FqSRcoDwK7%2Bmz%2B7rumo8%3D&Expires=1388797437&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 03 jan. 2014.

¹²⁴ TJSE, Apel. Cív., Rel. Des. Marilza Maynard Salgado De Carvalho, j. em 25/07/2011, p. no DJ em 29/07/2011. Disponível em:

<<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2011210693&tmp.numacordao=20119773>> Acesso em 03 jan. 2014.

quinhentos reais)¹²⁵. Sendo pelo menos coerente com os valores, em julgado de 2010, o mesmo tribunal concedeu R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) de danos morais divididos entre os três autores, ficando R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um, valor condizente com os R\$46500,00 (quarenta e seis mil e quinhentos reais) concedidos para um autor em 2011. Apesar dos valores serem coerentes, são extremamente reduzidos para a morte de uma pessoa, diante da tabela feita pelo próprio STJ¹²⁶, que arbitra em torno R\$200.000,00 (duzentos mil reais) por erro médico¹²⁷ em 2008, e que manteve a condenação em R\$360.000 por erro médico que deixou o paciente em estado vegetativo. A argumentação é claro, foi a seguinte: “dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.”¹²⁸ Mas aparentemente este valor, em torno de 100 salários mínimos é o padrão, vemos no julgado do TJPR¹²⁹ de 2003. Já para uma lesão corporal simples, o valor arbitrado pelo TJSC¹³⁰ foi de R\$7.600,00 (sete mil e seiscentos reais), variando muito de acordo com a lesão praticada, e sendo ainda mais arbitrário do que os casos supracitados.

¹²⁵ TJSC, Em. Dec. em Apel. Cív. 2010.076776-1/0001.00, Rel. Des. Fernando Carioni, 3ª Câmara. Dir. Cív., j. em 05/07/2011, p. no DJ em 19/07/2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?nuProcesso=20100767761&CDP=01000HJS50010&tpClasse=J&Ordenacao=AJBCDEFGHIKQS&popup=false#>> Acesso em 04 jan. 2014.

¹²⁶ STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais **Sala de notícias do STJ**. Brasília, 13 nov. 2009. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679> Acesso em 04 jan. 2014.

¹²⁷ STJ, REsp 1074251, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 14/04/2009, p. no DJe em 15/05/2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801414633&dt_publicacao=15/05/2009> Acesso em 04 jan. 2014.

¹²⁸ STJ, AgRg no Agl 853.854 - RJ (2006/0205139-9), Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 05/06/2007, p. no DJe em 29/06/2007. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602051399&pv=01000000000&tp=51>> Acesso em 04 jan. 2014.

¹²⁹ TJPR, Apel. Cív. 2235627, Rel. Min. Hayton Lee Swain Filho, 1ª Câmara. Cív. (extinto Tribunal de Alçada), j. em

01/04/2003, p. no DJ em 11/04/2003. Disponível em:

<<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4911198/apelacao-civel-ac-2235627-pr-apelacao-civel-0223562-7/inteiro-teor-11451618>> Acesso em 04 jan. 2014.

¹³⁰ TJSC, Apel. Cív. 2008.048124-2, Rel. Des. Fernando Carioni, 3ª Câmara. Dir. Cív., j. em 25/11/2008, p. no DJ em 26/02/2009. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000CBJ10000&nuSeqProcessoMv=32&tipoDocumento=D&nuDocumento=1287083>> Acesso em 04 jan. 2014.

Diante da notória falta de técnica dos juízes para determinar os valores, é evidente a real necessidade de um sistema mais objetivo, que utilize diversos parâmetros matemáticos claros e que busque efetuar justiça não apenas entre as partes, mas entre todos aqueles que possuem casos idênticos. Não é algo simples, o que não quer dizer que seja impossível. É preciso uma ampla análise de todos os casos, com progressiva matemática de compensação e análise simplificada dos processos idênticos. Ao juiz deveria competir a função de julgar, mas determinar valores que necessitam de cálculos complexos usualmente vai além da capacidade do operador do direito. Filio-me a proposta de Sunstein, Kahneman e Schkade, para desenvolver um sistema unificador. Reparar todas as disparidades já cometidas seria extremamente difícil e iria quebrar a reserva do possível, mas buscar para o futuro um sistema objetivo não é. Tal complexo sistema vai além do que busca o presente estudo, que é avaliar criticamente a complexa interação entre a seara civil e penal, motivo pelo qual abstenho-me de divagar mais sobre o mesmo.

4 DOS MEIOS DE PROVA NAS AÇÕES PENAIS E CIVIS

Os meios de prova no processo civil e penal brasileiro possuem algumas diferenças. A regra da carta maior determina a proibição de utilizar a prova ilícita como se depreende do inciso LVI, do art. 5º, da CF, pois “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já o CPC, em seu art. 332, determina que “todos os meios legais, bem como 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”. Verifica-se, aparentemente, maior abertura no CPC em relação aos meios de prova do que no CPP, que veda expressamente em seu artigo 157 as provas ilícitas que devem ser desentranhadas do processo, “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Todavia, tal sentido literal do CPP não prevalece na atualidade para o réu (para a acusação sim, em julgamento apertado, conforme veremos adiante), pois se o réu em sua defesa obtiver uma prova ilícita esta deveria ser ignorada segundo a letra da lei, o que, conforme a doutrina e jurisprudência absolutamente majoritária violaria totalmente a ampla defesa e a busca da verdade real. Este último princípio, entretanto, é uma faca de dois gumes pois poderia ser levado em consideração também para a acusação. E como as decisões emblemáticas sobre essa possibilidade em relação aos diversos meios de prova foram, tanto aqui no Brasil como nos Estados Unidos extremamente apertadas e politizadas, muita coisa ainda pode mudar. No Brasil, diante da existência de uma legislação positivada e extensa tanto para o processo penal como para o civil, e atualmente bem escrita, considerando a usual qualidade legislativa, o tema não é campo de debates tão férteis como nos Estados Unidos, que utiliza o sistema Common Law, onde muitas vezes paira a incerteza sobre os procedimentos a serem tomados até uma decisão da Suprema Corte, que geralmente são 5-4 e extremamente politizadas e com enormes discussões. Como a lógica das decisões é universal, pois os argumentos com que os juízes trabalham são genéricos, como regra, uma avaliação das decisões americanas é extremamente interessante como

objeto de pesquisa, pois veremos opiniões bem construídas e embasadas, salvo algumas exceções.

Desta forma, iremos efetuar um estudo do direito americano, para depois estudarmos as semelhanças e diferenças do sistema brasileiro de prova para determinarmos o que pode melhorar.

4. 1 Proibições de Prova - Introdução

Os Estados Unidos utilizam o sistema do *common law*, em que as decisões das cortes possuem força de lei, sendo a exceção notória o Estado da Louisiana que utiliza um sistema híbrido. Se por um lado este sistema melhora o problema da eficiência do judiciário evitando recursos sobre matéria já decidida, esse sistema também possui grandes falhas como concentrar muito poder nas mãos de poucos juízes, que nem sempre agem com a melhor das intenções ou sanidade mental¹³¹¹³²¹³³¹³⁴¹³⁵. No quesito prova, especialmente diante da abertura legislativa que deixa as decisões nas mãos dos juízes, temos que as decisões oscilam bastante com enorme divergência. As decisões são

¹³¹MCCOY, Craig R. Ex-judge Mark A. Ciavarella Jr. guilty in 'cash for kids' case. **Philly**. February 19, 2011. Disponível em: http://articles.philly.com/2011-02-19/news/28611757_1_worst-judicial-scandals-juvenile-law-center-ciavarella Acesso em 15/10/2013.

¹³². SIGNORE, John Del. Is Judge Letting Perps Off Easy So She'll Get Transferred Out Of Criminal Court? **Gothamist**. August 31, 2011 Disponível em: http://gothamist.com/2011/08/31/is_judge_letting_perps_off_easy_so.php Acesso em 15/10/2013. Igualmente disponível no **New York Post**. <http://nypost.com/2011/08/31/bail-fail-judge-with-a-grudge/>. Acesso em 08/09/2014.

¹³³ MARTIN, Maggi. Men who solicited sex ordered to wear chicken suits. **Chron**. July 27, 2007. Disponível em: <http://www.chron.com/news/bizarre/article/Men-who-solicited-sex-ordered-to-wear-chicken-1555834.php> Acesso em 15/10/2013.

¹³⁴ North Ga. judge pulls gun out in open court. **Onlineathens**. February 25, 2012 <http://onlineathens.com/local-news/2012-02-25/north-ga-judge-pulls-gun-out-open-court> Acesso em 15/10/2013.

¹³⁵ CUSTER, Cheryl Fisher. Report from the Judicial Qualifications Comissions State of Georgia. Inquiry Concerning Judge Kenneth E. Fowler. Disponível em: <http://www.13wmaz.com/news/PDF/findings.pdf> Acesso em 15/10/2013.

geralmente por um voto de diferença e aquele que exerce o voto de minerva detém o poder de efetivamente “legislar” sobre aquele tópico, já que as decisões, como regra, possuem força vinculante (binding), e só podem ser modificadas diante de fortes argumentos. Se por um lado isso aumenta a segurança das decisões, por outro engessa o Poder Judiciário. Sendo pragmático, engessar é menos ruim do que o caos jurisprudencial resultante de todos os juízes podendo fazer o que bem entendem.

Voltando para as provas ilícitas, estas são excluídas do processo, por força de decisões judiciais, inclusive as ilícitas por derivação, mas não determinam a nulidade do processo de forma automática, conforme decidido em *Weeks*¹³⁶. Essa teoria é criticada primordialmente por ser jurisprudencial, não tendo previsão expressa na Constituição americana, sendo oriunda da interpretação gerada diante da proibição das buscas previsto na 6ª emenda¹³⁷. A constituição brasileira, todavia, tem previsão expressa nesse sentido em seu artigo 5º¹³⁸. Ocorre que é extremamente frustrante ter que inocentar um criminoso, mormente após vislumbrar a evidência do delito. A ideia de tal sistema é evitar que os investigadores cometam abusos, pois a prova será inútil mesmo. Entretanto, na prática, isso nem coíbe os atos ilícitos, que são usualmente dissimulados. E frequentemente os agentes não são punidos pelos atos mesmo quando descobertos, devido ao corporativismo presente nas

¹³⁶ United States Supreme Court. 232 US 383 (1914). *Weeks vs. U.S.* Argued and submitted December 2 and 3, 1913. Decided February 24, 1914. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=232&page=383> Acesso em 08/09/2014.

¹³⁷ VI AMENDMENT -The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html . Acesso em 08/09/2014.

Tradução livre: VI EMENDA -O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e propriedades, contra buscas e apreensões desarrazoadas, não deve ser violado, e nenhuma autorização será emitida, exceto se existir causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o lugar a ser pesquisado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

¹³⁸ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

instituições policiais. Destarte, conforme é cediço, saem impunes tanto os agentes que desrespeitam os direitos dos cidadãos como os criminosos. Diante de tal cenário, os juízes americanos tentaram dar um “jeitinho brasileiro”.

Em *Weeks*, a Suprema Corte Americana, em uma típica manobra processual inaugurou a *Silver Platter Doctrine* (*doutrina da bandeja de prata*), oriunda da *Dual Sovereignty Doctrine* (*doutrina da soberania dupla*), que determinava que as provas ilícitas obtidas no campo federal ou estadual poderiam ser entregues para um outro âmbito de governo em uma “bandeja de prata” que “limparia” a prova, pois se tratavam de esferas distintas com dupla soberania. Tal decisão durou até *Elkins*¹³⁹, em que o juiz discorre sobre a problemática dos direitos excessivos do réu, estando, entretanto, insatisfeito com o fim do método que ele utilizava para “contornar” direitos, pois não abarcava a real problemática do tema e acabava por perder fortemente em desfavor do réu.

Como alternativa a tal cenário desolador, o professor de Yale Akhil Reed Amar¹⁴⁰, defende que as provas devem ser utilizadas mesmo quando sua

¹³⁹ United States Supreme Court. 364 US 206 ELKINS ET AL. v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. Argued March 28-29, 1960. Decided June 27, 1960. Without pausing to analyze individual decisions, it can fairly be said that in applying the Fourth Amendment this Court has seldom shown itself unaware of the practical demands of effective criminal investigation and law enforcement. Indeed, there are those who think that some of the Court's decisions have tipped the balance too heavily against the protection of that individual privacy which it was the purpose of the Fourth Amendment to guarantee. These, then, are the considerations of reason and experience which point to the rejection of a doctrine that would freely admit in a federal criminal trial evidence seized by state agents in violation of the defendant's constitutional rights. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=364&page=206> Acesso em 08/09/2014.

Tradução Livre: Sem parar para analisar decisões individuais, é justo se dizer que na aplicação da Quarta Emenda este Tribunal raramente demonstrou desconher as exigências práticas de investigação criminal eficaz e aplicação da lei. Na verdade, há aqueles que pensam que algumas das decisões da Corte ter desequilibrado a balança muito fortemente contra a proteção de que a privacidade individual, que era o objetivo da Quarta Emenda para garantir. Estes, então, são as considerações da razão e da experiência que apontam para a rejeição de uma doutrina que admitiria livremente em um julgamento criminal federal provas apreendidas por agentes do Estado em violação dos direitos constitucionais do réu.

¹⁴⁰ AMAR, Akhil Reed. **The Constitution and criminal procedure: first principles**. New Haven-London: Yale University Press, 1997. P. 1-40.

origem é ilícita e que se responsabilize civilmente o agente que efetuou o ato que criou o ilícito, sendo denominada de escola da verdade. O que fica realmente estranho é proteger um criminoso em que existem provas contra ele apenas porque sua origem é ilícita, mesmo que estas sejam incontestáveis. Decerto que existem alguns limites que não podem ser violados, pois os bens jurídicos em embate são completamente desproporcionais, sendo notório o uso da tortura. Já uma interceptação indevida, por exemplo, poderia ser aproveitada, sendo punido o agente que fez o ato ilícito, sem que fique a sociedade ainda mais desprotegida pela certeza que um criminoso vai sair impune por meros formalismos se existir uma simples falha na prova. Todavia, tal entendimento apenas é cabível no direito americano (inclusive sendo feita reiteradamente, como veremos adiante, sendo a tendência moderna um certo relaxamento nas regras), já que a vedação do uso da prova ilícita é cláusula pétrea na Constituição vigente. Entretanto, essa posição menos garantista também tem suas críticas, especialmente no que concerne a efetividade das medidas cíveis para proteção dos direitos¹⁴¹. A lógica é que se o agente estatal mesmo sabendo que a prova é inaceitável e correndo o risco de sofrer sanções ainda assim decide fazer o ilícito, o número de ações tende a aumentar quando se reduz o número de consequências da ação. Ocorre que na prática o que muito acontece é que o agente em si sofre sanções ínfimas ou nenhuma no âmbito administrativo, devido ao corporativismo, pois os agentes de segurança muitas vezes defendem o uso de métodos mais “liberais”, e o criminoso ainda é solto. O mais correto seria aproveitar a evidência dentro de certos limites. Mas quais são os limites? Em Guantánamo e em outros locais “*undisclosed*” (*secretos*)¹⁴², os americanos torturam os prisioneiros sob a alegação que estão prevenindo ataques terroristas e que os prisioneiros são “combatentes inimigos, ignorando que existe a Convenção de Genebra, assim como qualquer

¹⁴¹ ASHFORD, Harold A. RISINGER, Michael. **Presumptions, assumptions, and due process in criminal cases: a theoretical overview**, Yale L. Ver., n. 79, 1969-70, p.191.

¹⁴² Elsea, Jennifer K.; Kim, Julie. Undisclosed U.S. Detention Sites Overseas: Background and Legal Issues. **Congressional Research Service**. Disponível em: <<http://www.fas.org/sqp/crs/intel/RL33643.pdf>> Acesso em: 16 jan. 2015.

interpretação que não seja absolutamente deturpada¹⁴³. Sem dúvida que a solução americana é absurdamente incorreta. Ocorre que no Brasil a situação é pior e os índices de homicídios superam o número de pessoas que morreu na guerra do Paraguai. A guerra durou 6 anos e vitimou aproximadamente 300.000 pessoas de todos os países envolvidos. Nos últimos 6 anos morreram mais do que 300.000 pessoas apenas nos Brasil¹⁴⁴. O Brasil é o país com o pior número absoluto de homicídios no mundo. A estimativa é que foram 64 mil no ano passado¹⁴⁵. Ou seja, a situação é pior do que uma guerra declarada. E nenhuma medida é tomada. Não são apenas as medidas em relação as regras de provas que irão modificar essa situação. É todo um conjunto de ações desde ações sociais até a persecução criminal que devem ser efetivados para evitar os atos criminosos. Mas se deve iniciar em alguma coisa e modificar um conjunto de regras é teoricamente mais fácil do que fazer as inúmeras ações necessárias para transformar a presente conjuntura caótica. Como regra, ocorrerá uma troca entre liberdade pessoal e segurança, com um custo social para os dois lados.

No mesmo sentido de que o excesso de formalismos leva à injustiças e omissão da verdade, com um “custo social substancial”, pois solta os culpados e perigosos, temos Justice Scalia, que foi *Chief Justice* e afirmou em *Hudson v. Michigan*¹⁴⁶:

Suppression of evidence, however, has always been our last resort, not our first impulse. The exclusionary rule generates "substantial social costs," *United States v. Leon*, 468 U. S. 897, 907 (1984), which sometimes include setting the guilty free and the dangerous at large.

¹⁴³ Comitê internacional de Genebra. **Declaração Oficial**. A importância do DIH no contexto do terrorismo. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/6eqnsd.htm> Acesso em: 16 jan. 2015.

¹⁴⁴ Barros, Michelle; Pelajo, Christiane. Brasil bate recorde no número de homicídios registrados em um ano. **Jornal da Globo**. São Paulo, 28 mai 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/brasil-bate-recorde-no-numero-de-homicidios-registrados-em-um-ano.html> Acesso em: 16 jan. 2015.

¹⁴⁵ Brasil tem o maior número absoluto de homicídios do mundo, diz OMS. **GLOBO NEWS**. São Paulo, 10 dez 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/12/brasil-tem-o-maior-numero-absoluto-de-homicidios-do-mundo-diz-oms.html> Acesso em 19 jun 2015.

¹⁴⁶ United States Supreme Court. 547 US 586 (2006), HUDSON v. MICHIGAN. Certiorari to the court of appeals of Michigan Argued January 9, 2006--Reargued May 18, 2006--Decided June 15, 2006. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=547+&page=586>> Acesso em 08/09/14

We have therefore been "cautio[us] against expanding" it, *Colorado v. Connelly*, 479 U. S. 157, 166 (1986), and "have repeatedly emphasized that the rule's 'costly toll' upon truth-seeking and law enforcement objectives presents a high obstacle for those urging [its] application," *Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott*, 524 U. S. 357, 364-365 (1998) (citation omitted). We have rejected "[i]ndiscriminate application" of the rule, *Leon, supra*, at 908, and have held it to be applicable only "where its remedial objectives are thought most efficaciously served," *United States v. Calandra*, 414 U. S. 338, 348 (1974)--that is, "where its deterrence benefits outweigh its 'substantial social costs,' " *Scott, supra*, at 363 (quoting *Leon, supra*, at 907).

Tradução Livre: Supressão de provas, no entanto, sempre foi o nosso **último recurso**, não o nosso primeiro impulso. A regra de exclusão gera "**custos sociais substanciais**," *United States v. Leon*, 468 US 897, 907 (1984), que, por vezes, incluem soltar um culpado livre e devolver pessoas perigosas para a sociedade. Estamos, portanto, sendo cuidadosos contra a expansão de tais regras conforme vemos em *Colorado v. Connelly*, 479 US 157, 166 (1986), e temos enfatizado repetidamente que a regra possui custo caro prejudicando o objetivo do processo de procura de verdade e de aplicação da lei e apresenta uma alto obstáculo para aqueles que pressionam [sua] aplicação ", Comissão da Pensilvânia de Liberdade Condicional e Suspensão condicional v. *Scott*, 524 US 357, 364-365 (1998) (citação omitida). Nós rejeitamos a aplicação indiscriminada da regra, *Leon, supra*, em 908, e mantemos que deve ser aplicável apenas "onde os seus objetivos de reparação são pensados mais eficazmente servidos," *United States v. Calandra*, 414 US 338, 348 (1974) - isto é, "onde os seus benefícios são superiores aos seus custos sociais substanciais ", *Scott, supra*, em 363 (citando *Leon, supra*, no 907).

Diante dessas fortes críticas, a tendência atual é a regra de exclusão seja cada vez mais mitigada, em especial para as buscas. Esse tema será melhor trabalhado mais adiante.

O que se nota é um conflito entre os juízes mais pragmáticos que dão um jeito de contornar as limitações jurisprudenciais e os mais defensores dos direitos dos réus que são por um pequeno percentual a maioria dominante. Diante da breve exposição, partiremos para uma análise mais aprofundada dos casos específicos.

4.2 Interceptação telefônica e seus limites temporais. A descoberta fortuita (serendipity) na interceptação telefônica.

Um dos temas mais controvertidos sobre a proibição de prova sempre foi a interceptação de dados, mormente a telefônico. Desde os primórdios sempre existiu o conflito entre o direito à privacidade e a busca da verdade real. Sobre esse tema, iremos partir do começo do século passado para entendermos como chegamos aqui.

No começo do século XX, a Suprema Corte Americana entendia que se fosse possível a investigação policial ser feita sem entrar fisicamente dentro da casa da pessoa, não existia proteção pela IV emenda. Então, se alguém interceptasse os fios de um telefone fora da casa, sem entrar fisicamente na propriedade (*trespassing*) não se poderia falar em violação a IV emenda. Diversos julgados defenderam essa posição¹⁴⁷. O caso emblemático foi *Olmstead*¹⁴⁸ em que se entendeu que como os fios do poste ficam fora da casa, não se pode falar em violação à IV emenda, pois não estava sendo invadida a propriedade. Todavia, mesmo naquela época já existiam vozes

¹⁴⁷ United States Supreme Court. 232 US 383 (Weeks) – 277 US 438 (Olmstead) – 316 US 129 (Goldman)

¹⁴⁸ United States Supreme Court. 277 US 438 (1928) OLMSTEAD et al. v. UNITED STATES. GREEN et al. v. SAME. McINNIS v. SAME. Argued Feb. 20 and 21, 1928. Decided June 4, 1928.

Our government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means-to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal-would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=277&page=438>>
Acesso em 08/09/2014.

Tradução Livre: Nosso governo é o poderoso, o professor onipresente. Para o bem ou para o mal, ele ensina à sociedade por seu exemplo. Crime é contagioso. Se o governo se torna um criminoso, produz o desprezo pela lei; convida todos os homens a se tornar uma lei em si mesmo; convida a anarquia. Declarar que na administração do direito penal os fins justificam os meios - declarar que o governo pode cometer crimes, a fim de garantir a condenação de um criminoso -traria terríveis retribuições. Contra essa doutrina pernicioso esta corte deve resolutamente definir o seu rosto.

divergentes afirmando que era uma posição maquiavélica – os fins justificam os meios. Na época, grampear era um *misdemeanor* (similar a contravenção penal), e o curioso foi que enquanto o juiz sustentava sua contraposição, o Mr. Justice Butler saiu pela tangente alegando que isto não era uma questão constitucional o fato da prova ter sido obtida por um *misdemeanor*.

A mesma lógica do caso Olmstead foi aplicada para interceptações físicas (*bugging*). Assim, em Goldman v. United States¹⁴⁹, a polícia colocou do lado de fora um microfone que conseguia escutar através da parede. Como não adentrou no recinto, o “grampo” foi entendido como válido. Entretanto, quando os policiais furaram a parede para conectar o microfone a

¹⁴⁹ United States Supreme Court. 316 U.S. 129 (1942) GOLDMAN v. UNITED STATES (two cases). SHULMAN v. SAME. Nos. 962, 963, 980. Argued Feb. 5, 6, 1942. Decided April 27, 1942. What is protected is the message itself throughout the course of its transmission by the instrumentality or agency of transmission. 6 Words written by a person and intended ultimately to be carried as so written to a telegraph office do not constitute a communication within the terms of the Act until they are handed to an agent of the telegraph company. Words spoken in a room in the presence of another into a telephone receiver do not constitute a communication by wire within the meaning of the section. Letters deposited in the Post Office are [316 U.S. 129, 134] protected from examination by federal statute,⁷ but it could not rightly be claimed that the office carbon of such letter, or indeed the letter itself before it has left the office of the sender, comes within the protection of the statute. The same view of the scope of the Communications Act follows from the natural meaning of the term 'intercept'. The listening in the next room to the words of Shulman as he talked into the telephone receiver was no more the interception of a wire communication, within the meaning of the Act, than would have been the overhearing of the conversation by one sitting in the same room. Disponível em: <<http://www.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=316&invol=129>> Acesso em 08/09/2014

Tradução Livre: O que é protegido é a própria mensagem durante todo o curso de sua transmissão pelos instrumentos ou agência de transmissão. 6 Palavras escritas por uma pessoa e cujo destino é ser transportada como escrito para um escritório de telégrafo não constituem uma comunicação nos termos da Lei, até que sejam entregues a um agente da empresa de telégrafo. Palavras ditas em uma sala na presença de um outro em um receptor de telefone não constituem uma comunicação por fio dentro do significado da seção. Cartas depositadas no posto dos correios são [316 US 129, 134] protegidas de exame por lei federal, 7, mas não poderia ser justamente alegado que o carbono de tal carta, ou mesmo a própria carta antes de ter deixado o escritório do remetente, vem dentro da proteção da lei. O mesmo ponto de vista do âmbito de aplicação da Lei de Comunicações decorre do significado natural do termo "interceptação". A escuta na sala ao lado com as palavras de Shulman enquanto falava no receptor de telefone não era mais a interceptação de uma comunicação fio, dentro do significado da Lei, do que teria sido alguém ouvir a conversa por um que se senta na mesma quarto.

um cano, o procedimento foi tido como ilícito pois invadiu a propriedade¹⁵⁰, conforme vemos em *Silverman v. United States*:

Seis anos após o caso *Olmstead*, o Congresso aprovou o *Federal Communications Act*, que continha os seguintes termos:

"... no person not being authorized by the sender shall intercept any communication and divulge or publish the existence, contents, purport, effect, or meaning of such intercepted communication to any person."¹⁵¹

Tradução Livre: ...nenhuma pessoa sem estar autorizada pelo **remetente** deve interceptar qualquer comunicação e divulgar ou publicar a existência, conteúdo, significado, efeito, ou o significado de tal comunicação interceptada a qualquer pessoa.

Vale levantar que tais termos eram ainda mais protetivos que a atual legislação brasileira, pois incluem o destinatário da conversa (qualquer pessoa não autorizada pelo remetente), enquanto aqui as partes podem gravar livremente as conversas tanto pessoais como por telefone já que a escuta ambiental não é vedada e sim a interceptação por terceiro **não autorizado por alguma das partes**.

Em uma situação curiosa, a polícia tentou fazer a interceptação ser admissível em corte¹⁵² simplesmente fazendo sua transcrição, no caso

¹⁵⁰ United States Supreme Court. 365 U.S. 505 (1961). SILVERMAN ET AL. v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. No. 66. Argued December 5, 1960. Decided March 6, 1961. On the record in this case, the eavesdropping was accomplished by means of an unauthorized physical penetration into the premises occupied by petitioners, which violated their rights under the Fourth Amendment. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=365&invol=505>
Acesso em 08/09/14

Tradução Livre: Neste caso, a espionagem foi feita através de uma penetração física não autorizada do local ocupado pelos peticionantes, o que violou os seus direitos conforme a quarta emenda.

¹⁵¹ Ch.652, 48 Stat. 1103 (1934)

¹⁵² United States Supreme Court. 308 U.S. 338 (1939), NARDONE et al. v. UNITED STATES. Argued Nov. 14, 1939. Decided Dec. 11, 1939. Here, as in the Silverthorne case, the facts improperly obtained do not 'become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it' simply because it is used derivatively. Disponível em:

Nardone v. United States. Evidentemente se trata de prova ilícita por derivação, que não pode ser aceita nem no direito americano nem no brasileiro.

Em uma decisão lógica, a suprema corte decidiu no caso Goldstein v. United States¹⁵³ que testemunhas que ouviram uma escuta ilegal

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=308&page=338>
Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: Aqui, como no caso Silverthorne, os fatos indevidamente obtidos não se tornam sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles é adquirido de uma fonte independente ele pode ser provado como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido pelo próprio erro do Governo não pode ser usado pois "simplesmente é usado de forma derivada.

¹⁵³ United States Supreme Court. 316 U.S. 114 (1942) GOLDSTEIN et al .v. UNITED STATES. Argued and Submitted Feb. 6, 1942. Decided April 27, 1942. We come to the capital and pivotal question: Assuming the witnesses' testimony was induced by divulging to them the contents of intercepted telephone messages, was the admission of this testimony erroneous? We hold that it was not. ... The petitioners, however, point out that the statute also forbids the use of an unlawfully intercepted message, or any information therein contained, by any person for his own benefit or the benefit of another not entitled thereto; and they say that the Government officials violated the Act by using the messages and the information they contained, to induce the senders' confessions and testimony. They urge that such use is forbidden by the Act and that they have standing to object to the introduction of the evidence thus obtained. The Government answers that this provision of the Act was not intended to reach the use of the contents of the messages by federal officers for obtaining evidence but was meant to prevent use for the personal advantage or benefit of the user. ... We are of opinion that even though the use made of the communications by the prosecuting officers to induce the parties to them to testify were held a violation of the statute, this would not render the testimony so procured inadmissible against a person not a party to the message. ... There was no use at the trial of the intercepted communications, or of any information they contained as such. If such use as occurred here is a violation of the Act, the statute itself imposes a sanction. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=316&invol=114>
Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: Nós viemos à pergunta capital e pivotal: Assumindo que o depoimento de testemunhas foi induzido por divulgar a eles o conteúdo das mensagens telefônicas interceptadas, foi a admissão deste testemunho errada? Afirmamos que não era. ... Os petionários, no entanto, salientam que o estatuto proíbe também a utilização de uma mensagem interceptada ilegalmente, ou qualquer informação nele contida, por qualquer pessoa em seu próprio benefício ou em benefício de outro não autorizado; e eles dizem que os funcionários do Governo violaram a lei usando as mensagens e as informações que continham, para induzir confissões e testemunhos dos remetentes. Eles pedem que tal uso é proibido por lei e que têm legitimidade para opor-se à introdução dos elementos de prova assim obtida. O Governo responde que esta disposição da lei não se destinava a alcançar a utilização dos conteúdos das mensagens por policiais federais para a obtenção de provas, mas foi concebido para impedir o uso para o benefício pessoal ou benefício do usuário. ... Somos da opinião de que, embora a utilização das comunicações pelos oficiais judiciais para induzir as partes a testemunhar foi uma violação do estatuto, isso não tornaria o testemunho deste modo adquirido inadmissível contra uma pessoa que não seja parte a mensagem. ... Não houve uso no julgamento das comunicações interceptadas, ou de qualquer informação contida como tal. Se tal uso como ocorreu aqui é uma violação da lei, o próprio estatuto impõe uma sanção

podem testemunhar na corte, desde que não citem a escuta, pois não compromete a validade do que viu ou ouviu quando não relacionado diretamente com a escuta, mesmo que esta tivesse sido utilizada ilegalmente como meio de persuasão. Outro caso peculiar foi quando uma das pessoas que estava efetuando a ligação telefônica autorizou que a polícia escutasse o conteúdo da conversa na sua própria extensão. A Suprema Corte entendeu que por não se tratar de interceptação o procedimento é plenamente válido, conforme vemos em Rathbun.¹⁵⁴ Nos termos do literais do *Federal Communications Act* (lei de comunicações federal) tal tese não poderia prosperar, mas conforme supracitado, a interpretações possuem tendências liberais. No Brasil, a gravação unilateral não é crime, mas seu uso como prova ainda é controvertido, tendo o STF decidido que “a gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.”¹⁵⁵

Em *Katz v. United States*¹⁵⁶ ocorreu a reviravolta. Não poderia se sustentar no caso em tutela o direito de propriedade porque o telefone que foi

¹⁵⁴ United States Supreme Court. 355 U.S. 107 RATHBUN v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE TENTH CIRCUIT. No. 30. Argued October 29, 1957. Decided December 9, 1957. Contents of a communication overheard by police officers on a regularly used telephone extension, with the consent of the person who is both the subscriber to the extension and a party to the conversation, are admissible in a criminal trial in a federal court; because such use of a regularly used telephone extension does not involve any "interception" of a telephone message, as Congress intended that word to be used in 605 of the Federal Communications Act. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=355&page=107>
Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: O conteúdo de uma comunicação ouvido por policiais em uma extensão do telefone usada regularmente, com o consentimento da pessoa que é tanto o assinante da extensão e uma parte da conversa, são admissíveis em um julgamento criminal em um tribunal federal; porque esse uso de uma extensão de telefone usado regularmente não implica qualquer "intercepção" de uma mensagem de telefone, nos termos que o Congresso pretende que esta palavra deve ser usada, conforme disposto em 605 da Lei Federal de Comunicações.

¹⁵⁵ STF, AI 503617 AgR / PR – PARANÁ, AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento em 01 fev 2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 04 mar 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362535> Acesso 19 jun 2015.

¹⁵⁶ United States Supreme Court. 389 US 347 (1967) KATZ v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. No.35. Argued

grampeado era público. O arguido pela corte foi que o que é protegido pela IV emenda são as pessoas e sua privacidade e não propriedade. O Mr. Justice Harlam, sintetizou a opinião da corte:

I join the opinion of the Court, which I read to hold only (a) that an enclosed telephone booth is an area where, like a home, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, and unlike a field, *Hester v. United States*, 265 U.S. 57, a person has a constitutionally protected reasonable expectation of privacy; (b) that electronic as well as physical intrusion into a place that is in this sense private may constitute a violation of the Fourth Amendment; [389 U.S. 347, 361] and (c) that the invasion of a constitutionally protected area by federal authorities is, as the Court has long held, presumptively unreasonable in the absence of a search warrant.

Tradução Livre: Uno-me a opinião do Tribunal, que li para assegurar somente que (a) que uma cabine telefônica fechada é uma área onde, como uma casa, *Weeks v. United States*, 232 US 383, e ao contrário de um campo, *Hester v. United Unidos*, 265 US 57, uma pessoa tem uma expectativa razoável de privacidade constitucionalmente protegida; (b) que a eletrônica bem como intrusão física em um lugar que é neste sentido privado pode constituir uma violação da Quarta Emenda; [389 US 347, 361] e (c) que a invasão de uma área constitucionalmente protegida pelas autoridades federais é, como o Tribunal de Justiça longa data, presumivelmente razoável na ausência de um mandado de busca.

A *doctrine* adotada anteriormente pelo direito americano não explicava a necessidade e foi superada pela sua limitação, já que a corte desejava expandir o alcance da IV emenda. Em *Goldman*¹⁵⁷ a doutrina já tinha

October 17, 1967. Decided December 18, 1967. The warrantless wiretapping of a public pay phone violates the unreasonable search and seizure protections of the Fourth Amendment. "For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection But what he seeks to preserve as private even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=389&page=347>
Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: As escutas telefônicas ilegais de um telefone público viola o direitos de vedação à busca e apreensão não razoáveis protegidos pela Quarta Emenda. "Pois a Quarta Emenda protege pessoas, e não lugares. O que uma pessoa com conhecimento do que está fazendo expõe ao público, mesmo em sua própria casa ou escritório, não é um tema de proteção da Quarta Emenda.... Mas o que ele procura preservar como privado, mesmo em uma área acessível ao público, pode ser constitucionalmente protegido.

¹⁵⁷ *United States Supreme Court*. 316 U.S. 129 (1942) *GOLDMAN v. UNITED STATES* (two cases). *SHULMAN v. SAME*. Nos. 962, 963, 980. Argued Feb. 5, 6, 1942. Decided April 27, 1942. The circumstance that petitioners were obviously guilty of gross fraud is immaterial. The Amendment provides no exception in its guaranty of protection. Its great purpose was to protect the citizen against oppressive tactics. Its benefits are illusory indeed if they are denied to

sido aumentada, sendo decidido finalmente que a interceptação telefônica somente pode ocorrer por mandando judicial, justificando com base em que os direitos valem para todos, não sendo possível criar exceções.

Avaliando a doutrina, entretanto, é visível a expectativa de privacidade não se aplica a locais públicos. Daí que se a pessoa gritar no meio de uma praça suas atividades criminosas não pode esperar que possua privacidade. O mesmo se aplica no caso de cães farejadores em aeroportos, conforme decidiu a corte em *Place V. United States*¹⁵⁸ assim como realizar testes químicos para detectar drogas, conforme *Jacobsen*¹⁵⁹

Um caso muito curioso é o entendimento que a Suprema Corte possui quanto aos números discados. O afirmado é que como estes são enviados para a empresa telefônica e nestas ficam gravados, não se pode falar em expectativa de privacidade, podendo estes serem fornecidos simplesmente a pedido da polícia, conforme foi feito em *Smith v. Maryland*.¹⁶⁰ Já o direito brasileiro protege também os dados.

persons who may have been convicted with evidence gathered by the very means which the Amendment forbids. Disponível em:

<<http://www.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=316&invol=129>>
Acesso em 08/09/2014

Tradução Livre: A circunstância de que os petionários foram eram obviamente culpados de fraude grosseira é imaterial. A emenda prevê nenhuma exceção em sua garantia de proteção. Seu grande objetivo era proteger o cidadão contra as táticas opressivas. Seus benefícios serão ilusórios, de fato, se eles são negados às pessoas que podem ter sido condenados com provas recolhidas pelos mesmos meios que a Emenda proíbe.

¹⁵⁸ United States Supreme Court. 462 US 696 (1983). UNITED STATES v. PLACE CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT No. 81-1617. Argued March 2, 1983 Decided June 20, 1983. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=462&page=696>>
Acesso em 08/09/2014

¹⁵⁹United States Supreme Court. 466 US 109 (1984) UNITED STATES v. JACOBSEN ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE EIGHTH CIRCUIT No. 82-1167. Argued December 7, 1983 Decided April 2, 1984. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=466&page=109>>
Acesso em 08/09/2014

¹⁶⁰ United States Supreme Court. 442 U.S. 735 (1979). SMITH v. MARYLAND. CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF MARYLAND. No. 78-5374. Argued March 28, 1979.

Após a breve exposição sobre a interceptação, é mister passarmos para o tema mais polêmico na jurisprudência americana: a busca e apreensão.

4.3 Busca Domiciliar e Pessoal. Limites Constitucionais. Critérios do Direito comparado. A constitucionalidade da busca randômica.

A 4ª emenda americana, coloca apenas 2 limites constitucionais para a busca domiciliar: a *reasonableness clause*, que exige que as buscas sejam razoáveis e a *warrant clause*, que demanda que os mandados judiciais possuam causa provável e delimitação do que deve ser buscado e do local com

Decided June 20, 1979. Petitioner in all probability entertained no actual expectation of privacy in the phone numbers he dialed, and even if he did, his expectation was not "legitimate." First, it is doubtful that telephone users in general have any expectation of privacy regarding the numbers they dial, since they typically know that they must convey phone numbers to the telephone company and that the company has facilities for recording this information and does in fact record it for various legitimate business purposes. And petitioner did not demonstrate an expectation of privacy merely by using his home phone rather than some other phone, since his conduct, although perhaps calculated to keep the contents of his conversation private, was not calculated to preserve the privacy of the number he dialed. Second, even if petitioner did harbor some subjective expectation of privacy, this expectation was not one that society is prepared to recognize as "reasonable." When petitioner voluntarily conveyed numerical information to the phone company and "exposed" that information to its equipment in the normal course of business, he assumed the risk that the company would reveal the information. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=442&page=735>>
Acesso em 08/09/2014

Tradução Livre: O Peticionário com toda a probabilidade não vislumbrou nenhuma expectativa real de privacidade nos números de telefone discados por ele, e mesmo que o fizesse, sua expectativa não era "legítima". Em primeiro lugar, é duvidoso que os usuários de telefones em geral têm qualquer expectativa de privacidade em relação aos números que marcam, já que normalmente sabem que devem transmitir números de telefone para a companhia telefônica e que a empresa dispõe de instalações para gravar essas informações e de fato as gravam para vários fins comerciais legítimos. E o peticionário não demonstrou nenhuma expectativa de privacidade apenas usando seu telefone de casa em vez de algum outro telefone, uma vez que a sua conduta, embora talvez calculada para manter o conteúdo de sua conversa privada, não foi calculada para preservar a privacidade do número discado. Em segundo lugar, mesmo se o peticionário fez abrigar alguma expectativa subjetiva de privacidade, essa expectativa não era um que a sociedade está disposta a reconhecer como "razoável". Quando o peticionário transmitiu voluntariamente as informações numéricas para a empresa de telefonia e "expôs" essa informação para seus equipamentos no curso normal dos negócios, ele assumiu o risco de que a empresa iria revelar a informação.

precisão. A pessoal é limitada apenas pela razoabilidade ou justa causa. Já no Brasil, os requisitos são mandando judicial (warrant) fundamentado (razoabilidade) e período diurno¹⁶¹, sem exigência expressa da delimitação para a busca, que é infra legal¹⁶². No Brasil o sistema para a busca pessoal é bastante similar, sendo todavia infra legal, e com a pequena diferença que a busca pessoal também está expressamente prevista no mesmo artigo da lei federal tanto a cláusula de razoabilidade (justa causa – fundada suspeita) em conjunto com o dever de efetuar a busca quando o acusado for preso¹⁶³, mas sem a obrigação de mandado.

Para a busca domiciliar, a doutrina americana utilizava a *Tresspass Doctrine*, com base no direito de propriedade, que o Estado estará invadindo a propriedade e disto decorre o ilícito que somente pode ser superado com o mandado para evitar arbítrios. Tal doutrina é oriunda da *Castle Doctrine*, em que dentro da propriedade seu dono é seu Rei, em termos. Tal posição foi explicada em *Weeks*¹⁶⁴:

Judge Cooley, in his *Constitutional Limitations*, pp. 425, 426, in treating of this feature of our Constitution said: 'The maxim that 'every man's house is his castle' is made a part of our constitutional law in the clauses prohibiting unreasonable searches and seizures, and has always been looked upon as of high value to the citizen.' 'Accordingly,' says Lieber in his work on *Civil Liberty and Self- Government*, 62, in speaking of the English law in this respect, 'no man's house can be forcibly opened, or he or his goods be carried away after it has thus been forced, except in cases of felony; and then the sheriff must be

¹⁶¹ CF, Art 5º. XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

¹⁶² Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

¹⁶³ Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

¹⁶⁴

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=232&page=383>

furnished with a warrant, and take great care lest he commit a trespass. This principle is jealously insisted upon.

Tradução Livre: O Juiz Cooley, em seu livro Limitações Constitucionais, pp 425, 426, no tratamento desta característica da nossa Constituição, disse: 'A máxima de que "a casa de cada homem é seu castelo" é feita uma parte do nosso direito constitucional nas cláusulas proibindo buscas e apreensões, e sempre foi encarado como de alto valor para o cidadão. ""Assim", diz Lieber em seu trabalho sobre Liberdade Civil e Autonomia, 62, ao falar da lei Inglês, a este respeito, "a casa de ninguém pode ser aberta à força, ou ele ou seus bens serem levados após a abertura por força, exceto em casos de crime; e, mesmo assim, o xerife deve estar equipado com um mandado, e tomar muito cuidado para que ele não cometa uma transgressão. Este princípio é zelosamente insistido.

Essa teoria se manteve até *Katz v. United States*¹⁶⁵, em que foi ampliada, com o uso de uma justificativa mais abrangente, como a que a proteção ocorre para as pessoas e não a propriedade.

É interessante notar que a busca efetuada por agente privado não está sujeita as restrições como é a feita por agente público, conforme *Burdeau v. McDowell*¹⁶⁶, mas, se o agente particular fizer a busca por ordem de um agente público a restrição é aplicável.

Quanto aos mandados é mister citar que a Suprema Corte entende que apesar de os mandados exigirem delimitação do que é procurado, o agente pode apreender objetos não expressamente delimitados, desde que relacionados ao crime que originou o mandado, conforme vemos em *Andresen*

¹⁶⁵United States Supreme Court. 389 US 347 (1967) *KATZ v. UNITED STATES*. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. No.35. Argued October 17, 1967. Decided December 18, 1967. The warrantless wiretapping of a public pay phone violates the unreasonable search and seizure protections of the Fourth Amendment. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=389&page=347>>
Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: O escutas telefônicas ilegais de um telefone público violam as proteções contra busca e apreensão não razoáveis da Quarta Emenda.

¹⁶⁶United States Supreme Court. 256 US 465 (1921) *BURDEAU*, Sp. Asst. Atty. Gen., v. *McDOWELL*. No. 646. Argued April 11 and 12, 1921. Decided June 1, 1921. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=256&page=465>>
Acesso em 08/09/14.

V. Maryland¹⁶⁷, em que o mandando continha a cláusula autorizando pegar todos os instrumentos e evidência que tivessem relação com o crime e os frutos que fossem deste oriundo.

Os mandados para serem válidos também exigem *probable cause*, cuja construção é inteiramente jurisprudencial. Diversos conceitos são utilizados. No caso *Dumbra v. United States*¹⁶⁸ a Suprema Corte prolatou o seguinte entendimento:

In determining what is probable cause, we are not called upon to determine whether the offense charged has in fact been committed. We are concerned only with the question whether the affiant had reasonable grounds at the time of his affidavit and the issuance of the warrant for the belief that the law was being violated on the premises to be searched, and if the apparent facts set out in the affidavit are such that a reasonably discreet and prudent man would be led to believe that there was a commission of the offense charged, there is probable cause justifying the issuance of a warrant.

Tradução Livre: Para determinar o que é causa provável, não estamos chamados em determinar se a infração foi efetivamente cometida. Estamos preocupados apenas com a questão de saber se o declarante tinha motivos razoáveis no momento da sua declaração e da emissão do mandado para a crença de que a lei estava sendo violada no local a ser pesquisado, e se os fatos aparentes

¹⁶⁷United States Supreme Court. 427 US 463 (1976) ANDRESEN v. MARYLAND CERTIORARI TO THE COURT OF SPECIAL APPEALS OF MARYLAND No. 74-1646. Argued February 25, 1976 Decided June 29, 1976. The warrants were not rendered fatally "general" by the "together with" phrase, which appeared in each warrant at the end of a sentence listing the specified items to be seized, all pertaining to Lot 13T. This phrase must be read as authorizing only the search for and seizure of evidence relating to the crime of false pretenses with respect to Lot 13T.

* "together with other fruits, instrumentalities and evidence of crime at this [time] unknown."

Disponível em: Os mandados não são transformados em "generalista" pela uso do termo "juntamente com" na frase, que apareceu em cada mandado no final de uma frase listando os itens especificados a serem apreendidos, todos pertencentes a Lot 13T. Esta frase deve ser lida no sentido de autorizar unicamente a busca e apreensão de provas relacionadas com o crime de falsas pretensões com relação a lote 13T.

* "Juntamente com outros frutos, instrumentos e evidência de crime neste [tempo] desconhecido."

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=427&page=463>> Acesso em 08/09/14.

¹⁶⁸ United States Supreme Court. 268 U.S. 435 (1925) DUMBRA et al. v. UNITED STATES. No. 546. Argued and Submitted April 20, 21, 1925. Decided May 25, 1925. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=268&page=435>> Acesso em 08/09/14.

estabelecidos no depoimento são tais que um homem razoavelmente discreto e prudente seria levado a acreditar que havia uma comissão da infração imputada, existindo causa provável que justifica a emissão de um mandado.

É necessário observar que a causa provável não está vinculada ao fato da prova ser inadmissível em juízo, como o *hearsay*¹⁶⁹ (ouvi dizer). A Suprema Corte deixou bem claro que existe uma grande diferença entre indícios de culpa e culpa, o primeiro exige mera suspeita razoável enquanto o segundo exige certeza acima de toda e qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), mas que os critérios para quantificar o meio termo são extremamente arbitrários e variam de tribunal para tribunal.¹⁷⁰ Outro detalhe é que não pode o magistrado ater-se excessivamente ao tecnicismo já que o próprio conceito de causa provável indica que estamos diante de um jogo de

¹⁶⁹ United States Supreme Court. 358 U.S. 307 (1959) DRAPER v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE TENTH CIRCUIT. No. 136. Argued December 11, 1958. Decided January 26, 1959. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=358&page=307>> Acesso em 08/09/14.

¹⁷⁰ United States Supreme Court. 338 U.S. 160 BRINEGAR v. UNITED STATES. No. 12. Argued Oct. 18, 19, 1948. Decided June 27, 1949. Apart from its failure to take account of the facts disclosed by Malsed's direct and personal observation, even if his testimony concerning the prior arrest were excluded, the so-called distinction places a wholly unwarranted emphasis upon the criterion of admissibility in evidence, to prove the accused's guilt, of the facts relied upon to show probable cause. That emphasis, we think, goes much too far in confusing and disregarding [338 U.S. 160, 173] the difference between that is required to prove guilt in a criminal case and what is required to show probable cause for arrest or search. It approaches requiring (if it does not in practical effect require) proof sufficient to establish guilt in order to substantiate the existence of probable cause. There is a large difference between the two things to be proved, as well as between the tribunals which determine them, and therefore a like difference in the quantity and modes of proof required to establish them. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=338&invol=160#172>> Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: Além da sua não consideração dos fatos divulgados pela observação direta e pessoal de Malsed, mesmo que o seu testemunho sobre a detenção prévia fosse excluído, a distinção assim chamada coloca uma ênfase totalmente injustificada sobre o critério de admissibilidade em evidência, para comprovar o acusado de culpa, dos fatos invocados para mostrar a causa provável. Essa ênfase, pensamos, vai longe demais, sendo confuso e desconsiderando [338 US 160, 173] a diferença entre o que é necessário para provar a culpa em um processo criminal e o que é necessário para mostrar a causa provável para prisão ou busca. Aborda a exigência de prova suficiente para estabelecer a culpa, a fim de comprovar a existência de causa provável. Há uma grande diferença entre as duas coisas para serem provadas, bem como entre os tribunais que as determinam e, portanto, uma diferença tanto na quantidade como nos meios de prova necessários para estabelecê-los.

probabilidades sem muita definição¹⁷¹. É o que foi prolatado em *Brinegar V. United States*. Entretanto, para ter validade a prova tem que ter credibilidade e conferir ao magistrado condições de verificar sua credibilidade. Um juramento (*affidavit*) de um policial afirmando que possuía informação confiável de uma pessoa confiável foi tido como insuficiente em *Aguilar V. Texas*¹⁷², justamente porque o juiz não tinha como verificar a procedibilidade da matéria e a credibilidade da informação.

¹⁷¹ United States Supreme Court. 338 U.S. 160 *BRINEGAR v. UNITED STATES*. No. 12. Argued Oct. 18, 19, 1948. Decided June 27, 1949. In dealing with probable cause, however, as the very name implies, we deal with probabilities. These are not technical; they are the factual and practical considerations of everyday life on which reasonable and prudent men, not legal technicians, act. The standard of proof is accordingly correlative to what must be proved. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=338&invol=160#175>> Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: Ao lidar com a causa provável, no entanto, como o próprio nome indica, lidamos com probabilidades. Estas não são técnicas; elas são as considerações fatuais e práticas da vida cotidiana em que homens razoáveis e prudentes, e não técnicos, atuam. O nível da prova é, portanto, correlativo ao que deve ser comprovada

¹⁷² United States Supreme Court. 378 U.S. 108 (1964) *AGUILAR v. TEXAS. CERTIORARI TO THE COURT OF CRIMINAL APPEALS OF TEXAS*. No. 548. Argued March 25-26, 1964. Decided June 15, 1964. Although an affidavit may be based on hearsay information and need not reflect the direct personal observations of the affiant, *Jones v. United States*, 362 U.S. 257, the magistrate must be informed of some of the underlying circumstances from which the informant concluded that the narcotics were where he claimed they were, and some of the underlying circumstances from which the officer concluded that the informant, whose identity need not be disclosed, see *Rugendorf v. United States*, 376 U.S. 528, was "credible" or his information "reliable." 5 Otherwise, [378 U.S. 108, 115] "the inferences from the facts which lead to the complaint" will be drawn not "by a neutral and detached magistrate," as the Constitution requires, but instead, by a police officer "engaged in the often competitive enterprise of ferreting out crime,".

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=338&invol=160#175>> Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: Apesar de uma declaração pode ser baseada em informações oriundas de boatos e não precisa refletir as observações pessoais e diretas do declarante, como vemos em *Jones v. United States*, 362 US 257, o magistrado deve ser informado de algumas das circunstâncias subjacentes a partir do qual o informante concluiu que os narcóticos estavam onde ele alegou que iriam estar, e algumas das circunstâncias subjacentes a partir do qual o oficial concluiu que o informante, cuja identidade não deva ser divulgada, consulte *Rugendorf v. United States*, 376 US 528, era "crível" ou sua informação "confiável." 5 Caso contrário, [378 US 108, 115] "as inferências a partir dos fatos que levam à queixa" serão feitas não "por um magistrado neutro e independente", como a Constituição exige, mas em vez disso, por um policial "envolvidos em um empreendimento muitas vezes competitivo de desentocar crime".

É interessante também apresentar a *in plain view doctrine*, que determina não ser necessário mandado quando o objeto do crime se encontra visível diretamente. Conforme a lição de Justice Brennan e Marshall os requisitos criados jurisprudencialmente no famoso caso Horton v. California¹⁷³ são:

- 1- The officer to be lawfully present at the place where the evidence can be plainly viewed,
- 2- The officer to have a lawful right of access to the object, and
- 3- The incriminating character of the object to be "immediately apparent."

Tradução Livre:

- 1- O oficial deve estar legalmente presente no local em que a prova pode ser claramente vista,
- 2- O oficial deve ter o direito legal de acesso ao objeto e
- 3- O caráter incriminador do objeto a ser "imediatamente aparente".

Vale suscitar que antes deste caso, o entendimento era que além desses critérios era necessário que fosse uma "*inadvertent discovery*" (descoberta acidental), conforme visível em Arizona v. Hicks¹⁷⁴, citando o caso Coolidge (binding):

In Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971), Justice Stewart summarized three requirements that the plurality thought must be satisfied for a plain-view search or seizure. First, the police must lawfully make an initial intrusion or otherwise be in a position from which they can view a particular area. Second, the officer must discover incriminating evidence "inadvertently." Third, it must be "immediately apparent" to the police that the items they observe may be evidence of a crime, contraband, or otherwise subject to seizure. As another plurality observed in Texas v. Brown, 460 U.S. 730, 737 (1983), these three requirements have never been expressly

¹⁷³ United States Supreme Court. 496 U.S. 128 (1990) HORTON v. CALIFORNIA CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, SIXTH APPELLATE DISTRICT No. 88-7164. Argued February 21, 1990 Decided June 4, 1990

Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=496&page=128>>
Acesso em 08/09/14.

¹⁷⁴United States Supreme Court. 480 U.S. 321 (1987) ARIZONA v. HICKS CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF ARIZONA No. 85-1027. Argued December 8, 1986 Decided March 3, 1987. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=480&page=321>>
Acesso em 08/09/14.

adopted by a majority of this Court, but "as the considered opinion of four Members of this Court [the Coolidge plurality] should obviously be the point of reference for further discussion of the issue." There is no dispute in this case that the first two requirements have been satisfied.

Tradução Livre: Em *Coolidge v. New Hampshire*, 403 US 443 (1971), Stewart Justiça resumiu três requisitos que o pensamento da pluralidade dos juízes concordaram que devem ser satisfeitas para uma busca ou apreensão *in plain view*. Primeiro, a polícia deve fazer legalmente uma intrusão inicial ou de outra forma estar em uma posição a partir da qual eles podem ver uma área particular. Em segundo lugar, o policial deve descobrir provas incriminatórias "inadvertidamente". Em terceiro lugar, deve ser "imediatamente aparente" à polícia que os itens que observamos podem ser evidência de um crime, contrabando, ou de outro modo sujeitos a apreensão. Como outra pluralidade observada em *Texas v. Brown*, 460 US 730, 737 (1983), estes três requisitos nunca foram expressamente aprovadas por uma maioria deste Tribunal, mas "como a opinião considerada de quatro membros deste Tribunal [a pluralidade Coolidge] deve, obviamente, ser o ponto de referência para uma discussão mais aprofundada da questão. "Não há disputa neste caso que os dois primeiros requisitos foram cumpridos.

Apenas em *Horton*¹⁷⁵ que a essa necessidade da descoberta ser acidental foi superada, sem dúvida por se tratar de um entrave desnecessário,

¹⁷⁵ United States Supreme Court. 496 U.S. 128 (1990) *HORTON v. CALIFORNIA CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, SIXTH APPELLATE DISTRICT* No. 88-7164. Argued February 21, 1990 Decided June 4, 1990. *Coolidge* is a binding precedent. However, the second of the *Coolidge* plurality's two limitations on the plain-view doctrine - that the discovery of evidence in plain view must be inadvertent, *id.*, at 469 - was not essential to the Court's rejection of the State's plain-view argument in that case. Rather, the first limitation - that plain view alone is never enough to justify a warrantless seizure, *id.*, at 468 - adequately supports the Court's holding that gunpowder found in vacuum sweepings from one of the automobiles seized in plain view on the defendant's driveway in the course of his arrest could not be introduced against him because the warrantless seizures violated the Fourth Amendment. In order for a warrantless seizure of an object in plain view to be valid, two conditions must be satisfied in addition to the essential predicate that the officer did not violate the Fourth Amendment in arriving at the place from which [496 U.S. 128, 129] the object could be plainly viewed. First, the object's incriminating character must be "immediately apparent," *id.*, at 466. Although the cars in *Coolidge* were obviously in plain view, their probative value remained uncertain until after their interiors were swept and examined microscopically. Second, the officer must have a lawful right of access to the object itself. Justice Harlan, who concurred in the *Coolidge* judgment but did not join the plurality's plain-view discussion, may well have rested his vote on the fact that the cars' seizure was accomplished by means of a warrantless trespass on the defendant's property. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=496&page=128>>
Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: *Coolidge* é um precedente vinculante. No entanto, a segunda de duas limitações da pluralidade em *Coolidge* sobre a doutrina *plain-view* - que a descoberta de provas à vista deve ser inadvertida, *id.*, na 469 - não era essencial para a rejeição do Tribunal de argumento *plain-view* do Estado na Nesse caso. Em vez disso, a primeira limitação - que vista de todos por si só não é suficiente para justificar uma apreensão sem mandado, *id.*, a 468 -

já que o fato de ser fortuito ou deliberado não viola nenhum direito, e levaria a absurdos como o policial entrar em uma casa para apreender documentos prevendo que existiam outros crimes e ver diversas drogas sem poder apreender, pois não estava no mandado nem era seu objeto.

Exemplos não faltam de uso da teoria *in plain view* para efetuar busca, como *Washington v. Chrisman*¹⁷⁶, em que o policial após legalmente entrar em um dormitório apreendeu sementes de maconha e um cachimbo; *United States v. Santana*¹⁷⁷, em que esta foi a justificativa utilizada para entrar na casa do réu para prendê-lo; *Harris v. United States*¹⁷⁸, em que o policial abriu

adequadamente suporta a corte ao considerar que a pólvora encontrados em lixo de vácuo de um dos veículos apreendidos à vista na entrada de automóveis do réu durante o curso de sua prisão não poderia ser introduzida contra ele porque as apreensões sem mandado violaram a Quarta Emenda. Para que uma apreensão sem mandado de um objeto à vista possa ser válida, duas condições devem ser satisfeitas, além de o predicado essencial que o policial não viole a Quarta Emenda, para chegar ao lugar de onde [496 US 128, 129] o objeto pode ser claramente visto. Primeiro, o caráter incriminador do objeto deve ser "imediatamente aparente", id., No 466. Embora os carros em *Coolidge* foram, obviamente, à vista de todos, o seu valor probatório se manteve incerta até depois de seus interiores foram varridos e analisados microscopicamente. Em segundo lugar, o oficial deve ter um direito legal de acesso ao próprio objeto. Justiça Harlan, que concordou com o julgamento *Coolidge*, mas não se juntou a discussão da pluralidade sobre o *plain-view*, pode muito bem ter descansado o seu voto sobre o fato de que a apreensão dos veículos foi realizada por meio de uma transgressão sem mandado na propriedade do réu.

¹⁷⁶ United States Supreme Court. 455 U.S. 1 (1982) WASHINGTON v. CHRISMAN CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF WASHINGTON No. 80-1349. Argued November 3, 1981 Decided January 13, 1982. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=455&page=1>>
Acesso em 08/09/14.

¹⁷⁷ United States Supreme Court. 427 U.S. 38 (1976) UNITED STATES v. SANTANA ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT No. 75-19. Argued April 27, 1976 Decided June 24, 1976. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=427&page=38>>
Acesso em 08/09/14.

¹⁷⁸ United States Supreme Court. 390 U.S. 234. HARRIS v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. No. 92. Argued January 18, 1968. Decided March 5, 1968. (1968) Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=390&page=234>>
Acesso em 08/09/14.

a porta de um veículo apreendido e encontrou evidência, dentre diversos outros casos¹⁷⁹

Além disso, é relevante mostrar que nos Estados Unidos, assim como no Brasil, a visão da *mera* evidência não é motivo para o oficial entrar na propriedade e arrematar os bens, exceto se a posse da evidência per si configurar *evidente* delito, devendo ser procurado o mandado, conforme vimos em *Steele v. United States*¹⁸⁰, em que os policiais viram o contrabando e foram procurar o mandado, sendo legítima a apreensão. Já em *Taylor v. United States*¹⁸¹, os policiais simplesmente vendo o contrabando entraram no local e apreenderam, o que foi tido como inconstitucional. É claro que em situações que seja extremamente necessário a entrada dos policiais como surge a chamada *warrant exception*: flagrante delito, emergência, destruição de evidência¹⁸², segurança pública¹⁸³

¹⁷⁹ <http://constitution.findlaw.com/amendment4/annotation04.html#f104>

¹⁸⁰ United States Supreme Court. 267 U.S. 498 (1925) STEELE v. UNITED STATES. No. 235. Argued March 11, 1925. Decided April 13, 1925. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=267&page=498>>
Acesso em 08/09/14.

¹⁸¹United States Supreme Court. 286 U.S. 1 (1932) OLIVER et al. v. UNITED STATES et al. In re WEST COAST RUBBER CORPORATION. No. 180. Submitted March 2, 1925. Decided April 13, 1925. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=268&page=1>>
Acesso em 08/09/14.

¹⁸² United States Court of Appeals, Sixth Circuit. UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Sean CARTER, Defendant-Appellant. No. 01-5338. Decided: August 6, 2004. Officers were investigating drug violations at a motel. They knocked on the door and the occupant opened. The officers smelled the odor of burned marijuana and saw a "blunt" (hollowed out cigar filled with marijuana) in plain view. The officers had the exigent circumstance of the possible rapid destruction of evidence. They were justified in entering the motel without a warrant and seize the "blunt". Disponível em:

<<http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1344652.html>> Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: Os oficiais foram investigar violações de drogas em um motel. Eles bateram na porta e o ocupante a abriu. Os oficiais sentiram o odor de maconha queimada e viram uma "bituca" (cigarro esvaziado e depois preenchido com maconha) à vista. Os oficiais tinham a circunstância exigente da possível destruição rápida de provas. Eles foram justificados em entrar no motel sem um mandado e apreender a "bituca".

¹⁸³ United States Court of Appeals, Tenth Circuit. UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Joel Dean RHIGER, Defendant-Appellant. No. 01-2246. Decided: January 14,

Um caso extremamente interessante neste tema foi a discussão entre a Suprema Corte de Kentucky e a Supreme Court em *Kentucky v. King*¹⁸⁴, em que Kentucky entendeu que quando um policial bate na porta não pode entrar para impedir a destruição de evidência pois ele mesmo criou a situação que fez os criminosos destruírem a evidência. A Suprema Corte divergiu e expediu um *writ of certiorari* determinando como a ação dos policiais não foi ilegal, não se pode falar em violação a 4ª emenda.

Em campos abertos existia certa divergência após *Katz* se a 4ª emenda se aplicava, que foi apaziguada após *Oliver v. United States*¹⁸⁵, em

2003. The defendant was observed by federal drug agents driving two companions to locations where materials were bought. The materials were components used to manufacture methamphetamine. The agents observed the material being carried into a house. They observed the house for about an hour. They then detected the odor of cooking meth coming from the house. The agents entered the house without a warrant fearing that an active lab could explode. The agents rendered the lab safe, secured the residence, and obtained a search warrant. The entry to the residence was lawful because it was a public safety exception under exigent circumstances. Disponível em:

<<http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1308166.html>> Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: O réu foi observado por agentes federais de drogas dirigindo dois companheiros para locais onde os materiais foram comprados. Os materiais eram componentes utilizados para fabricar metanfetamina. Os agentes observaram o material a ser transportado para uma casa. Eles observaram a casa por cerca de uma hora. Detectaram, então, o odor de metanfetamina sendo cozinhada vindo da casa. Os agentes entraram na casa sem um mandado temendo que um laboratório ativo poderia explodir. Os agentes garantiram que o laboratório estava seguro, protegeram a residência, e obtiveram um mandado de busca. A entrada para a residência era legal porque era uma exceção de segurança pública em circunstâncias exigentes.

¹⁸⁴ United States Supreme Court. 563 US No. 09–1272 KENTUCKY, PETITIONER v. HOLLIS DESHAUN KING ON WRIT OF CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF KENTUCKY [May 16, 2011]. Disponível em:

<<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1272.pdf>> Acesso em 08/09/14.

¹⁸⁵ United States Supreme Court. 466 U.S. 170 (1984) OLIVER v. UNITED STATES CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT No. 82-15. Argued November 9, 1983 Decided April 17, 1984. Steps taken to protect privacy, such as planting the marijuana on secluded land and erecting fences and "No Trespassing" signs around the property, do not establish that expectations of privacy in an open field are legitimate in the sense required by the Fourth Amendment. The test of legitimacy is not whether the individual chooses to conceal assertedly "private" activity, but whether the government's intrusion infringes upon the personal and societal values protected by the Amendment. The fact that the government's intrusion upon an open field is a trespass at common law does not make it a "search" in the constitutional sense. In the case of open fields, the general rights of property protected by the common law of trespass have little or no relevance to the applicability of the Fourth Amendment. Disponível em:

que agentes federais literalmente pularam a cerca e adentraram no campo aberto da propriedade para encontrar a maconha após uma denúncia anônima. Depois estes retornaram com um mandado, que após ter sua validade anulada pela Corte distrital e ter sido aceito pela Corte de Apelação, foi aceito também pela Suprema Corte Americana.

Uma questão relevante é sobre a disponibilidade do direito garantido pela 4ª emenda. A Suprema corte entende que tal direito é disponível, segundo *Bumper v. North Carolina*¹⁸⁶ mas que o ônus de provar o voluntário

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=466&invol=170>>
Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: Medidas tomadas para proteger a privacidade, como o plantio de maconha em terras isoladas, erguer cercas e colocar sinais escrito "entrada proibida" ao redor da propriedade, não estabelecem que as expectativas de privacidade em um campo aberto são legítimas no sentido exigido pela Quarta Emenda. O teste de legitimidade não é se o indivíduo escolhe esconder a atividade "privada", mas se a intrusão do governo infringiu os valores pessoais e sociais protegidos pela Emenda. O fato de que a intrusão do governo sobre um campo aberto é uma transgressão à lei comum não tornará a ação uma "procura" no sentido constitucional. No caso de campos abertos, os direitos gerais dos bens protegidos pela lei comum de transgressão têm pouca ou nenhuma relevância para a aplicabilidade da Quarta Emenda.

¹⁸⁶United States Supreme Court. 391 U.S. 543 (1968). BUMPER v. NORTH CAROLINA. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF NORTH CAROLINA. No. 1016. Argued April 24-25, 1968. Decided June 3, 1968. When a prosecutor seeks to rely upon consent to justify the lawfulness of a search, he has the burden of proving that the consent was, in fact, freely and voluntarily given. 12 This burden cannot be discharged by [391 U.S. 543, 549] showing no more than acquiescence to a claim of lawful authority. 13 A search conducted in reliance upon a warrant cannot later be justified on the basis of consent if it turns out that the warrant was invalid. 14 The result can be no different when it turns out that the State does not even attempt to rely upon the validity of the warrant, [391 U.S. 543, 550] or fails to show that there was, in fact, any warrant at all. (...)When a law enforcement officer claims authority to search a home under a warrant, he announces in effect that the occupant has no right to resist the search. The situation is instinct with coercion - albeit colorably lawful coercion. Where there is coercion there cannot be consent. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=391&invol=543>>
Acesso em 09/09/14.

Tradução Livre: Quando um promotor pretende invocar o consentimento para justificar a legalidade de uma busca, ele tem o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado. 12 Tais encargos não podem ser cumpridos [391 US 543, 549] mostrando não mais do que aquiescência diante da reivindicação de autoridade legítima. 13 Uma busca realizada em confiança um mandado não podem mais tarde ser justificada com base no consentimento se se verificar que o mandado era inválido. 14 O resultado não pode ser diferente quando se constata que o Estado não tenta sequer invocar a validade do mandado, [391 US 543, 550] ou falha em mostrar que houve, de fato, qualquer mandado. (...) Quando uma autoridade de aplicação da lei reivindica que possui autorização oficial para procurar uma casa sob um mandado, ele anuncia no sentido de que o ocupante não tem o

consentimento é da acusação. Além disso, o consentimento não pode ter sido dado sob a afirmação de que o oficial usa seu poder e afirma que possui direito de entrar, caso em que o consentimento é viciado, conforme exposto em Bumper.

Entretanto, no que concerne aos policiais *undercover* (infiltrados) a regra se modifica. O consentimento obtido mediante fraude é tido como válido (ao contrário do obtido mediante coação) porque o suspeito assume o risco de ser traído ao convidar alguém para dentro de sua casa, como vemos em *Henry v. United States*¹⁸⁷, em que fica claro a posição que privilegia a infiltração, que seria tornada inútil caso fosse contrário o entendimento.

Um caso também emblemático ocorre quando o consentimento é dado por terceiro. A Suprema Corte entendia anteriormente que o consentimento só pode ser fornecido por quem possuísse autoridade comum ou outra relação suficiente sobre o ente a ser objeto da busca. No caso de uma mulher com quem o acusado convivia o consentimento foi tido como válido em *United States v. Matlock*¹⁸⁸. Mas o consentimento dado pelo *landlord* (similar

direito de resistir à busca. A situação é similar com a coerção - embora seja coerção mediante fraude. Onde há coerção não pode haver consentimento

¹⁸⁷ *United States Supreme Court. 447 U.S. 264 (1980) UNITED STATES v. HENRY. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT. No. 79-121. Argued January 16, 1980. Decided June 16, 1980. It is quite a different matter when the Government uses undercover agents to obtain incriminating statements from persons not in custody but suspected of criminal activity prior to the time charges are filed. In Hoffa v. United States, 385 U.S. 293, 302 (1966), for example, this Court held that "no interest legitimately protected by the Fourth Amendment is involved" because "the Fourth Amendment [does not protect] a wrongdoer's misplaced belief that a person to whom he voluntarily confides his wrongdoing will not reveal it. Disponível em:*

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=447&invol=264>>
Acesso em 09/09/14.

Tradução Livre: É uma questão bem diferente quando o Governo usa agentes disfarçados para obter declarações incriminadoras de pessoas que não estão sob custódia, mas são suspeitas de atividade criminosa antes do tempo foi feita a denúncia. Em *Hoffa v. United States*, 385 US 293, 302 (1966), por exemplo, a Suprema Corte declarou que "nenhum interesse legítimo protegido pela Quarta Emenda está envolvido", porque "a Quarta Emenda [não protege] a crença equivocada de um malfeitor que uma pessoa a quem ele confia voluntariamente seu erro não vai revelá-lo

¹⁸⁸ *United States Supreme Court. 415 U.S. 164 (1974) UNITED STATES v. MATLOCK. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SEVENTH*

ao locador) foi tido como insuficiente em *Chapman v. United States*¹⁸⁹ porque deixava todos os *tenants* desprotegidos em seu direito à privacidade. Ademais, o locador não possui a posse do bem nem poderia, teoricamente, adentrar no mesmo em condições normais.

No caso de um Hotel, a primeira decisão da Suprema Corte, em *Stoner v. California*¹⁹⁰, entendia que um porteiro de um Hotel não detinha

CIRCUIT. No. 72-1355. Argued December 10-11, 1973. Decided February 20, 1974. This Court left open, in *Amos v. United States*, 255 U.S. 313, 317 (1921), the question whether a wife's permission to search the residence in which she lived with her husband could "waive his constitutional rights," but more recent authority here clearly indicates that the consent of one who possesses common authority over premises or effects is valid as against the absent, nonconsenting person with whom that authority is shared. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=415&invol=164>>
Acesso em 09/09/14.

Tradução Livre: Esta corte deixou em aberto, em *Amós v. United States*, 255 US 313, 317 (1921), a questão de saber se a permissão de uma esposa para procurar a residência em que ela morava com o marido poderia "renunciar a seus direitos constitucionais", mas a decisão mais recente aqui indica claramente que o consentimento de quem possui autoridade comum sobre instalações ou efeitos é válido como contra a pessoa ausente e que não consentiu diretamente com a qual essa autoridade é compartilhada.

¹⁸⁹ United States Supreme Court. 365 U.S. 610 (1961) CHAPMAN v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT. No. 175. Argued February 23, 1961. Decided April 3, 1961. There are several answers to this contention. First, here the landlord and the officers forced open a window to gain entry to the premises. Second, "their purpose in entering was [not to view waste but] to search for distilling equipment" *Jones v. United States*, supra, at 500. Third, to uphold [365 U.S. 610, 617] such an entry, search and seizure "without a warrant would reduce the [Fourth] Amendment to a nullity and leave [tenants'] homes secure only in the discretion of [landlords]. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=365&invol=610>>
Acesso em 09/09/14.

Tradução Livre: Há várias respostas a esta discussão. Primeiro, aqui o proprietário e os oficiais forçaram uma janela para ganhar a entrada para as instalações. Em segundo lugar, "a sua finalidade era em entrar [para não visualizar resíduos, mas] para procurar equipamentos de destilação...." *V Jones*. Estados Unidos, supra, em 500. Em terceiro lugar, defender [365 US 610, 617], tal entrada, busca e apreensão "sem um mandado reduziria a [quarta] emenda à nulidade e deixaria as casas [dos locatários] seguras dependendo do critério dos [locadores].

¹⁹⁰ United States Supreme Court. 376 U.S. 483 (1964) STONER v. CALIFORNIA. CERTIORARI TO THE DISTRICT COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, SECOND APPELLATE DISTRICT. No. 209. Argued February 25, 1964. Decided March 23, 1964. Even if it be assumed that a state law which gave a hotel proprietor blanket authority to authorize the police to search the rooms of the hotel's guests could survive constitutional challenge, there is no intimation in the California cases cited by the respondent that California has any such law. 7 Nor is there any substance to the claim that the search was reasonable because the police, relying upon the night clerk's expressions of consent, had a reasonable basis for the belief that the clerk had authority to consent to the search. Our decisions make clear that the rights protected by the Fourth

autoridade para violar a privacidade do hóspede. Entretanto, posteriormente, a corte entendeu que não importava se existia ou não autoridade, contanto que os policiais acreditassem que a pessoa possuísse a autoridade de autorizar a entrada deles, conforme decidido em *Illinois v. Rodriguez*¹⁹¹.

Atualmente, a tendência é que mesmo que a busca tenha sido ilegal, a regra de exclusão (*Exclusionary Rule*) não seja aplicada. Vemos isso

Amendment are not to be eroded by strained applications of the law of agency or by unrealistic doctrines of "apparent authority. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=376&invol=483>
Acesso em 09/09/14.

Tradução Livre: Mesmo que se suponha que uma lei estadual deu uma autoridade ao proprietário do hotel de autorizar a polícia a procurar os quartos de hóspedes do hotel que poderia sobreviver a um desafio constitucional, não há nenhuma insinuação nos casos da Califórnia citados pelo entrevistado que a Califórnia tem qualquer lei nesse sentido. 7 Nem há qualquer substância à alegação de que a busca era razoável porque a polícia, contando com expressões de consentimento do porteiro noturno, tinha uma base razoável para a crença de que o funcionário tinha autoridade para concordar com a busca. Nossas decisões deixam claro que os direitos protegidos pela Quarta Emenda não estão a ser erodidos pelas aplicações esticadas da lei da agência ou por doutrinas irrealis de "autoridade aparente".

¹⁹¹ United States Supreme Court. 497 U.S. 177 (1990) *ILLINOIS v. RODRIGUEZ CERTIORARI TO THE APPELLATE COURT OF ILLINOIS, FIRST DISTRICT* No. 88-2018. Argued March 20, 1990 Decided June 21, 1990. Respondent was arrested in his apartment and charged with possession of illegal drugs, which the police had observed in plain view and seized. The officers did not have an arrest or search warrant, but gained entry to the apartment with the assistance of Gail Fischer, who represented that the apartment was "our[s]" and that she had clothes and furniture there, unlocked the door with her key, and gave the officers permission to enter. The trial court granted respondent's motion to suppress the seized evidence, holding that at the time she consented to the entry Fischer did not have common authority because she had moved out of the apartment. The court also rejected the State's contention that, even if Fischer did not have common authority, there was no Fourth Amendment violation if the police reasonably believed at the time of their entry that she possessed the authority to consent. The Appellate Court of Illinois affirmed. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=497&invol=177>
Acesso em 09/09/14.

Tradução Livre: O réu foi preso em seu apartamento e acusado de posse de drogas ilegais, que a polícia tinha observado à vista e apreendido. Os oficiais não tinham um mandado de prisão ou de busca, mas conseguiram a entrada no apartamento com a ajuda de Gail Fischer, que afirmou que o apartamento era "nosso" e que ela tinha roupas e móveis lá, e abriu a porta com sua chave, e deu a permissão para a entrada dos oficiais. O tribunal concedeu a petição do acusado para suprimir as provas apreendidas, sustentando que no momento em que ela consentiu com a entrada Fischer não tinha autoridade comum, porque ela tinha se mudado para fora do apartamento. O tribunal também rejeitou a alegação do Estado de que, mesmo que Fischer não tinha autoridade comum, não houve violação da Quarta Emenda se a polícia razoavelmente acreditava no momento da sua entrada que ela possuía a autoridade para consentir. O Tribunal de Apelação confirmou a decisão tomada em Illinois.

claramente em diversos julgados recentes, desde Jones v. United States em 1960¹⁹², em que a corte determinou que para a 4ª emenda ser aplicada a própria pessoa deve ser a vítima da violação de privacidade. Progredindo para uma abertura cada vez maior a corte afirmou que para questionar a legitimidade da busca, é devido determinar precisamente qual foi o direito protegido pela 4ª emenda ao invés de uma determinação genérica, conforme vemos em Rakas v. Illinois, já em 1978¹⁹³, no caso em que os passageiros no interior de um carro não possuem expectativa de privacidade se o carro não for seu, já que como quem possui o carro é que possui expectativa de privacidade, se os petionantes não eram donos do veículo não tiveram seu direito de privacidade violado, e a busca, apesar de ilícita, não é inconstitucional, e se mantém diante

¹⁹² United States Supreme Court. 362 U.S. 257 (1960) JONES v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. No. 69. Argued January 21, 1960. Decided March 28, 1960. In order to qualify as a "person aggrieved by an unlawful search and seizure" one must have been a victim of a search or seizure, one against whom the search was directed, as distinguished from one who claims prejudice only through the use of evidence gathered as a consequence of a search or seizure directed at someone else.

Ordinarily, then, it is entirely proper to require of one who seeks to challenge the legality of a search as the basis for suppressing relevant evidence that he allege, and if the allegation be disputed that he establish, that he himself was the victim of an invasion of privacy." Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=362&invol=257#261> Acesso em 09/09/14.

Tradução Livre: A fim de qualificar-se como "uma pessoa lesada por uma busca e apreensão ilegal" deve-se ter sido vítima de uma busca ou apreensão, em que a busca deve ter sido direcionada contra ela, sendo distinguido daqueles que alegam um prejuízo em que foi apenas ocorreu a utilização das provas recolhidas como consequência de uma busca ou apreensão dirigida a outra pessoa. Normalmente, em seguida, é inteiramente adequado exigir de alguém que visa contestar a legalidade de uma busca como base para a supressão de provas relevantes, que ele próprio foi a vítima de um invasão de privacidade.

¹⁹³ United States Supreme Court. 439 U.S. 128 (1978) RAKAS ET AL. v. ILLINOIS CERTIORARI TO THE APPELLATE COURT OF ILLINOIS, THIRD DIVISION No. 77-5781. Argued October 3, 1978 Decided December 5, 1978. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=439&page=128> Acesso em 09/09/14.

da *exclusionary rule*. Na mesma lógica, temos *Rawlings v. Kentucky*¹⁹⁴, apenas com a diferença que a busca neste caso foi pessoal e não na propriedade.

Um caso curioso que demonstra a grave divergência entre os juízes mais favoráveis ao réu e os mais favoráveis à acusação é *United States v. Padilla*¹⁹⁵. O acusado foi pegue no carro de outra pessoa em busca ilícita, dirigindo com cocaína que era de propriedade comum também dos donos do veículo. Diante disto a Corte Distrital entendeu que a busca era para ser excluída pois violava a 4ª emenda, sendo mantido pela Corte de Apelação. A Suprema Corte todavia, que o fato de serem uma quadrilha não gerava o direito de expectativa de privacidade, divergindo das cortes.

O que se nota é que ao invés de se efetuar a discussão apropriada se realmente é correto manter a regra de exclusão a Suprema Corte vem utilizando uma tática insidiosa já muito utilizada pela Estado brasileiro: ir

¹⁹⁴ United States Supreme Court. 448 U.S. 98 (1980) *RAWLINGS v. KENTUCKY*. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF KENTUCKY. No. 79-5146. Argued March 26, 1980. Decided June 25, 1980. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=448&page=98>>
Acesso em 09/09/14.

¹⁹⁵ United States Supreme Court. 508 U.S. 77 (1993) *UNITED STATES, PETITIONER v. XAVIER V. PADILLA ET AL.* CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT No. 92-207 Argued March 24, 1993 Decided May 3, 1993. Participants in a criminal conspiracy may have such expectations or interests, but the conspiracy itself neither adds nor detracts from them. On remand, the court must consider whether each respondent had either a property interest that was interfered with by the stop of the car or a reasonable expectation of privacy that was invaded by the search thereof. "The established principle is that suppression of the product of a Fourth Amendment violation can be successfully urged only by those whose rights were violated [508 U.S. 77, 82] by the search itself, not by those who are aggrieved solely by the introduction of damaging evidence. Coconspirators and codefendants have been accorded no special standing." 394 U.S., at 171 -172. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=508&page=77>>
Acesso em 09/09/14.

Os participantes de uma conspiração criminosa podem ter tais expectativas ou interesses, mas a conspiração si só, não acrescenta nem retira nada. Em prisão preventiva, o tribunal deve considerar se cada entrevistado tinha qualquer interesse de propriedade que foi interferido pela parada do carro ou uma expectativa razoável de privacidade que foi invadida pela busca dos mesmos. "O princípio estabelecido é que a supressão do produto devido uma violação da Quarta Emenda pode ser instado com sucesso apenas por aqueles cujos direitos foram violados [508 US 77, 82] pela própria pesquisa, e não por aqueles que são lesados apenas pela introdução de provas contrárias. Conspiradores e corréus foram concedidas nenhuma posição especial. "EUA 394, em 171 -172.

mudando progressivamente e aos pouquinhos em uma redução generalizada dos direitos. Não que eu discorde da necessidade de se reduzir direitos exagerados e que protegem excessivamente criminosos que conseguem remover provas evidentes de sua culpa do processo por formalismos, mas sim do método lento e injusto que cria uma verdadeira loteria judicial.

4.4 *Fruits of the poisonous tree* – A prova ilícita por derivação.

A teoria dos frutos da árvore envenenada ou prova ilícita por derivação determina que a prova lícita oriunda de uma ilícita é ilícita, salvo se pelos meios normais de investigação fosse possível que a lícita fosse obtida¹⁹⁶ independentemente da ilícita.

Em *Silverthorne*¹⁹⁷, tivemos a decisão que as provas ilícitas não apenas devem ser retiradas mas não podem produzir nenhum efeito. Todavia, a teoria é mitigada por três doutrinas de atenuação. Temos a *attenuation doctrine* que determina que a ilegalidade da prova derivada deve ser atenuada em relação à prova anterior, podendo ser tamanha a atenuação que não se justifica a exclusão.¹⁹⁸ A *independent source doctrine*, que é meio que lógica,

¹⁹⁶ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

¹⁹⁷RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 123.

¹⁹⁸United States Supreme Court. 308 U.S. 338 (1939), *NARDONE et al. v. UNITED STATES*. Argued Nov. 14, 1939. Decided Dec. 11, 1939. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=308&page=338>
Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 371 US 471 (1963) *WONG SUN ET AL. v. UNITED STATES*. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT.

pois se a prova foi oriunda de uma fonte diversa daquela que a ilegalidade foi declarada não pode ser excluída. Por fim, temos a mais famosa de todas que é a *hypothetical independent source doctrine*, que foi adotada no CPP, na reforma de 2008, foi utilizada pela Suprema Corte Americana em 1984 em *Nix v. Williams*¹⁹⁹, e determina que se a acusação conseguir comprovar que a prova, apesar de oriunda de uma fonte ilícita pudesse ser obtida pelos meios de praxe mais cedo ou mais tarde, não pode ser excluída.

A regra foi universalizada em *Mapp v. Ohio*²⁰⁰, onde a suprema corte entendeu que a regra de exclusão da evidência ilícita e derivada faz parte do devido processo legal e é aplicada a todos os Estados-membros, da mesma forma como ocorre no direito brasileiro.

4.5 O direito à não autoincriminação e sua extensão

Apesar da auto incriminação forçada ser vedada pelo direito americano no quesito testemunho²⁰¹, este permite que a pessoa seja compelida a cumprir certas coisas como fazer o bafômetro. No Direito Americano existe o

No. 36. Argued March 29 and April 2, 1962. Restored to calendar for reargument June 4, 1962. Reargued October 8, 1962. Decided January 14, 1963. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=371&page=471>>
Acesso em 08/09/14.

¹⁹⁹ United States Supreme Court. 467 U.S. 431 NIX, WARDEN OF THE IOWA STATE PENITENTIARY v. WILLIAMS CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE EIGHTH CIRCUIT No. 82-1651. Argued January 18, 1984 Decided June 11, 1984. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=467&page=431>>
Acesso em 08/09/14.

²⁰⁰ United States Supreme Court. 367 U.S. 643 MAPP v. OHIO. APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF OHIO. No. 236. Argued March 29, 1961. Decided June 19, 1961. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=367&page=643>>
Acesso em 08/09/14.

²⁰¹Amendment 5 – “nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”

instituto do *Subpoena duces tecum* que é uma ordem da corte para o acusado produzir evidência em sua posse, válida tanto para o direito penal como para o civil como veremos abaixo. A questão foi discutida em *Boyd v. United States*²⁰², ficando claro que o simples fato do agente não cumprir o mandado não autoriza que seja expedido um de busca e apreensão, mas autoriza as penas (*contempt of court*) decorrentes da desobediência. No Brasil é o contrário, não podendo ser a pessoa presa por negar produzir evidência em seu desfavor, mas pode ser feita a busca. É também interessante dizer que a prisão decorrente de *contempt* **não possui prazo**, podendo o réu ficar indefinidamente preso, como o caso notório do advogado que se recusou a produzir o dinheiro para sua ex-mulher no processo de divórcio e ficou preso por 14 anos em *contempt*²⁰³.

Fazendo um breve retorno histórico, vemos que a origem da cláusula “*nemo tenetur seipsum accusare*” (ninguém é obrigado a se acusar) vem de uma luta contra o método das inquisições, que utilizava o que se chama de procedimento inquisitorial: o acusado era obrigado a responder, sob

²⁰² United States Supreme Court. 116 US 616 (1886) BOYD and others, Claimants, etc., v. UNITED STATES.1 Filed February 1, 1886. The order of the court under the statute is in effect a subpoena duces tecum, and, though the penalty for the witness' failure to appear in court with the criminating papers is not fine and imprisonment, it is one which may be made more severe, namely, to have charges against him of a criminal nature, taken for confessed, and made the foundation of the judgment of the court. That this is within the protection which the constitution intended against compelling a person to be a witness against himself, is, I think, quite clear. But this being so, there is no reason why this court should assume that the action of the court below, in requiring a party to produce certain papers as evidence on the trial, authorizes an unreasonable search or seizure of the house, papers, or effects of that party. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=116&page=616>> Acesso em 08/09/14.

Tradução Livre: A ordem do tribunal de acordo com o estatuto que está em vigor é uma intimação duces tecum, e, embora a pena para a testemunha que 'deixa de comparecer no tribunal com os papéis incriminadoras não é multa e prisão, é uma que pode ser mais grave, ou seja, ter as acusações contra ele de natureza criminal, tomada por confessas, e isso fez a fundação do acórdão do Tribunal. Que isso é dentro da proteção que a Constituição destina contra uma pessoa a ser testemunha contra si mesmo, é, penso eu, muito claro. Mas sendo assim, não há nenhuma razão para que este órgão jurisdicional deva presumir que a ação do tribunal inferior, ao exigir uma parte para produzir determinados documentos como prova no julgamento, autoriza uma busca irrazoável ou apreensão na casa, de papéis ou propriedade dessa parte.

²⁰³ AVILA, Jim. Lawyer Freed After Longest-Ever Term for Contempt. **ABC News**. July 17, 2009. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/2020/story?id=8101209>> Acesso em 09/09/14.

juramento, tudo o que soubesse, sem saber da natureza das acusações, se estava sendo acusado e sem conhecimento das questões que seriam levantadas. A justificativa que estabelece de forma razoável o motivo desse sistema é dada em *Murphy v. Waterfront*:

The privilege against self-incrimination "registers an important advance in the development of our liberty - one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized." *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422, 426. 4 It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: **our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial rather than an inquisitorial system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses; our sense of fair play which dictates "a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load,"** 8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev., 1961), 317; our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual "to a private enclave where he may lead a private life," *United States v. Grunewald*, 233 F.2d 556, 581-582 (Frank, J., dissenting), rev'd 353 U.S. 391 ; **our distrust of self-deprecatory statements; and our realization that the privilege, while sometimes "a shelter to the guilty," is often "a protection to the innocent."** *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155, 162²⁰⁴

Tradução Livre: O privilégio contra a auto-incriminação "registra um avanço importante no desenvolvimento de nossa liberdade - um dos grandes marcos na luta do homem para tornar-se civilizado". *Ullmann v Estados Unidos*, 350 US 422, 426. 4 Ele reflete muitos dos nossos valores fundamentais e as aspirações mais nobres: a falta de vontade de submeter os suspeitos de crime ao trilema cruel da auto-acusação, perjúrio ou desobediência; nossa preferência por um sistema acusatório ao invés de um sistema inquisitorial da justiça penal; nosso medo de que as declarações auto-incriminatórias serão provocadas por tratamento desumano e abusos; nosso senso de luta justa que dita "um equilíbrio de estado versus indivíduo, exigindo que o governo deixe o indivíduo sozinho até boa causa ser demonstrada para perturbá-lo e exigindo do governo em sua luta com o indivíduo a assumir toda a carga," 8 Wigmore, *Evidence*, 317 (McNaughton rev de 1961.); o nosso respeito pela inviolabilidade da personalidade humana e do direito de cada indivíduo "a um enclave privado, onde ele pode levar uma vida privada," *United States v. Grunewald*, 233 F.2d 556, 581-582 (Frank, J. , dissidente), rev'd 353 US 391; nossa desconfiança de declarações auto-depreciativas; e nossa percepção de que o privilégio, enquanto que, por vezes, "um abrigo para os

²⁰⁴*United States Supreme Court*. 378 U.S. 52 (1964) *MURPHY v. WATERFRONT COMM'N*, No. 138, Argued: March 5, 1964, Decided: June 15, 1964. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=378&invol=52#55> Acesso em 12 ago. 2015.

culpados", é muitas vezes "uma proteção para os inocentes." Quinn v. Estados Unidos, 349 EUA 155, 162

Em outras palavras a argumentação básica é que o sistema é feito para evitar o forte desequilíbrio pendente para a acusação no sistema inquisitório. De uma certa forma garante ao réu o direito de ficar calado, **mas não o de mentir**, que configura perjúrio. No Brasil, entretanto, não existe esse tipo penal e tecnicamente o acusado **pode mentir livremente**.

No direito americano existem alguns critérios para que a pessoa que está testemunhando possa "*plead the fifth*" (pleitear a quinta emenda à constituição americana, que garante o direito ao silêncio). É necessário que as respostas as perguntas evidenciem o risco de dano ao depoente, conforme vemos abaixo em Hoffman v. United States²⁰⁵ e se o juiz puder provar o contrário dos testes abaixo poderá compelir o depoente a testemunhar:

(a) The privilege against self-incrimination guaranteed by the Fifth Amendment extends not only to answers that would in themselves support a conviction under a federal criminal statute but also to those which would furnish a link in the chain of evidence needed to prosecute the claimant for a federal crime. Blau v. United States, 340 U.S. 159 . P. 486.

(b) To sustain the privilege, it need only be evident from the implications of the question, in the setting in which it is asked, that a responsive answer to the question or an explanation of why it cannot be answered might be dangerous because injurious disclosure could result. Pp. 486-487.

(c) In this case, the court should have considered that the chief occupation of some persons involves evasion of federal criminal laws and that truthful answers by petitioner to the questions as to the nature of his business might have disclosed that he was engaged in such proscribed activity. Pp. 487-488. [341 U.S. 479, 480]

(d) Answers to the questions as to his contacts and connections with the fugitive witness and knowledge of his whereabouts at the time might have exposed petitioner to peril of prosecution for federal offenses ranging from obstruction to conspiracy. P. 488.

²⁰⁵ United States Supreme Court. 341 U.S. 479 (1951). HOFFMAN v. UNITED STATES, No. 513, Argued: April 25, 1951, Decided: May 28, 1951. Disponível em: See more at: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/341/479.html#sthash.xzvJ8qhK.dpuf> Acesso em: 10 set. 2014.

Tradução Livre: (A) O privilégio contra a auto-incriminação garantido pela Quinta Emenda estende-se não apenas às respostas que poderiam ocasionar uma condenação de acordo com um estatuto criminal federal, mas também para aqueles que fornecem um elo na cadeia de provas necessárias para processar o requerente por um crime federal. *Blau v. Estados Unidos*, 340 EUA 159. P. 486.

(B) Para manter o privilégio, ele só precisa ser evidente a partir das implicações da questão, no ambiente em que é solicitado, que uma resposta à questão, ou uma explicação de por que ele não pode ser respondida pode ser perigoso, porque uma divulgação prejudicial poderia resultar da resposta. Pp. 486-487.

(C) Neste caso, o tribunal deveria ter considerado que a principal ocupação de algumas pessoas envolve a evasão das leis penais federais e que respostas verdadeiras caso fornecidas pelo peticionário às questões sobre a natureza de seu negócio poderiam ter revelado que ele estava envolvido em tais atividade proscritas. Pp. 487-488. [341 EUA 479, 480]

(D) As respostas às perguntas a respeito de seus contatos e conexões com a testemunha fugitiva e conhecimento de seu paradeiro no momento poderia ter exposto peticionário ao perigo de serem processados por crimes federais que variam de obstrução à conspiração. P. 488.

Como o direito à não autoincriminação é disponível este pode ser “*waived*” (renunciado) mesmo que tacitamente²⁰⁶, conforme vemos em *Garner v. United States*.

²⁰⁶*United States Supreme Court*. 424 U.S. 648 (1976). Argued: November 4, 1975 Decided: March 23, 1976. Some cases have indicated that a nonclaiming witness has “waived” the privilege, see e. g., *Vajtauer v. Commissioner of Immigration*, 273 U.S. 103, 113 (1927). Others have indicated that such a witness testifies “voluntarily,” see, e. g., *Rogers v. United States*, supra, at 371. Neither usage seems analytically sound. The cases do not apply a “waiver” standard as that term was used in *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938), and we recently have made clear that an individual may lose the benefit of the privilege without making a knowing and intelligent waiver. See *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 222-227, 235-240, 246-247 (1973). Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=424&invol=648#654>> Acesso em: 25 jun. 15.

Tradução Livre: Alguns casos têm indicado que uma testemunha que não requer acaba “dispensado” o privilégio, ver e. g., *Vajtauer v. Comissário da Imigração*, 273 US 103, 113 (1927). Outros indicaram que tal testemunha o faz “voluntariamente”, ver, e. g., *Rogers v. Estados Unidos*, supra, em 371. Nenhum dos uso parece analiticamente correto. Os casos não aplicam um critério de renúncia como o termo foi usado em *Johnson v. Zerbst*, 304 US 458 (1938), e que recentemente deixaram claro que um indivíduo pode perder o benefício do

O privilégio contra a autoincriminação não se aplica às corporações, de forma que esta pode ser obrigada a entregar seus documentos e as pessoas que possuem imunidade²⁰⁷ contra processos (por acordo ou prescrição, etc.) não podem alegar este privilégio. Entretanto, em uma decisão didática em *Braswell v. United States*²⁰⁸, vemos que o “*custodian*” dos documentos da

privilégio sem fazer um conhecedor e inteligente renúncia. Ver *Schneckloth v. Bustamonte*, US 218 412, 222 -227, 235-240, 246-247 (1973).

²⁰⁷United States Supreme Court. 201 US 43. *HALE v. HENKEL*, (1906), No. 340, Decided: March 12, 1906. But it is further insisted that, while the immunity statute may protect individual witnesses, it would not protect the corporation of which appellant was the agent and representative. This is true, but the answer is that it was not designed to do so. The right of a person under the 5th Amendment to refuse to incriminate himself is purely a personal privilege of the witness. It was never intended to permit him to plead the fact that some third person might be incriminated by his testimony, even [201 U.S. 43, 70] though he were the agent of such person.

Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=201&invol=43#69>> Acesso 25 jun. 2015.

Tradução Livre: Mas é ainda insistido que, embora o estatuto de imunidade pode proteger as testemunhas individuais, não protege a corporação dos quais o recorrente foi o agente e representante. Isso é verdade, mas a resposta é que ele não foi projetado para fazê-lo. O direito de uma pessoa ao abrigo da 5ª Emenda de se recusar a depor contra si é puramente um privilégio pessoal da testemunha. Ele nunca foi destinado a permitir-lhe para pleitear o fato de que uma terceira pessoa pode ser incriminada por seu testemunho, mesmo [201 US 43, 70], embora ele fosse o agente de tal pessoa.

²⁰⁸United States Supreme Court. 487 U.S. 99 (1988). *BRASWELL v. UNITED STATES*, (1988). No. 87-3 Argued: March 1, 1988 Decided: June 22, 1988. The custodian of corporate records may not resist a subpoena for such records on the ground that the act of production will incriminate him in violation of the Fifth Amendment. This Court's precedents as to the development of the collective entity doctrine do not support petitioner's argument that, even though the contents of subpoenaed business records are not privileged, and even though corporations are not protected by the Fifth Amendment, nevertheless his act of producing the documents has independent testimonial significance, which would incriminate him individually, and that the Fifth Amendment prohibits Government compulsion of that act. If petitioner had conducted his business as a sole proprietorship, *United States v. Doe*, 465 U.S. 605, would require that he be provided the opportunity to show that his act of production would entail testimonial self-incrimination as to admissions that the records existed, were in his possession, and were authentic. However, representatives of a collective entity act as agents, and the official records of the organization that are held by them in a representative rather than a personal capacity cannot be the subject of their personal privilege against self-incrimination, even though production of the papers might tend to incriminate them personally. The plain mandate of the precedents is that the corporate entity doctrine applies regardless of the corporation's size, and regardless of whether the subpoena is addressed [487 U.S. 99, 100] to the corporation or, as here, to the individual in his capacity as the records' custodian. Any claim of Fifth Amendment privilege asserted by the agent would be tantamount to a claim of privilege by the corporation, which possesses no such privilege. Recognizing a Fifth Amendment privilege on behalf of records custodians of collective entities would have a detrimental impact on the Government's efforts to prosecute "white-collar crime." Such impact cannot be satisfactorily minimized by either granting the custodian statutory immunity as to the act of production or addressing the subpoena to the corporation and allowing it to choose an agent to produce the records who can do so without incriminating himself. However, since the custodian acts as the corporation's representative, the act of production is deemed one of the corporation, not the individual, and

empresa, apesar de não poder alegar a 5ª para se omitir de entregar documentos que lhe incriminem fica inatacável pela evidência oriunda daquele ato, já que ele não teve a oportunidade de alegar seu direito ao silêncio com o uso desta via. Discordo plenamente desse pensamento que acaba pode acabar protegendo criminosos de colarinho branco, além do que a lógica da operação é um tanto quanto deturpada. Se o criminoso não entregar os documentos incriminadores ele pode ser punido, mas se ele entregar ele não pode porque foi violado o seu direito a não se incriminar? Aparentemente essa decisão da suprema corte não faz nenhum sentido. Mas vamos nos aprofundar um pouco nesse caso, resumidamente, pois ele é extremamente grande e os juizes da Suprema Corte avaliaram diversas nuances do caso. Braswell era o único dono da empresa, que apesar de ser formalmente uma empresa coletiva,

the Government may make no evidentiary use of the "individual act" of production against the individual. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=487&invol=99>> Acesso em 10/09/14.

Tradução Livre: O guardião de registros corporativos não pode resistir a uma intimação para tais registros sobre o fundamento de que o ato de produção vai incriminá-lo em violação da Quinta Emenda. Precedentes deste Tribunal quanto ao desenvolvimento da doutrina referente a entidades coletivas não suportam o argumento da requerente de que, mesmo que o conteúdo de registros de negócios intimadas não são privilegiados, e mesmo que as corporações não são protegidos pela Quinta Emenda, no entanto, seu ato de produzir os documentos tem um significado de depoimento independente, que iria incriminá-lo individualmente, e que a Quinta Emenda proíbe a compulsão pelo Governo desse ato. Se peticionário havia realizado seu negócio como uma sociedade unipessoal, *United States v. Doe*, 465 US 605, exige que lhe sejam fornecidas a oportunidade de mostrar que seu ato de produção implicaria depoimento autoincriminação assim como às admissões que existiam os registros, estavam em sua posse, e eram autênticos. No entanto, representantes de uma entidade coletiva atuam como agentes, e os registros oficiais da organização que são guardadas por eles como um representante em vez de um título pessoal não pode ser objeto de seu privilégio pessoal contra a autoincriminação, embora a produção dos papéis pode tender a incriminá-los pessoalmente. Os precedentes determinam que a doutrina da entidade empresarial aplica-se independentemente do tamanho da empresa, e independentemente dos destinatários da intimação [487 US 99, 100] seja para corporação ou, como aqui, para o indivíduo em sua capacidade como o custodiante dos registros. Qualquer reclamação de privilégio pela Quinta Emenda afirmado pelo agente equivaleria a uma reivindicação de privilégio pela corporação, que não possui tal privilégio. Reconhecer o privilégio da Quinta Emenda em nome de encarregados dos registros de entidades coletivas teria um impacto negativo sobre os esforços do Governo para processar "crime de colarinho branco." Esse impacto não pode ser satisfatoriamente minimizada concessão da imunidade legal custodiante quanto ao ato de produção ou enfrentar a intimação para a corporação e que lhe permite escolher um agente para produzir os registros que podem fazer isso sem incriminar a si mesmo. No entanto, uma vez que o encarregado age como representante da corporação nos seus atos de custódia, o ato de produção é considerada uma da corporação, não o indivíduo, e o Governo pode não fazer uso probatório do "ato individual" de produção contra o indivíduo.

materialmente ele era o único com poderes de gestão real. Caso ele tivesse uma sociedade unipessoal, ele teria o privilégio com a autoincriminação automaticamente garantido. Ocorre que, no caso em tutela a mandado foi expedido contra ele e não contra a empresa. Foi o que salvou ele. A Suprema Corte estava dividida entre a necessidade dos documentos e os meios necessários para obtê-los e o direito constitucional de não ter que se incriminar. A saída, para os casos que envolvem empresas coletivas, é ter que encontrar alguém que forneça os documentos e que *preferencialmente* seja inocente. Pois aquele que entregar ganha imunidade, pois acabou sendo proibido de exercer o seu direito de alegar a quinta emenda. Ocorre que, nesse caso, ficou evidente as duas ênfases que foram feitas acima, que a pessoa deve preferencialmente ser inocente e que esse tipo de metodologia pode acabar protegendo os culpados, caso eles sabendo que terão imunidade acabem por entregar com alegria os documentos que lhes incriminem, pois a única pessoa que possuía os documentos era o Braswell, que era bastante culpado. Se o mandado tivesse sido expedido contra a empresa ao invés de contra ele, este também poderia ser cumprido por ele, que ficaria imune a seus efeitos. Para se conseguir atacar o criminosos com essas regras é necessário que o mandado seja expedido contra alguém da empresa que seja *inocente*. Ou menos culpado, já que a regra na persecução penal americana é pegar o “*small fish*” (peixe pequeno - subordinado) visando utilizá-lo para alcançar o “*big fish*” (peixe grande – o chefe), utilizando acordos de imunidade. Vemos então que tal decisão dificulta bastante a persecução criminal de criminosos de colarinho branco, deixando uma abertura para se obter imunidade, mormente quando tal tipo de criminoso como regra possui amplos recursos e um time de advogados que sem dúvida sabem de tal abertura legal.

O direito ao silêncio não se aplica em procedimentos não criminais como regra geral. Um exemplo são as audiências de “*probation*” (condicional) em que o silêncio pode ser usado contra o réu, especialmente se este não puder mais ser condenado por nada do que ele falar²⁰⁹. No Brasil é discutível

²⁰⁹ United States Supreme Court. 465 US 420. MINNESOTA v. MURPHY, (1984). No. 82-827

tal ação pois o silêncio importa em sanções distintas a depender do tipo de processo. Se negar a fornecer o DNA que comprovaria a culpa pode levar a uma absolvição no âmbito penal e uma condenação no civil.

O direito ao silêncio sempre se aplica em interrogatórios policiais, tanto aqui como nos Estados Unidos. O caso mais famoso é *Miranda v. Arizona*, que deu origem aos chamados *Miranda rights* (direito de Miranda). Dada a importância desses direitos, efetuei a transcrição do original no rodapé e um breve resumo no que consiste a tentativa de balancear o poder no processo investigativo.²¹⁰ Basicamente, a acusação não pode utilizar nenhuma

Argued: October 12, 1983, Decided: February 22, 1984. Our cases indicate, moreover, that a State may validly insist on answers to even incriminating questions and hence sensibly administer its probation system, as long as it recognizes that the required answers may not be used in a criminal proceeding and thus eliminates the threat of incrimination. Under such circumstances, a probationer's "right to immunity as a result of his compelled testimony would not be at stake," *Sanitation Men v. Commissioner of Sanitation*, 392 U.S. 280, 284 (1968); see *Lefkowitz v. Cunningham*, 431 U.S. 801, 805 -806 (1977); *Lefkowitz v. Turley*, 414 U.S. 70, 84 -85 (1973); *Gardner v. Broderick*, 392 U.S. 273, 278 (1968), and nothing in the Federal Constitution would prevent a State from revoking probation for a refusal to answer that violated an express condition of probation or from using the probationer's silence as "one of a number of factors to be considered by the finder of fact" in deciding whether other conditions of probation have been violated. *Lefkowitz v. Cunningham*, supra, at 808, n. 5. See *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308, 317 -318 (1976).

Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/465/420.html> Acesso em: 25 jun. 2015.

Tradução Livre: Nossos casos indicam, além disso, que um Estado pode legitimamente insistir em respostas a perguntas incriminadoras e, portanto, de forma sensata administrar o seu sistema de liberdade condicional, enquanto ele reconhece que as respostas exigidas não podem ser utilizados em um processo penal e, portanto, elimina a ameaça de incriminação. Sob tais circunstâncias, o "direito à imunidade como resultado de seu testemunho compelidos não estaria em jogo," *Homens de Saneamento v Comissário de Saneamento*, 392 US 280, 284 (1968).; veja *Lefkowitz v Cunningham*, 431 US 801, 805 -806 (1977).; . *Lefkowitz v Turley*, 414 EUA 70, 84 -85 (1973); *Gardner v. Broderick*, 392 US 273, 278 (1968), e nada na Constituição Federal impediria um Estado de revogação da liberdade condicional por uma recusa em responder algo que violou uma condição expressa de liberdade condicional ou de usar o silêncio do probante como "um de um número de fatores a serem considerados pelo localizador de fato "para decidir se outras condições da liberdade condicional foram violados. *Lefkowitz v. Cunningham*, supra, na 808, n. 5. Consulte a *Baxter v. Palmigiano*, 425 US 308, 317 -318 (1976).

²¹⁰ *United States Supreme Court*. 384 U.S. 436 (1966). *MIRANDA v. ARIZONA*, No. 759. Decided: June 13, 1966. The prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way, unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the Fifth Amendment's privilege against self-incrimination. Pp. 444-491.

(a) The atmosphere and environment of incommunicado interrogation as it exists today is inherently intimidating and works to undermine the privilege against self-incrimination. Unless adequate preventive measures are taken to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice. Pp. 445-458.

(b) The privilege against self-incrimination, which has had a long and expansive historical development, is the essential mainstay of our adversary system and guarantees to the individual the "right to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will," during a period of custodial interrogation [384 U.S. 436, 437] as well as in the courts or during the course of other official investigations. Pp. 458-465.

(c) The decision in *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, stressed the need for protective devices to make the process of police interrogation conform to the dictates of the privilege. Pp. 465-466.

(d) In the absence of other effective measures the following procedures to safeguard the Fifth Amendment privilege must be observed: The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him. Pp. 467-473.

(e) If the individual indicates, prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease; if he states that he wants an attorney, the questioning must cease until an attorney is present. Pp. 473-474.

(f) Where an interrogation is conducted without the presence of an attorney and a statement is taken, a heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his right to counsel. P. 475.

(g) Where the individual answers some questions during incustody interrogation he has not waived his privilege and may invoke his right to remain silent thereafter. Pp. 475-476.

(h) The warnings required and the waiver needed are, in the absence of a fully effective equivalent, prerequisites to the admissibility of any statement, inculpatory or exculpatory, made by a defendant. Pp. 476-477.

Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&invol=436>>

Acesso em: 10 set. 2014.

Tradução Livre: A acusação não pode usar declarações, independentemente se exculpatórias ou inculpatórias, decorrentes de questionamento iniciado por policiais depois que uma pessoa foi levado em custódia ou privada de sua liberdade de ação, de forma significativa, a menos que demonstra o uso de garantias processuais eficazes para garantir privilégio de a Quinta Emenda contra a auto-incriminação. Pp. 444-491.

(A) A atmosfera e ambiente de interrogatório incomunicável como existe hoje é inerentemente intimidadora e trabalha para minar o privilégio contra a auto-incriminação. Se não forem tomadas medidas preventivas adequadas para dissipar a compulsão inerente num ambiente de prisão, nenhuma declaração obtida a partir do réu pode verdadeiramente ser o produto de sua livre escolha. Pp. 445-458.

(B) O privilégio contra a auto-incriminação, que teve um desenvolvimento histórico longo e amplo, é o pilar essencial do nosso sistema adversário e garante para o indivíduo o "direito de permanecer em silêncio, a menos que ele escolhe falar no exercício irrestrito de sua própria vontade", durante um período de interrogatório em custódia [384 US 436, 437], bem como nos tribunais ou durante o curso de outras investigações oficiais. Pp. 458-465.

(C) A decisão em *Escobedo v. Illinois*, 378 US 478, salientou a necessidade de dispositivos de proteção para garantir que o processo de interrogatório policial esteja em conformidade com os ditames do privilégio. Pp. 465-466.

(D) Na ausência de outras medidas eficazes os procedimentos a seguir para salvaguardar a Quinta Emenda privilégio devem ser observados: A pessoa detida deve, antes do interrogatório, ser claramente informada de que tem o direito de permanecer em silêncio, e que qualquer coisa que ela disser será usado contra ela no tribunal; ela deve ser claramente informada de que tem o direito de consultar um advogado e ter o advogado com ela durante o interrogatório, e que, se ela é indigente, um advogado será nomeado para representá-la. Pp. 467-473.

(E) Se o indivíduo indica, antes ou durante o interrogatório, que deseja permanecer em silêncio, o interrogatório deve cessar; se ele afirma que ele quer um advogado, o questionamento deve cessar até que um advogado esteja presente. Pp. 473-474.

(F) No caso de um interrogatório que seja realizado sem a presença de um advogado e uma declaração é feita, um fardo pesado repousa sobre o Governo para demonstrar que o arguido conscientemente e inteligentemente renunciou ao seu direito a um advogado. P. 475.

declaração que seja **oriunda de um questionário** feito por algum **agente da lei**, após a pessoa estar em **custódia ou privada de sua liberdade de ação de forma significativa**, a não ser que demonstre ter utilizado algum procedimento para **garantir o privilégio contra autoincriminação**. Na falta de dispositivos protetivos que garantam a conformidade da ação da polícia de acordo com as normas que vedam a autoincriminação, algumas medidas tem que ser tomadas. É nesse ponto que entra a frase feita famosa pelos filmes de policiais: Você tem o direito de ficar calado, tudo o que você disser poderá ser usado contra você, você tem direito a um advogado (a se consultar com um e ter um presente durante o interrogatório) e se não puder pagar um o Estado irá lhe nomear um. Se no curso do interrogatório o investigado indicar que deseja ficar em silêncio deverá cessar qualquer tipo de questionamento. Se indicar que deseja um advogado, deverá parar o interrogatório até um advogado comparecer. O simples fato de responder alguma pergunta não implica em renúncia ao direito de ficar em silêncio, que pode ser invocado posteriormente. Sempre que um interrogatório for conduzido sem um advogado fica um pesado dever de provar que o interrogado conscientemente renunciou seu direito de ter um advogado presente. Na falta de algo totalmente equivalente, o aviso feito e a renúncia comprovadamente coletada são o critério de admissibilidade de qualquer declaração, sem isso não existe valor legal.

É mister realçar que para se aplicar esses casos é preciso que hajam 6 requisitos: estar a pessoa em uma coleta de evidência(1) testemunhal(2) em um interrogatório(3) em custódia de prisão ou privada de sua liberdade de ação de forma significativa (*arrest*)(4) feito por agentes policiais do Estado(5) para uso em procedimentos criminais (6). Se o sujeito ficar calado não existe evidência a ser coletada e o fato dele não ter sido avisado é irrelevante. Não é

(G) Quando o indivíduo responde a algumas perguntas durante o interrogatório em custódia ele não renunciou a seu privilégio e pode invocar o seu direito de permanecer em silêncio depois disso. Pp. 475-476.

(H) Os avisos necessários e a renúncia necessária são, na ausência de um equivalente totalmente eficaz, pré-requisitos para a admissibilidade de qualquer afirmação, de acusação ou de defesa, feita por um acusado. Pp. 476-477.

preciso que o sujeito fale, pois a comunicação pode ser não-verbal²¹¹. No caso de uma simples parada (*Terry's stop*)²¹² ou do acusado entrar na delegacia para confessar pois não estará *under arrest*. O que a pessoa falar fora de um interrogatório formal não é protegido, todavia, se o ato tiver aparência de interrogatório, como, por exemplo, quando o acusado é confrontado com evidência, e responde às perguntas mesmo já tendo invocado o pedido por advogado²¹³, os direitos se aplicam. Esses 6 requisitos são necessários para

²¹¹ United States Supreme Court. 384 U.S. 757 (1966). SCHMERBER v. CALIFORNIA, No. 658. Argued: April 25, 1966, Decided: June 20, 1966.

A nod or head-shake is as much a "testimonial" or "communicative" act in this sense as are spoken words. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=757>>

Acesso em: 01 jul. 2015.

Tradução Livre: Um aceno de cabeça ou balançado de cabeça é tanto um ato "testemunhal" ou "comunicativa" neste sentido como são palavras faladas.

²¹² United States Supreme Court. 392 U.S. 1 (1968), TERRY v. OHIO, No. 67. Argued: December 12, 1967. Decided: June 10, 1967.

Thus, it is argued, the police should be allowed to "stop" a person and detain him briefly for questioning upon suspicion that he may be connected with criminal activity. Upon suspicion that the person may be armed, the police should have the power to "frisk" him for weapons. If the "stop" and the "frisk" give rise to probable cause to believe that the suspect has committed a crime, then the police should be empowered to make a formal "arrest," and a full incident "search" of the person. This scheme is justified in part upon the notion that a "stop" and a "frisk" amount to a mere "minor inconvenience and petty indignity," 4 which can properly be imposed upon the [392 U.S. 1, 11] citizen in the interest of effective law enforcement on the basis of a police officer's suspicion.

Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=392&page=1>>

Acesso em: 01 jul. 2015.

Tradução Livre: Assim, argumenta-se, a polícia deve ser autorizada a "parar" uma pessoa e detê-la brevemente para interrogatório sobre suspeita de que ela possa ser conectada com uma atividade criminosa. Após a suspeita de que a pessoa pode estar armadaw, a polícia deve ter o poder de "buscar" ela por armas. Se da "parada" e da "busca" ocorrer origem a uma causa provável para acreditar que o suspeito cometeu um crime, a polícia deve ter poderes para fazer uma prisão formal, e um incidente completo "busca" da pessoa. Este esquema é justificado, em parte, pela noção de que uma "parada" e uma "busca" são um mero "pequeno inconveniente e indignidade mesquinho," 4 que pode corretamente ser imposto ao [392 US 1, 11] cidadão no interesse da aplicação da lei eficaz com base na suspeita de um policial.

²¹³ United States Supreme Court. 451 U.S. 477 (1981), EDWARDS v. ARIZONA, No. 79-5269 Argued: November 5, 1980 Decided: May 18, 1981.

When an accused has invoked his right to have counsel present during custodial interrogation, a valid waiver of that right cannot be established by showing only that he responded to police-initiated interrogation after being again advised of his rights. An accused, such as petitioner, having expressed his desire to deal with the police only through counsel, is not subject to further interrogation until counsel has been made available to him, **unless** the accused has himself initiated further communication, exchanges, or conversations with the police. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=451&page=477>

Acesso em: 01 jul. 2015.

Tradução Livre: Quando um acusado invocou o seu direito de ter um advogado presente durante o interrogatório de prisão, uma renúncia válida desse direito não pode ser estabelecida, mostrando apenas que ele respondeu a interrogatório iniciado pelo polícia depois de ser

se aplicar as regras de Miranda. Fica evidente que o sistema foi desenhado com maestria pelos juizes da Suprema Corte Americana, possuindo cláusulas inteligentes que dão uma certa liberdade para o sistema se aprimorar no futuro (como a da possibilidade de outro método que garanta proteção equivalente). No Brasil tal proteção não é constitucionalmente explícita e deriva da não autoincriminação, entretanto, a tendência que se observa nos julgamentos do STF é privilegiar os direitos do réu, em detrimento da sociedade. Mesmo no caso de o réu confessar, a confissão apenas é tida como válida se antes foi advertido sobre o direito ao silêncio, **mesmo que não esteja preso**²¹⁴, com

novamente avisado de seus direitos. O acusado, como peticionário, tendo expressado o seu desejo de lidar com a polícia apenas através de advogado, não é sujeito a uma posterior interrogatório até que o advogado seja disponibilizado para ele, a menos que o arguido tenha iniciado novamente a comunicação, intercâmbios, ou conversas com o polícia.

²¹⁴ STF, RHC 122279/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 12 ago. 2014, publicado no DJE em 30 out 2014. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=122279&classe=RHC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 05 ago. 2015.

No HC 68.929, de 22-10-1991, da relatoria de Celso de Mello, asseverou-se que do direito ao silêncio, constitucionalmente reconhecido, decorre a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, a prática da infração. Desse, assim chamado, “direito de mentir” extraiu-se, também, a conclusão quanto à impossibilidade de se caracterizar a criminalidade da falsa negativa de reconhecimento pelo acusado de suas próprias assinaturas. Na mesma linha, afirmou-se no HC 69.818, de 3.11.1992 (RTJ, 148/213), da relatoria de Sepúlveda Pertence, que, não obstante correto que à validade da “gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheceriam, não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas”, seria invocável, na hipótese, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, “o qual, entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de corréus...”. Questão mais complexa foi discutida no HC 78.708, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, no qual se alegou que acarretaria a nulidade das provas obtidas a omissão quanto à informação ao preso ou interrogado do seu direito ao silêncio no momento em que o dever de informação se impõe. Da análise dos referidos julgados, podemos concluir que o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado tem por escopo assegurar ao acusado a escolha entre permanecer em silêncio e a intervenção ativa. A escolha desta última importa, porém, ao acusado, a renúncia do direito de manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito. Não há dúvida, porém, de que a falta da advertência quanto ao direito ao silêncio, como já acentuou o Supremo Tribunal, torna ilícita “prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não” (HC 80.949, rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-12-2001). Como retratado no termo de inquirição (fl. 19), o soldado Arley foi ouvido inicialmente na condição de testemunha, sendo formalmente advertido do dever de dizer a verdade. Nesse momento, negou qualquer contribuição para o fato. No curso da inquirição, optou por confessar o crime. Constatou do termo: “Até este momento o Sd Arley respondia às perguntas até que pediu para que o escrivão do presente Inquérito desconsiderasse tudo o que havia sido declarado, confessando que estava mentindo e, a partir de então, diria toda a verdade, enfatizando, inclusive, que foi ele mesmo, Sd Arley, que subtraiu o telefone celular.” Na sequência do termo, a confissão é detalhada. Ou seja, houve um momento da inquirição em que, claramente, o inquirido manifestou a intenção de confessar o crime. Nesse momento, há uma mudança na relação do depoente com a investigação, passando da condição de testemunha à condição de suspeito. Para validade das declarações subsequentes, a autoridade deveria ter respeitado, a partir de

base no princípio da não autoincriminação. O julgado é extremamente didática e faz um regresso histórico que demonstra as origens do direito e como os magistrados brasileiros pegaram a elegante construção de balanço processual feita pela Suprema Corte em Miranda e transformaram em um algo completamente desbalanceado, que pende extremamente para a proteção do réu.

Existem três exceções às regras de Miranda, que são as perguntas de *booking* (especialmente quando, apesar de utilizadas para incriminar, não são as respostas que incriminam e sim o estado físico do agente)²¹⁵, o mesmo sendo aplicado no Brasil, a *jailhouse exception* em que a

então, as regras do interrogatório. Ou seja, deveria ter advertido formalmente o depoente do direito ao silêncio. Isso não aconteceu – ou ao menos não foi registrado. Portanto, tal declaração não tem valor por não ter sido precedida da advertência quanto ao direito de permanecer calado.

²¹⁵ United States Supreme Court. 496 U.S. 582 (1990). PENNSYLVANIA v. MUNIZ, No. 89-213. Argued: February 27, 1990. Decided: June 18, 1990.

The privilege against self-incrimination protects an "accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature," *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 761, **but not from being compelled by the State to produce "real or physical evidence,"** *id.*, at 764. To be testimonial, the communication must, "explicitly or implicitly, relate a factual assertion or disclose information." *Doe v. United States*, 487 U.S. 201, 210. Pp. 588-590. [496 U.S. 582, 583]

Muniz's answers to direct questions are not rendered inadmissible by Miranda merely because the slurred nature of his speech was incriminating. Under *Schmerber* and its progeny, any slurring of speech and other evidence of lack of muscular coordination revealed by his responses constitute nontestimonial components of those responses. Requiring a suspect to reveal the physical manner in which he articulates words, like requiring him to reveal the physical properties of the sound of his voice by reading a transcript, see *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1, **does not, without more, compel him to provide a "testimonial" response for purpose of the privilege.** Pp. 590-592.

Tradução Livre: O privilégio contra a autoincriminação protege um "acusado apenas de ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, ou de outra forma fornecer ao Estado evidência de um depoimento ou prova de natureza comunicativa", *Schmerber v. California*, 384 US 757, 761, mas não de ser compelido pelo Estado para produzir "provas reais ou físicas", *id.*, no 764. Para ser testemunhal, a comunicação deve ", explícita ou implicitamente, relacionar uma afirmação factual ou divulgar informações". *Doe v. Estados Unidos*, 487 EUA 201, 210. Pp. 588-590. [496 EUA 582, 583]

As respostas de Muniz para perguntas diretas não são feitas inadmissíveis por Miranda simplesmente porque a natureza arrastada de seu discurso foi incriminatórias. Sob *Schmerber* e sua descendência, qualquer expressão e outras provas de falta de coordenação muscular revelado por suas respostas constituem componentes não testemunhais dessas respostas. A exigência que um suspeito para revelar a forma física em que ele articula palavras, exigindo-lhe para revelar as propriedades físicas do som de sua voz, lendo uma transcrição, consulte *United States v. Dionisio*, 410 US 1, não faz, sem mais, obrigá-lo a dar uma resposta "testemunhal" para a finalidade do privilégio. Pp. 590-592. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=496&page=582>

Aceso em: 2 jul. 2015.

informação repassada na cela seja para um *fellow inmate* ou *undercover*²¹⁶ e, por último, a *public safety exception* que determina que sempre a segurança deve ser maior do que a literalidade dos direitos de Miranda. O último caso é bastante emblemático, que mostra que frequentemente a Corte Suprema valoriza o pragmatismo em detrimento do formalismo, conforme a transcrição de *New York v. Quarles*²¹⁷. A longa transcrição é necessária para demonstrar

²¹⁶ United States Supreme Court. 496 U.S. 292 (1990). *ILLINOIS v. PERKINS*, No. 88-1972. Argued: February 20, 1990. Decided: June 4, 1990

An undercover law enforcement officer posing as a fellow inmate need not give Miranda warnings to an incarcerated suspect before asking questions that may elicit an incriminating response. The Miranda doctrine must be enforced strictly, but only in situations where the concerns underlying that decision are present. Those concerns are not implicated here, since the essential ingredients of a "police-dominated atmosphere" and compulsion are lacking. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=496&page=292>>

Aceso em: 2 jul. 2015.

Tradução Livre: Um policial disfarçado como um companheiro preso não precisa dar avisos de Miranda a um suspeito preso antes de fazer perguntas que podem provocar uma resposta incriminadora. A doutrina Miranda deve ser rigorosamente aplicada, mas apenas nas situações em que as preocupações subjacentes que a decisão atacou estão presentes. Essas preocupações não estão implicadas aqui, uma vez que os ingredientes essenciais de uma "atmosfera dominada pela polícia" e compulsão estão faltando.

²¹⁷ United States Supreme Court. 467 U.S. 649 (1984). *NEW YORK v. QUARLES*. No. 82-1213. Argued: January 18, 1984. Decided: June 12, 1984.

"Respondent was charged in a New York state court with criminal possession of a weapon. The record showed that a woman approached two police officers who were on road patrol, told them that she had just been raped, described her assailant, and told them that the man had just entered a nearby supermarket and was carrying a gun. While one of the officers radioed for assistance, the other (Officer Kraft) entered the store and spotted respondent, who matched the description given by the woman. Respondent ran toward the rear of the store, and Officer Kraft pursued him with a drawn gun but lost sight of him for several seconds. Upon regaining sight of respondent, Officer Kraft ordered him to stop and put his hands over his head; frisked him and discovered that he was wearing an empty shoulder holster; and, after handcuffing him, asked him where the gun was. Respondent nodded toward some empty cartons and responded that "the gun is over there." Officer Kraft then retrieved the gun from one of the cartons, formally arrested respondent, and read him his rights under *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. Respondent indicated that he would answer questions without an attorney being present and admitted that he owned the gun and had purchased it in Florida. The trial court excluded respondent's initial statement and the gun because the respondent had not yet been given the Miranda warnings, and also excluded respondent's other statements as evidence tainted by the Miranda violation. Both the Appellate Division of the New York Supreme Court and the New York Court of Appeals affirmed.

Held:

The Court of Appeals erred in affirming the exclusion of respondent's initial statement and the gun because of Officer Kraft's failure to read respondent his Miranda rights before attempting to locate the weapon. Accordingly, it also erred in affirming the exclusion of respondent's subsequent statements as illegal fruits of the Miranda violation. This case presents a situation where concern for public safety must be paramount to adherence to the literal language of the prophylactic rules enunciated in *Miranda*. Pp. 653-660.

(a) Although respondent was in police custody when he made his statements and the facts come within the ambit of *Miranda*, nevertheless on these facts there is a "public safety" exception to the requirement that Miranda warnings be given before a suspect's answers may be

admitted [467 U.S. 649, 650] into evidence, and the availability of that exception does not depend upon the motivation of the individual officers involved. The doctrinal underpinnings of Miranda do not require that it be applied in all its rigor to a situation in which police officers ask questions reasonably prompted by a concern for the public safety. In this case, so long as the gun was concealed somewhere in the supermarket, it posed more than one danger to the public safety: an accomplice might make use of it, or a customer or employee might later come upon it. Pp. 655-657.

(b) Procedural safeguards that deter a suspect from responding, and increase the possibility of fewer convictions, were deemed acceptable in Miranda in order to protect the Fifth Amendment privilege against compulsory self-incrimination. However, if Miranda warnings had deterred responses to Officer Kraft's question about the whereabouts of the gun, the cost would have been something more than merely the failure to obtain evidence useful in convicting respondent. An answer was needed to insure that future danger to the public did not result from the concealment of the gun in a public area. P. 657.

(c) The narrow exception to the Miranda rule recognized here will to some degree lessen the desirable clarity of that rule. However, the exception will not be difficult for police officers to apply because in each case it will be circumscribed by the exigency which justifies it. Police officers can and will distinguish almost instinctively between questions necessary to secure their own safety or the safety of the public and questions designed solely to elicit testimonial evidence from a suspect. Pp. 658-659.²¹⁷

Tradução Livre: O réu foi acusado em um tribunal estadual de Nova York por posse ilegal de uma arma. O registro mostrou que uma mulher se aproximou de dois policiais que estavam na patrulha da estrada, disse a eles que ela tinha acabado de ser estuprada, descreveu seu agressor, e disse-lhes que o homem tinha acabado de entrar um supermercado nas proximidades e estava carregando uma arma. Enquanto um dos oficiais pediu auxílio pelo rádio, o outro (policia Kraft) entrou na loja e avistou o acusado, que combinava com a descrição dada pela mulher. o réu correu em direção ao fundo da loja, e policia Kraft o perseguiu, vendo uma arma na sua mão, mas perdeu-o de vista por alguns segundos. Após ter recuperado a visão do entrevistado, Oficial Kraft ordenou-lhe para parar e colocar as mãos sobre a sua cabeça; revistou-o e descobriu que ele estava usando um coldre vazio; e, após algemá-lo, perguntou a ele onde a arma estava. O entrevistado apontou para algumas caixas vazias e respondeu que "a arma estava ali." Diretor de Kraft, em seguida, pegou a arma de uma das caixas, prendeu formalmente os presos, e leu os seus direitos de acordo com Miranda v. Arizona, 384 US 436. O entrevistado indicou que ele iria responder a perguntas sem um advogado estar presente e admitiu que ele possuía a arma e tinha comprado na Flórida. O tribunal de julgamento excluiu a declaração inicial do entrevistado e a arma porque o entrevistado ainda não tinha sido dado os avisos de Miranda, e também excluídas outras declarações do entrevistado como prova manchada por violação do Miranda. Tanto a Divisão de Apelação da Suprema Corte de Nova York e de Nova York Tribunal de Apelações mantiveram.

Mantido:

O Tribunal de Apelações cometeu um erro ao afirmar a exclusão de declaração inicial do entrevistado e a arma por causa da falha do agente Kraft em ler respondente seus direitos de Miranda antes de tentar localizar a arma. Assim, ele também cometeu um erro ao afirmar a exclusão de declarações posteriores do inquirido como frutos ilegais da violação de Miranda. Este caso apresenta uma situação onde a preocupação com a segurança pública deve ser primordial à adesão à linguagem literal das normas profiláticas enunciados na Miranda. Pp. 653-660.

(A) Embora o entrevistado estivesse sob custódia da polícia, quando ele fez suas declarações e os fatos são incluídos no âmbito de Miranda, no entanto, sobre estes fatos há uma exceção de "segurança pública" com a exigência de que as advertências Miranda devem ser dada antes de respostas de um suspeito, e podem ser admitidas [467 US 649, 650] em evidência, e a disponibilidade da exceção não depende da motivação dos agentes individuais envolvidos. Os fundamentos doutrinários de Miranda não exigem que ela seja aplicada em todo o seu rigor a uma situação em que os policiais fazem perguntas razoavelmente desencadeadas por uma preocupação com a segurança pública. Neste caso, no momento em que a arma estava escondida em algum lugar no supermercado, ela posou mais de um perigo para a segurança

com a necessidade pode e deve superar a formalidade. O caso não era tão crítico assim, mas era relevante para a segurança pública que a arma fosse retirada de circulação.

Além dos direitos citados, vale ressaltar que não podem surgir efeitos danosos como expulsão da *bar (disbarment)*²¹⁸ ou vedação de entrar no serviço público²¹⁹ por alegar²²⁰ a quinta. E muito menos pode o promotor querer

pública: um cúmplice pode fazer uso dele, ou um cliente ou funcionário pode mais tarde vir a encontrá-la. Pp. 655-657.

(B) As garantias processuais que impedem um suspeito de responder, e aumentar a possibilidade de menos condenações, foram consideradas aceitáveis em *Miranda*, a fim de proteger privilégio da Quinta Emenda contra a autoincriminação obrigatória. No entanto, se avisos de *Miranda* tivessem dissuadido as respostas às perguntas do oficial Kraft sobre o paradeiro da arma, o custo teria sido algo mais do que simplesmente a não obtenção de provas úteis na condenação entrevistado. Era necessária uma resposta para assegurar que o futuro perigo para o público não resultasse da ocultação da arma em uma área pública. P. 657.

(C) A exceção à regra estreita de *Miranda* reconhecido aqui vai a algum grau diminuir a clareza desejável dessa regra. No entanto, a exceção não será difícil para os policiais de aplicar porque em cada caso será limitada pela exigência que o justifique. Os oficiais de polícia podem e vão distinguir quase instintivamente entre as perguntas necessárias para garantir a sua própria segurança ou a segurança do público e questões projetado exclusivamente para provocar prova testemunhal de um suspeito. Pp. 658-659.

Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/467/649.html>> Acesso em: 02 jul. 2015.

²¹⁸ United States Supreme Court. 385 U.S. 511 (1967). *SPEVACK v. KLEIN*, No. 62. Argued: November 7, 1966 Decided: January 16, 1967.

The Self-Incrimination Clause of the Fifth Amendment, which has been absorbed in the Fourteenth, extends its protection to lawyers, and should not be watered down by imposing the dishonor of disbarment and the deprivation of livelihood as a penalty for asserting it. *Cohen v. Hurley*, supra, is overruled. Pp. 514-516. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=385&invol=511>> Acesso em 02 jul 2015.

Tradução Livre: A cláusula de autoincriminação da Quinta Emenda, que foi absorvida na Décima Quarta, estende sua proteção aos advogados, e não deve ser diluído, impondo a desonra da perda da OAB e a privação dos meios de subsistência como uma penalidade para afirmar isso. *Cohen v. Hurley*, supra, é anulada. Pp. 514-516.

²¹⁹ United States Supreme Court. 414 U.S. 70 (1973). *LEFKOWITZ V. TURLEY*, No. 72-331 Argued: October 10, 1973. Decided: November 19, 1973.

The Fifth Amendment privilege against self-incrimination is not inapplicable simply because the issue arises in the context of official inquiries into the job performance of a public contractor. The ordinary rule is that the privilege is available to witnesses called before a grand jury as these appellees were, and the State's legitimate interest in maintaining the integrity of its civil service and of its transactions with independent contractors, like other state concerns, cannot override the requirements of the Fifth Amendment. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=414&invol=70>> Acesso em 02 jul 2015.

Tradução Livre: A Quinta Emenda privilégio contra a autoincriminação não é inaplicável, simplesmente porque a questão se coloca no contexto de investigações oficiais sobre o desempenho do trabalho de um contratante público. A regra comum é que o privilégio está disponível para testemunhas convocadas diante de um júri como estes apelados eram, e interesses legítimos do Estado em manter a integridade de seu serviço civil e das suas

excluir o testemunho do réu com base no fato que o mesmo ficou calado durante o interrogatório, conforme decidido em *Doyle v. Ohio*²²¹.

Assim como no Brasil, o promotor não pode comentar para o Júri sobre o silêncio do acusado de forma a evidenciar culpa. Entretanto, no próprio julgado que criou a chamada regra de Griffin²²², se noticiavam as vozes divergentes:

I think that the Court in this case stretches the concept of compulsion beyond all reasonable bounds, and that whatever compulsion may exist derives from the defendant's choice not to testify, not from any comment by court or counsel. In support of its conclusion that the California procedure does compel the accused to testify, the Court has only this to say: "It is a penalty imposed by courts for exercising a constitutional privilege. It cuts down on the privilege by making its assertion costly." Exactly what the penalty [380 U.S. 609, 621] imposed consists of is not clear. It is not, as I understand the problem, that the jury becomes aware that the defendant has chosen not to testify in his own defense, **for the jury will, of course, realize this quite evident fact, even though the choice goes**

transações com fornecedores independentes, como outras preocupações do Estado, não podem sobrepujar os requisitos da Quinta Emenda.

²²¹ United States Supreme Court. 426 U.S. 610 (1976). *DOYLE v. OHIO*, No. 75-5014. Argued: February 23, 1976. Decided: June 17, 1976.

During the course of their state criminal trials petitioners, who after arrest were given warnings in line with *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 467 -473, took the stand and gave an exculpatory story that they had not previously told to the police or the prosecutor. Over their counsel's objection, they were cross-examined as to why they had not given the arresting officer the exculpatory explanations. Petitioners were convicted, and their convictions were upheld on appeal. Held: The use for impeachment purposes of petitioner's silence, at the time of arrest and after they received *Miranda* warnings, violated the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Post-arrest silence following such warnings is insolubly ambiguous; moreover, it would be fundamentally unfair to allow an arrestee's silence to be used to impeach an explanation subsequently given at trial after he had been impliedly assured, by the *Miranda* warnings, that silence would carry no penalty. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=426&invol=610>>

Acesso em 02 jul. 2015.

Tradução Livre: Durante o curso dos processos criminais penais os petionários, que depois da prisão foram dados avisos em linha com *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 467 -473, foram depor e deram uma história de defesa que não tinha anteriormente dito à polícia ou o promotor. Sobre a objeção de seu advogado, eles foram interrogados a respeito de porque não tinha dado ao policial que o prendeu as explicações de defesa. Petionários foram condenados, e suas convicções foram confirmadas em recurso. Decisão: O uso para fins de impeachment de silêncio do petionário, no momento da prisão e depois de terem recebido avisos de *Miranda*, violou a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda. Silêncio pós-prisão e na sequência de tais avisos é indissolavelmente ambígua; Além disso, seria fundamentalmente injusto permitir que o silêncio de um detido possa ser usado para acusar uma explicação posteriormente dada no julgamento depois de ter sido tacitamente assegurado, pelos avisos de *Miranda*, que o silêncio levaria nenhuma penalidade.

²²² United States Supreme Court. 380 U.S. 609 (1965). *GRIFFIN v. CALIFORNIA*, No. 202 Argued: March 9, 1965. Decided: April 28, 1965. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/380/609.html#614>> Acesso em: 02 jul. 2015.

unmentioned. Since comment by counsel and the court does not compel testimony by creating such an awareness, the Court must be saying that the California constitutional provision places some other compulsion upon the defendant to incriminate himself, some compulsion which the Court does not describe and which I cannot readily perceive.

Tradução Livre: Eu acho que o Tribunal neste caso esticou o conceito de compulsão além de todos os limites razoáveis, e que a compulsão que pode existir deriva da escolha do réu de se recusar a depor, e não a partir de qualquer comentário por parte tribunal ou dos causídicos. Em apoio da sua conclusão de que o procedimento Califórnia não obrigar o arguido a depor, o Tribunal só tem que dizer isto: "É uma pena imposta por tribunais para exercer um privilégio constitucional Ele reduz o privilégio, fazendo sua afirmação cara." Exatamente o que a pena [380 US 609, 621] imposta consiste não é claro. Não é, como eu entendo o problema, que o júri tenha conhecimento de que o réu tenha optado por não depor em sua própria defesa, pois o júri irá, naturalmente, perceber esse fato bastante evidente, embora a escolha não seja mencionada. Como o comentário por um advogado e o tribunal não obriga o testemunho através da criação de uma tal consciência, o Tribunal deve estar dizendo que a disposição constitucional da Califórnia coloca algum outra coação sobre o réu a depor contra si, alguma compulsão que o Tribunal não descreve e que eu não posso prontamente perceber

Vale citar que no direito americano ao contrário do brasileiro²²³ quando o crime deixa vestígios a confissão é suficiente, sendo inclusive comum esta ser trocada em um acordo penal com o "prosecutor"²²⁴, sendo que a maioria dos casos não vai para julgamento, mas sim são feitos acordos.

²²³ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

²²⁴RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos, op. cit. P. 118.

4.6 Exames corporais e autoincriminação. O fornecimento de provas físicas e a obrigação de ações como o bafômetro. Consequências da recusa.

Diversos problemas surgem no momento da coleta de provas físicas e quais são os limites que se deve impor ao Estado no exercício da persecução penal. Sempre ocorrerá um conflito entre a privacidade do indivíduo com o interesse do Estado e da coletividade para a correta determinação de quem cometeu algum delito. O principal critério para determinar a razoabilidade de uma busca é através do equilíbrio entre a causa provável que deu origem ao motivo da busca e a medida da intrusão que o meio de prova irá causar no cidadão. Vale citar desde já, que o direito americano privilegia a busca da verdade em detrimento do direito individual. Já no Brasil ocorre o contrário, e as provas possuem exigências relativamente mais elevadas. Desde já é relevante citar que o Código de Processo Penal apenas tem um artigo em que o acusado deverá fazer alguma ação, que é no curso do reconhecimento de escritos, em que o suspeito pode ser meramente intimado a escrever algo que lhe é ditado caso não seja encontrado nenhum escrito seu para comparação. É importante salientar o termo intimado, e que se vai cumprir ou não a intimação²²⁵ fica a critério do réu. Também não pode ser compelido o réu a

²²⁵ STF. HC 77.135, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998. EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. Disponível em:

entregar o padrão vocal²²⁶. No âmbito civil, é possível se impor sanções pelos descumprimento de uma ordem de fazer provas contra si, conforme o entendimento sumulado do STJ²²⁷ mas isso não é possível no processo penal, devido à garantia constitucional implícita, que proíbe a produção de provas contra si mesmo. Todavia, tal garantia também existe no direito americano de forma implícita, mas a interpretação é que é totalmente diferente. O que foi incluso na constituição de 1988 foi o direito ao silêncio e não a vedação da autoincriminação, que, conforme defendem os estudiosos é norma supralegal, e que pode ser admitida uma restrição de seu conteúdo para atender a devida proporcionalidade²²⁸.

Vamos fazer aqui um estudo do caso mais emblemático sobre direito e evidências, que foi *Warden v. Hayden* para posteriormente ver os casos específicos. Esse foi o caso que delimitou qual o alcance da possibilidade hipotética de apreensão de provas físicas pelo Estado e um dos primeiros

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+77135%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+77135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url>> Acesso em 09 jul 2015.

²²⁶ STF, HC 83096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie 2a T., julgado em 18 nov 2003, publicado no DJ em 12 dez 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>> Acesso em: 22 jul. 2015.

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia".

²²⁷ Súmula 301 do STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade."

²²⁸ NORONHA, Adalberto Salvador. A identificação criminal obrigatória da lei de execução penal e o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/3-Adalberto-Salvador-Noronha-Filho.pdf> Acesso em 04 ago 2015.

Em que pese à categorização do *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental de primeira geração, este poderá sofrer restrições em sua incidência, em via de exceção, mediante a existência de lei, cujo caráter restritivo da norma respeite as balizas dos limites da adequação, necessidade e da razoabilidade da medida adotada, que são corolários do princípio da proporcionalidade.

casos que se tentou argumentar o privilégio da não autoincriminação durante uma busca.

Era aproximadamente 8 da manhã do dia 17 de março de 1962 em Maryland, Baltimore, quando um ladrão invadiu uma companhia de táxi denominada de Diamante. Ele roubou 363 dólares. Dois taxistas ouviram o chamado do assalto no rádio e seguiram o homem até a rua Cocoa Lane, 2111 e repassaram a informação para a Polícia que rapidamente chegou ao local. Um policial bateu na porta e anunciou sua presença, e a Sra. Hayden respondeu, e autorizou a entrada dos policiais. Eles procuraram o homem acusado do roubo e o prenderam enquanto este fingia dormir. Após a sua prisão eles buscaram a residência e encontraram as armas do crime e a roupa com que este estava vestido. A entrada no imóvel para efetuar a prisão foi tida como constitucional, mesmo sendo feita sem mandado, utilizando a regra da circunstância exigente, que é uma regra mais abrangente do que o flagrante delito imediato e este inclui, utilizada para justificar a necessidade da invasão²²⁹. No Brasil tal procedimento seria majoritariamente entendido como válido em caso de crime permanente, se valendo da exceção do flagrante delito que também é cabível na modalidade imprópria. O problema aqui não foi a entrada no imóvel. O problema aqui foi a busca. Um dos casos mais comuns é o da denúncia anônima em que o proprietário do imóvel “autoriza” a busca. Recentemente o TJRS decidiu que tal ação não é válida, mas fique anotado que isso essa decisão é a exceção²³⁰. A discussão nos Estados Unidos era

²²⁹ United States Supreme Court. 335 US 451. MCDONALD V. U. S., (1948), No. 36, Decided: December 13, 1948. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/335/451.html#456>> Acesso em: 29 jul. 2015.

²³⁰ TJRS, Apelação Crime Nº 70058172628, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 15/05/2014. APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BUSCA DOMICILIAR ILEGAL. NULIDADE DA APREENSÃO. PROVA REMANESCENTE. INSUFICIÊNCIA.

I. Nulidade por violação de direito constitucional. Inexiste previsão legal de busca domiciliar mediante o mero e suposto consentimento do proprietário, já que a anuência, quando de fato há, é evidentemente dada sob constrangimento. Ingresso não autorizado judicialmente, quando as investigações poderiam facilmente ter conduzido à representação por mandado de busca e apreensão. Pela clara violação ao artigo 5º, IX, da Constituição Federal, deverá ser decretada nula a apreensão dos objetos na residência do réu, remanescendo apenas a apreensão decorrente da busca pessoal e as provas dela derivadas.

II. Tráfico de Entorpecentes. Não há provas da atividade de traficância. A investigação procedida pela Polícia Civil conta apenas com fotografias em nada comprometedoras, pessoas

sobre a validade do procedimento de apreensão de bens que sejam meras evidências. Existia tal distinção antigamente no direito americano, que atualmente proibia a apreensão de bens meramente evidenciais. Tal restrição foi suprimida com base na própria falta de sentido de tal proteção, pois a apreensão de bens meramente evidenciais não viola nenhuma proteção constitucional, além do fato que existiam tantas exceções que a proteção era virtualmente inaplicável. O principal argumento é que a apreensão de bens não é um ato testemunhal e nem comunicativo²³¹. Esse sim que é o real interesse da proteção contra a autoincriminação. A proteção surgiu para evitar o excesso e cruel dilema da sistema inquisitório, onde ficar calado era sinônimo de culpa. Todavia, como é comum, o exagero acaba sendo combatido com outro exagero e causa ainda mais prejuízo, como já foi demonstrado ao se estudar o caso Miranda. A exposição desse julgado é para desmistificar desde logo o princípio da vedação a autoincriminação que no Brasil atinge ares de absoluta certeza para alguns doutrinadores e que nos EUA foi tratada com bastante razoabilidade visando atingir o devido equilíbrio entre as partes.

Agora iniciaremos os estudos de casos específicos por um dos meios de prova forense mais antigos: a impressão digital.

não identificadas e imputações pouco detalhadas. Em juízo, nada consta além do depoimento dos policiais e da negativa do réu. Impositiva a absolvição. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058172628&num_processo=70058172628&codEmenta=5776076&temIntTeor=true Acesso em 29 jul 2015.

²³¹ United States Supreme Court, 387 US 294 (1967). WARDEN v. HAYDEN. No. 480, Argued: April 12, 1967. Decided: May 29, 1967

303 (b) The clothing items involved here are not "testimonial" or "communicative" and their introduction did not compel respondent to become a witness against himself in violation of the Fifth Amendment. Schmerber v. California, 384 U.S. 757 . Pp. 302-303. [387 U.S. 294, 295] Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/387/294.html#303> Acesso em: 30 jul. 2015.

Tradução Livre: (b) Os itens de vestuário envolvidos aqui não são "testemunhais" ou "comunicativos" e sua introdução não obrigam o entrevistado a se tornar uma testemunha contra si mesmo em violação da Quinta Emenda. Schmerber v. Califórnia, EUA 384 757. Pp. 302-303. [387 EUA 294, 295]

4.6.1 A coleta de digitais

No direito americano, desde 1969, em *Davis v. Mississippi*²³² a Suprema Corte decidiu que apesar de ser mandatório obedecer as limitações da quarta emenda (causa provável e mandado) é sim possível compelir alguém a apresentar as suas digitais, especialmente diante da certeza para a investigação criminal e por ser uma medida pouco intrusiva, não haveria motivo para se impedir seu uso, desde que seja seguido o mandamento constitucional. No Brasil, conforme o artigo 3, inciso IV da lei 12.037, é necessário o despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante

²³² United States Supreme Court. 394 U.S. 721 (1969). *DAVIS v. MISSISSIPPI*. No. 645, Decided: April 22. Detentions for the sole purpose of obtaining fingerprints are no less subject to the constraints of the Fourth Amendment. It is arguable, however, that, because of the unique nature of the fingerprinting process, such detentions might, under narrowly defined circumstances, be found to comply with the Fourth Amendment even though there is no probable cause in the traditional sense. See *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967). Detention for fingerprinting may constitute a much less serious intrusion upon personal security than other types of police searches and detentions. Fingerprinting involves none of the probing into an individual's private life and thoughts that marks an interrogation or search. Nor can fingerprint detention be employed repeatedly to harass any individual, since the police need only one set of each person's prints. Furthermore, fingerprinting is an inherently more reliable and effective crime-solving tool than eyewitness identifications or confessions and is not subject to such abuses as the improper line-up and the "third degree." Finally, because there is no danger of destruction of fingerprints, the limited detention need not come unexpectedly or at an inconvenient time. [394 U.S. 721, 728] For this same reason, the general requirement that the authorization of a judicial officer be obtained in advance of detention would seem not to admit of any exception in the fingerprinting context. – Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/394/721.html#sthash.9DEXJfQK.dpuf>> Acesso em: 07 jul. 2015.

Tradução Livre: Detenções com o único objetivo de obter impressões digitais não são menos sujeitas às restrições da Quarta Emenda. É discutível, porém, que, devido à natureza única do processo de recolha de impressões digitais, tais detenções podem, em circunstâncias estritamente definidas, ser consideradas em conformidade com a Quarta Emenda, embora não haja nenhuma causa provável, no sentido tradicional. Veja *Camara v. Tribunal Municipal*, 387 US 523 (1967). Detenções para obter impressões digitais podem constituir uma intrusão muito menos grave sobre segurança pessoal do que outros tipos de buscas policiais e detenções. Obter as digitais envolve nenhuma das sondagem sobre a vida e os pensamentos que marcam um interrogatório ou busca privada de um indivíduo. Também não pode ser empregado repetidamente a detenção para obter impressões digitais para assediar qualquer indivíduo, uma vez que a polícia só precisa de um conjunto de impressões digitais de cada pessoa. Além disso, as impressões digitais são uma ferramenta de resolução de crime inerentemente mais confiável e eficaz do que as identificações de testemunhas oculares ou confissões e não está sujeito a tais abusos como a inadequada reconhecimento lado a lado e o "terceiro grau" (eufemismo para tortura). Finalmente, porque não há perigo de destruição de impressões digitais, a detenção limitada não precisa vir inesperadamente ou em uma hora inconveniente. [394 US 721, 728] Por esta mesma razão, a exigência geral de que a autorização pelo juiz deve ser obtida antes da detenção parece não admitir qualquer exceção no contexto da obtenção de digitais.

representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, em caso de necessidade da investigação criminal, pois a Constituição Federal no artigo 5º inciso LVIII comanda que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei, que basicamente é a necessidade junto com ordem judicial ou a dúvida da identificação.

Além disso, a identificação criminal não pode ficar registrada caso a parte peça que esta seja removida no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, desde que o indiciado ou o réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requeira a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil. Esta faculdade não existe no direito americano, sendo a meu ver um proteção excessiva que dificulta a persecução penal e impede a construção de bancos de dados como o do FBI americano que tem milhões de digitais no sistema. Tais meios acabam impondo dificuldades aos criminosos que tem suas digitais no sistema e aumentam o receio destes. No Brasil os criminosos nem precisam se preocupar muito, afinal o banco de digitais é extremamente antigo e deixou de funcionar em janeiro deste ano por falta de verba.²³³

Ademais, nos Estados Unidos, por precaução, não são apenas os criminosos que tem suas digitais cadastradas no sistema e não são apenas os policiais que podem efetuar a consulta de uma digital. Pessoas que exercem funções relevantes devem ser checadas como corretores de ações, bancários, assim como os próprios policiais. O Ato De Proteção Nacional das Crianças (National Child Protection Act²³⁴), exige que todos aqueles que desejem trabalhar com crianças passem pela verificação das digitais, conforme é visto no começo da seção III.

²³³ BRUM, Adriana. Banco de digitais para de funcionar e prejudica investigações criminais. **Paraná Online**, Curitiba, publicado em 01 jun 2015. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/882212/?noticia=BANCO+DE+DIGITAIS+PARA+DE+FUNCIONAR+E+PREJUDICA+INVESTIGACOES+CRIMINAIS>> Acesso em: 08 jul. 2015.

²³⁴ Disponível em: <<http://www.ojdp.gov/pubs/guidelines/appen-a.html>> Acesso em 08 jul. 2015.

Sem dúvida essa é uma das medidas necessárias para ocorrer a persecução criminal dos delitos cometidos e buscar prevenir crimes. É uma medida minimamente intrusiva e que oferece elevado grau de segurança, além dos baixo custo, sendo ideal a implementação apropriada como meio de verificação da identidade tanto criminal como para funções relevantes.

4.6.2 A coleta de partes corporais e o bafômetro

Basicamente não existe legislação positivada sobre a obrigatoriedade do exame que retire alguma parte do corpo no curso de uma investigação criminal. O CPP é absolutamente vacante nesse sentido, não havendo um artigo sequer sobre a possibilidade de se obrigar o suspeito a ceder sua propriedade biológica para o Estado realizar exames. Recentemente o Supremo se posicionou sobre o assunto quando estava julgando a viabilidade de se realizar o exame de bafômetro e alternativamente o de sangue em caso da negativa do primeiro. A decisão tomada esvaziou absolutamente a persecução criminal ao determinar que o suspeito poderia se negar a realizar o bafômetro e o exame de sangue. Combinando isso com o fato de que o STJ decidira em 2012²³⁵ que apenas o bafômetro ou exame de sangue poderiam

²³⁵STJ RESPE 1.111.566, RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª Seção, julgado em 28 mar. 2012, p. no dje de 04 set. 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900250862&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>> Acesso em: 20 jul. 2015.

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO 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. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (nemo tenetur se detegere). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um

desencadear uma ação penal, pois a elementar do tipo penal previsto no artigo 306 do CTB é precisa, ficava virtualmente impossível a persecução penal daquele que soubesse o mínimo de direito. Em dezembro de 2012, pouco após a publicação da decisão o Congresso reagiu, e modificou o Código de Trânsito Brasileiro, determinando que a infração administrativa de dirigir embriagado também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas e modificou o crime incluindo como elementar sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. Dessa data adiante surgiu a real possibilidade de persecução criminal nesses casos, não porque a lei previu expressamente a possibilidade do uso de outras provas, pois tal autorização já existe no CPP, mas porque foi modificada a elementar do crime. Nesse novo panorama, modifica-se bastante a posição da jurisprudência, que começou a permitir a persecução pela prova testemunhal, e vemos decisões do STJ²³⁶ que permitem a persecução penal se

elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. 4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 9. Recurso especial a que se nega provimento.

²³⁶ STJ, RHC 51528 PE 2014/0232454-9, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 06 nov. 2014, Publicado no DJe em 13 nov. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402324549 Acesso em: 20 jul. 2015.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). APONTADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ACUSADA QUE SE RECUSOU A SE SUBMETER AO

baseando na premissa errônea que a lei agora autoriza o uso de testemunhas devido parágrafo segundo do artigo 306 do CTB, quando na verdade é devido à modificação na configuração do fato delituoso. Para completar o imbróglio, recentemente foi publicado um parecer do Procurado Geral da República sobre o assunto que pugnou pela inconstitucionalidade até mesmo da sanção administrativa em caso de recusa a fazer o bafômetro, no âmbito da ADIN 4103, de autoria da Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel). Ainda não é possível saber qual ponto de vista irá prosperar. Os argumentos são fortes na ADIN 4103 para os dois lados. É absolutamente inegável que a lei seca é um exagero com o limite de tolerância zero, sendo um amargo remédio aparentemente necessário para mudar o número enorme de mortes causadas devido ao álcool. Ocorre que nessa ânsia exagerada acaba o governo criminalizando condutas sem verificar a proporcionalidade com a ação feita e as consequências. E com a vedação a autoincriminação, cláusula implícita da Constituição Federal que acaba prejudicando pessoas que desconhecem a legislação e fazem o bafômetro mesmo tendo consumido pequenas quantidades de álcool e protege aqueles que consumiram uma quantidade elevada. Na prática, somente o indivíduo que estiver visivelmente alterado poderá ser punido caso se recuse a fazer o bafômetro, pois sequer obrigada a falar qualquer coisa a pessoa é. Sem dúvida o mais correto seria um limite razoável, junto com a obrigatoriedade de provar a habilidade de dirigir e não um limite arbitrário pré-fixado que ainda possui margem para erro. O correto seria um limite absoluto de presunção como 2g por litro de sangue em que nem mesmo a pessoa mais tolerante possível estaria imune aos efeitos, e uma faixa que admite prova em contrário da

TESTE DO BAFÔMETRO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 12.760/2012. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR OUTROS MEIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.1. Com o advento da Lei 12.760/2012, o combate à embriaguez ao volante tornou-se ainda mais rígido, tendo o legislador previsto a possibilidade de comprovação do crime por diversos meios de prova, conforme se infere da redação do § 2º incluído no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. 2. No caso dos autos, o crime imputado à recorrente ocorreu em 14.09.2013, quando já vigorava o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, de modo que, diante da sua recusa em se submeter ao teste do bafômetro, admite-se a prova da embriaguez por meio de testemunhos, circunstância que evidencia a dispensabilidade do exame pretendido na insurgência. 3. Recurso desprovido.

embriaguez, em que caso fosse detectado o álcool seria obrigatório realizar testes padronizados a depende do índice constatado que verifiquem se a pessoa possuía condições de dirigir, pois os efeitos do álcool não são nem de longe os mesmos para todas as pessoas. Um jovem que nunca ingeriu nada pode ficar alterado com 3 latinhas de cervejas enquanto um adulto que faça o uso a um certo tempo pode sequer sentir algum efeito.

Como quase tudo na natureza, as distribuições estatísticas tendem a seguir a chamada curva normal de Gauss. Existiram pessoas que com o mínimo de consumo de álcool irão ter efeitos graves, que serão uma minoria e no outro lado da curva teremos outra minoria que serão aquelas pessoas com uma extrema tolerância ao álcool. E no meio teremos a maioria das pessoas que realmente terão a coordenação motora afetada com o consumo do álcool no percentual legal. É uma falha enorme quando a legislação determina pontos fixos para tratar casos distintos por mera conveniência, causando graves injustiças. O correto seria que as normas sempre que possível busquem abranger todas as realidades fáticas possíveis. Então avaliando que tais são os comportamentos deve a lei buscar abranger os três casos prováveis. Primeiro deve ser feita a determinação de um limite inferior, aquele em que será virtualmente impossível que a pessoa seja alterada pelo consumo de álcool de forma significativa, algo em torno de 0,2 gramas por litro de sangue. Acima deste limite surge a faixa de risco mínimo, em que no caso de ser constatado o álcool deve a pessoa fazer uma bateria simplificada de exames para comprovar a sua capacidade de dirigir sob pena de ser autuada meramente administrativamente, com valor limite de até 0,5 gramas por litro de sangue, que é o quociente da maior parte União Europeia. Acima disso entra a faixa de risco médio, em que já se verifica a necessidade de provas mais completas para determinar a capacidade, até 0,8 gramas por litro de sangue, que é o limite da Inglaterra. Já na faixa de risco elevado, acima de 0,8 gramas por litro, seria necessário um teste extremamente pesado para comprovar a capacidade. Por fim, temos a faixa de risco absoluto, acima de 2 gramas por litro em que é praticamente impossível que a pessoa consiga manter o mínimo de coordenação motora, já que o mais provável é que desmaie. A Austrália

utiliza um sistema similar para suas multas²³⁷, cujos valores variam desde 100 dólares e perda de pontos até 5000 dólares com proibição eterna de dirigir a depender do teor alcoólico constatado, mas não admite prova em contrário, assim como é aqui, coisa que, a meu ver viola o princípio constitucional do contraditório em nosso ordenamento.

O problema é como conciliar a aparente vedação a autoincriminação com a obrigatoriedade de realizar os supracitados exames na ordem atual. A vedação não é prevista expressamente na constituição brasileira da forma como é na americana, sendo entendido como um princípio implícito contido no devido processo legal. Apesar disso, a interpretação a que é dada em nosso país a este princípio é bem mais ampla do que a americana, que entende como regra por um não fazer enquanto entra também um não deixar fazer. Outras peças normativas contém implicitamente esse princípio, como o artigo 14, 3, alínea g, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, que determina a garantia da pessoa ré “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. A convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) no artigo 8º, 2, alínea g é idêntica ao PIDCP adicionando no inciso 3 que “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.

A interpretação literal de todos esses dispositivos, assim como a quinta emenda americana determina que o limite da proteção é impedir o estado de obrigar a pessoa a testemunha contra ela mesma. O STF optou por ampliar essa proteção no Brasil a um nível exagerado, concedendo a possibilidade do acusado de não apenas se recusar a responder, mas de mentir também, negando a autoria²³⁸. E a doutrina que em sua maioria busca ampliar

²³⁷ Disponível em:

<<http://www.police.wa.gov.au/Traffic/Drinkdriving/Penalties/tabid/989/Default.aspx>> Acesso em: 21 de jul. de 2015.

²³⁸ STF HC 68929 / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 22 out. 1991, publicado no dj em 28 ago. 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335> Acesso em: 22 jul. 2015.

O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a

direitos vai ainda mais além e pugna pelo direito de mentir livremente conforme defende Luiz Flávio Gomes²³⁹. A origem dos excessos protetivos é sem dúvida uma reação aos excessos acusatórios do sistema inquisitório medieval. Busca evitar o trilema cruel da autoacusação, perjúrio ou desobediência. Basicamente a sociedade sempre falha em perceber que os excessos sempre trazem consequências negativas, mesmo quando feito com as melhores das intenções (o que não é o caso sempre). O excesso de proteção ao menor de idade infrator trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente acaba por aumentar o perigo dos menores em situação de vulnerabilidade, pois os faz ser alvos atraentes dos criminosos inescrupulosos que conseguem se aproveitar dessa quase invulnerabilidade penal a seu favor. Utilizam os menores para cometer diversos crimes e assumir a culpa de crimes que estes cometeram. Os excessos sempre são prejudiciais, da mesma forma que o excesso que é a Lei Seca. Muitas vezes são vendidos como um mal necessário para combater um outro ainda maior, mas geralmente isso é uma mera escusa ante a inépcia estatal usual.

O parecer da Vice-Procuradora-Geral da República, que foi citado acima, na ADI 4103, pugnou pela inconstitucionalidade do artigo 277, §3 do CTB, com base no privilégio contra a autoincriminação e que deste não pode surgir sanções nem mesmo no âmbito administrativo. Assim como a Lei Seca, que é excessiva, tal posição é demasiadamente protetiva. Um excesso não compensa o outro, sendo que tal entendimento virtualmente encerraria a função da legislação que é evitar que pessoas sensivelmente alteradas conduzam um veículo, mas é de certa forma uma reação a uma legislação completamente exagerada e que deveria ser escalonada, como é na Austrália. A argumentação utilizada se baseia primordialmente no precedente feito pela Suprema Corte Americana em *Miranda v. Arizona*. É nesse momento que os

prerrogativa processo de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

²³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não autoincriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em:

<<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>> Acesso em: 22 jul. 2015. (a) o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal: (b) o direito de não declarar contra si mesmo: (c) o direito de não confessar e (d) o direito de não falar a verdade

direitos se misturam e o resultado é totalmente diferente em países diferentes. A mesma linha de raciocínio que gerou a obrigação do Estado Americano de no momento da prisão deixar bem claro quais são os direitos do réu, não resultou nisso aqui, onde a polícia frequentemente não anuncia tais direitos no momento da prisão. Entretanto, este argumento contra a autoincriminação resulta em uma miríade de bloqueios contra a investigação e virtualmente impossibilita os meios de prova técnicos. O réu que possua um bom advogado, que saiba disso e utilize a seu favor se torna praticamente blindado contra a perseguição penal, se tiver o mínimo de cuidado. Se uma pessoa bêbada a ponto de mal conseguir falar direito foi parada e uma blitz e por acaso souber da lei, basta este mandar ele não falar nada, não sair do veículo e apenas entregar seu documento. O veículo ficará retido, pois o artigo 277, §3 do CTB ainda é constitucional, mas depois alguém o irá retirar. E a abertura contra a autoincriminação permite que o processo com o mínimo de perícia do causídico vá até o STF e nesse interim a punição irá muito provavelmente prescrever, pois o entendimento jurisprudencial é que o prazo é de 5 anos, por simetria, para a prescrição administrativa. E o condutor não irá sofrer punição alguma pois não é obrigado sequer a abrir a boca e falar alguma coisa. Ou seja a proteção acaba por esvaziar o comando constitucional da inviolabilidade do direito à segurança, ao permitir que condutores inescrupulosos que tenham recursos dirijam de forma irresponsável sem medo de sanção e acaba prejudicando aqueles que sabem ser responsáveis após a ingestão de duas ou três latinhas de cerveja.

Fica bem evidente diante do exposto que o sistema é extremamente falho. E é exatamente por esse motivo que outros países utilizam um sistema diferente, onde nenhum é ideal, mas a combinação deles resulta em um sistema bastante superior. O escalonamento das punições assim como o uso de faixas de verificação já foi trabalhado acima. Além disso, as sanções devem também variar a depender da pessoa, que é basicamente o método utilizado na Finlândia por exemplo, onde o CEO da Nokia, com uma renda declarada de 6,5 milhões de euros por ano foi obrigado a pagar uma

multa de 50 mil euros²⁴⁰ ao ser pegue excedendo a velocidade em 50%. Nada mais justo, afinal essa quantia equivale a 0,76% do rendimento declarado dele. Já no Brasil o valor seria de R\$574,62 (quinhentos e setenta e quatro reais e sessenta e dois centavos). Para o CEO da Nokia isso é 0,0002% do orçamento anual dele. Para mim, mero bolsista, isso seria 3.22% do meu orçamento anual. E para uma pessoa que recebe um salário mínimo mas que com muito esforço adquiriu um veículo é praticamente impagável. Fica evidente a injustiça da falta de personalidade.

O que resta é um sistema eficiente de meios de prova mais correto combinando com um processo mais sumário para punições meramente pecuniárias. Mandar alguém para a cadeia por dirigir embriagado é improvável no nosso atual sistema penal em que existem várias benesses como a transação penal, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, conversão em pena restritiva de direitos e por último, em caso de improvável execução de pena de cárcere, é extremamente remota a hipótese de sequer começar no regime semiaberto. E as cadeias do nosso país dificilmente resultarão na ressocialização de alguém. O medo da cadeia apenas recai em cima daqueles que desconhecem a legislação. Enquanto isso, aqueles que efetivamente matam no trânsito continuam fazendo a mesma coisa, pois sabem que a punição será lenta e talvez pífia. A melhor forma de coibir é não a mera aparência de uma sanção significativa, mas sim uma sanção razoável e rápida. O sistema deve abranger tanto a punição como a reparação da vítima, em um só movimento. Na parte processual, um rito mais sumário e baseado primordialmente em provas técnicas é importantíssimo para garantir a celeridade. É melhor reduzir a punição mas que esta seja célere, pois ao reduzir ou eliminar o risco de irreversibilidade de um erro é admissível medidas de celeridade mais liberais.

É aqui que entra a questão principal. As provas são a base do processo, todavia são aparentemente relegadas a segundo plano tanto pela

²⁴⁰PINSKE, Joe. Finland, Home of the \$103,000 Speeding Ticket. **The Atlantic**, 12 mar 2015. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/business/archive/2015/03/finland-home-of-the-103000-speeding-ticket/387484/>> Acesso em: 23 jul. 15.

legislação como pelo Estado que deixa a perícia forense com poucos recursos. Como conseguir provas nessa situação caótica em que o réu não é obrigado a cooperar minimamente e a perícia não dispõe de recursos básicos? A solução mais prática foi a adotada nos Estados Unidos. Ao fazer uma análise entre direito a não autoincriminação e necessidade do Estado de garantir a segurança, a Suprema Corte Americana priorizou a segurança. O direito americano extrapolou até a possibilidade de obter amostras mesmo sem mandado quando necessidades especiais surgirem. Com a efetiva capacidade de produzir provas facilmente e com eficiência, os setores de investigação criminal são mais valorizados, pois apresentam reais resultados.

A primeira decisão que autorizou a coleta de sangue da Suprema Corte Americana foi feita em *Schmerber v. California* em 1966, onde um motorista embriagado teve seu sangue removido mesmo contra sua expressa disposição. A Corte decidiu que tal procedimento é válido²⁴¹, pois o privilégio

²⁴¹ United States Supreme Court. 384 U.S. 757 (1966). *SCHMERBER v. CALIFORNIA*, No. 658, Argued: April 25, 1966. Decided: June 20, 1966.

2. The privilege against self-incrimination is not available to an accused in a case such as this, where there is not even a shadow of compulsion to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature. Pp. 760-765.

3. Petitioner's limited claim, that he was denied his right to counsel by virtue of the withdrawal of blood over his objection on his counsel's advice, is rejected, since he acquired no right merely because counsel advised that he could assert one. Pp. 765-766.

4. In view of the substantial interests in privacy involved, petitioner's right to be free of unreasonable searches and seizures applies to the withdrawal of his blood, but under the facts in this case there was no violation of that right. Pp. 766-772. (a) There was probable cause for the arrest and the same facts as established probable cause justified the police in requiring [384 U.S. 757, 758] petitioner to submit to a test of his blood-alcohol content. In view of the time required to bring petitioner to a hospital, the consequences of delay in making a blood test for alcohol, and the time needed to investigate the accident scene, there was no time to secure a warrant, and the clear indication that in fact evidence of intoxication would be found rendered the search an appropriate incident of petitioner's arrest. Pp. 770-771. (b) The test chosen to measure petitioner's blood-alcohol level was a reasonable one, since it was an effective means of determining intoxication, imposed virtually no risk, trauma or pain, and was performed in a reasonable manner by a physician in a hospital. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/384/757.html#sthash.IBfdvTvU.dpuf> Acesso em 30 jul 2015.

Tradução Livre: 2. O privilégio contra a autoincriminação não está disponível para um acusado em um caso como este, onde não há nem mesmo uma sombra de compulsão para testemunhar contra si mesmo, ou de outra forma fornecer ao Estado evidência na forma de depoimento ou de natureza comunicativa. Pp. 760-765.

3. A reivindicação limitada do petionário, que lhe foi negado o seu direito a um advogado em virtude da retirada de sangue sobre sua objeção a conselho de seu advogado, é rejeitada, uma vez que ele não adquiriu o direito pelo simples fato de que o advogado lhe informou que ele poderia exercer. Pp. 765-766.

4. Tendo em conta os interesses substanciais de privacidade envolvidos, o direito do petionário de estar livre de buscas e apreensões se aplica à retirada de seu sangue, mas sob

contra a autoincriminação deve abranger apenas o procedimento testemunhal e comunicativo, ou seja obrigar alguém a fazer alguma coisa. Um deixar fazer não deve ser abrangido sob pena de se esvaír totalmente a persecução criminal ante a inabilidade de produzir provas. Ao sopesar o ônus sofrido pelo investigado com o ganho potencial da sociedade se verifica que o prejuízo para este é mínimo e o potencial que um culpado vá ficar solto indubitavelmente causa enormes prejuízos. Essa é a linha que vemos no caso Schmerber:

To maintain a 'fair state-individual balance,' to require the government 'to shoulder the entire load' . . . to respect the inviolability of the human personality, our accusatory system of criminal justice demands that the government seeking to punish an individual produce the evidence against him by its own independent labors, rather than by the cruel, simple expedient of compelling it from his own mouth. . . . In sum, the privilege is fulfilled only when the person is guaranteed the right 'to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will. [T]he prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof."

Tradução Livre: Para manter um equilíbrio justo da disputa entre o estado e indivíduo, se faz necessário exigir que o governo "carregue toda a carga ". . . para respeitar a inviolabilidade da personalidade humana, o nosso sistema acusatório da justiça penal exige que o governo procurando punir um indivíduo produza as provas contra ele por seus próprios trabalhos independentes, em vez de pelo cruel, simples expediente de obrigá-lo a falar de sua própria boca. . . . Em suma, o privilégio é cumprido somente quando a pessoa é garantido o direito de permanecer em silêncio `a menos que ele escolha falar no exercício irrestrito de sua própria vontade. A proibição de obrigar um homem em um tribunal penal a ser testemunha contra si mesmo é a proibição da utilização de compulsão física ou moral para extorquir comunicações dele, não uma exclusão do seu corpo como prova em que pode ser material. A objeção em princípio proibiria um júri de olhar para um prisioneiro e comparar suas características com uma fotografia na prova.

os fatos neste caso não houve violação do referido direito. Pp. 766-772. (A) Havia causa provável para a detenção e os mesmos fatos como causa provável estabeleciam a justificativa da polícia em exigir [384 US 757, 758] que o petionário se submeta a um teste de seu conteúdo de álcool no sangue. Tendo em vista o tempo necessário para levar o petionário para um hospital, as consequências de atraso em fazer um teste de sangue para o álcool, e o tempo necessário para investigar o local do acidente, não houve tempo para garantir um mandado, e a indicação clara de que no caso a evidência de intoxicação seria encontrada fez a coleta do sangue ser um incidente apropriado de detenção do petionário. Pp. 770-771. (B) O método escolhido para medir o nível de álcool no sangue do petionário era um razoável, uma vez que era um meio eficaz de determinar a intoxicação, impôs praticamente nenhum risco, trauma ou dor, e foi realizada de maneira razoável por um médico em um hospital.

Com a existência de causa provável e do perigo da demora deve sim a própria polícia ter o poder de fazer a coleta do material que inevitavelmente irá dissipar seu valor probatório. Todavia, neste casos, com o intuito de coibir abusos, assim como no caso dos direitos de Miranda em que deve existir um pesado ônus para a acusação de comprovar a ciência do acusado de seus direitos que balanceiem o natural desequilíbrio do processo, a causa provável deve ser demonstrada apropriadamente e fundamentadamente sob pena de violação da cláusula da razoabilidade.

Resta a questão da cláusula da quarta emenda sob a busca e apreensão. No direito americano a cláusula de proteção contra a busca e apreensão sem mandado pode ser violada em alguns casos, sendo o caso primordial aquele em que for extremamente provável a destruição da evidência e que a busca em si oferece o mínimo de risco possível como foi o caso em tutela, pois o nível de álcool no sangue iria inevitavelmente decair e o risco da extração de sangue feito por um médico em um hospital é virtualmente nulo. Foi sob essas condições que essa decisão autorizou que seja desconsiderada a cláusula da obrigatoriedade do mandado, deixando extremamente claro que a autorização desta intrusão mínima e excepcional não irá autorizar de formar alguma que exceda além dos limites da comprovada necessidade, sem olvidar da segurança do acusado.

Ademais no direito americano não é estritamente necessário que o interessado no exame seja exatamente a *Commonwealth*, podendo ser uma entidade privada desde que tenha autorização legal para tanto e esteja atuando como agente do governo, mesmo sem ser precisamente tal, desde que fique demonstrado o interesse secundário da sociedade. Isso ocorreu no caso *Skinner v. Railway Labor Executives' Assn*²⁴², onde um empregado de uma empresa de trens quis recusar a realização de exames mandatórios pela regulação federal. A sanção no caso é o desligamento. No primeiro grau foi

²⁴² United States Supreme Court, 489 U.S. 602 (1989), *SKINNER v. RAILWAY LABOR EXECUTIVES' ASSN.*, No. 87-1555, Argued: November 2, 1988, Decided: March 21, 1989. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/489/602.html#sthash.N0Vvlpj5.dpuf> Acesso em: 02 ago. 2015.

mantida a regulação federal, no segundo revertido e na Suprema Corte revertido novamente para sustentar a validade do procedimento. A argumentação é enorme, com mais de 30 páginas explicando porque tal procedimento deve ser adotado e onde os juízes discorrem sobre o porquê da necessidade de violar a privacidade daqueles que atuam em profissões de risco. Então vamos trabalhar os pontos principais, já que como a fundamentação deste processo elegantemente demonstra a real necessidade de se impor tal constrição diante de um mero risco, ficaria autorizado também quando a motivação é ainda mais grave, que é a fundada suspeita de participação em um crime. A velha lógica quem pode mais pode menos é perfeitamente adequada a esta linha de raciocínio.

O primeiro ponto em questão é se a associação privada de interesse governamental pode por meio de regulamento compelir um teste físico. A resposta foi positiva, pois é a associação a mão indireta do governo, que a obriga a fazer tais testes sob pena de descredenciamento. Além do que os frutos dos testes são também para o governo, que é um dos principais interessados no correto funcionamento das linhas de trem.

Não existe discussão que a obtenção de qualquer parte do corpórea, mesmo aqueles que são naturalmente excretadas constitui uma intrusão e uma busca. Desta forma, salvo em situações excepcionais, deverá incidir sempre a regra da quarta emenda, pois toda limitação de liberdade será mandatoriamente intrusiva e deve ser avaliada com a devida cautela. A Suprema Corte sempre reitera a necessidade de cuidado com as exceções a serem legalmente autorizadas sob pena de abuso de poder. Ao se autorizar um agente privado a tomar medidas de caráter coercitivo, mesmo que não possua competência para adotar a compulsão física, deve ser feito o devido sopesamento entre a capacidade de prejuízo a ser causado pela falta do exame e o potencial de intrusividade deste.

O prejuízo causado pela intrusão estatal durante a investigação de um delito é um mal necessário para coibir delitos. Ocorre que vemos de um Estado que acabou de sair uma ditadura, a jurisprudência optou por o outro

extremo que é proteger demais. Excessos nunca vão bem. Se não existe confiança na Polícia, o que se deve fazer é obrigar a mesma a fazer procedimentos de segurança e redundância. Se vamos fazer um exame de DNA, ao mesmo tempo que o acusado fornece seu DNA deverá ser obrigada a Polícia a entregar uma fração do objeto que será testado para que o acusado, querendo, faça contraprova. Com esse sistema fica seguro também o acusado contra eventuais incriminações e falhas no laboratório.

O segundo tópico, que é dos mais relevantes, é a validade da busca mesmo sem motivo algum, que são as buscas randômicas. Novamente tal procedimento somente pode ser adotado excepcionalmente, quando a necessidade de segurança preponderar sobre o direito de se resguardar contra intrusões indevidas. O termo utilizado é “necessidades especiais” além das ordinárias de investigação. O intuito é coibir o uso de entorpecentes em uma profissão de alto risco, em que um acidente tem potencial, a depender do que o trem carrega, de literalmente obliterar uma cidade pequena inteira. O mesmo deveria ser aplicado para diversas outras profissões de risco, como condutores de ônibus, pilotos de avião, policiais, dentre outros, fato que já é feito em muitos estados americanos.

O terceiro tópico é a necessidade de mandado. Nesse ponto a Corte avalia qual a função do mandado. Como regra as leis sobre isso são extremamente discricionárias, com vagueza nos termos legais justamente para que o intérprete tenha certa maleabilidade com o caso concreto e possa avaliar corretamente se o caso permite ou não sem ficar com as mãos atadas. E tal intérprete tem que ser alguém treinado para trabalhar com esses casos, com ampla experiência e que seja imparcial. Essa é a função do magistrado. Ocorre que no caso em tutela o regulamento é extremamente estrito. As causas que autorizam a intrusão são extremamente específicas para aquela classe profissional e são completamente evidentes. Não existe nenhuma discussão profunda, nenhuma indagação complexa, e inexistente conflito entre princípios a ser ponderado. Qualquer pessoa pode avaliar a situação e verificar que se enquadra. Diante deste cenário a necessidade de mandado se torna um

obstáculo absolutamente inútil, coisa que apenas sobrecarrega apenas mais o judiciário para o magistrado ter que constatar o óbvio. É empregado de uma empresa que trabalhe com linhas férreas? Então tem que fazer o exame randômico a critério da empresa e obrigatoriamente em caso de acidente que o envolveu, sob pena de perder o emprego. Pronto. Precisa de um juiz para avaliar isso? Assim como essa norma é extremamente razoável para essa situação o mesmo poderia ser feito para outros casos na prática. Precisa de um mandado para fazer exame de sangue em alguém com claros sinais de embriaguez que causou um acidente? Seria necessário uma ordem de um juiz para avaliar a necessidade de um exame de DNA em alguém que é pegue na cena de um estupro no meio do ato ou logo após e que a vítima reconhece? São casos tão óbvios, assim como diversos outros hipotéticos que a cláusula do mandado se mostra absolutamente desnecessária, já que qualquer pessoa com o mínimo de capacidade mental verifica que seu deferimento será obrigatório. Um exemplo de cláusula genérica seria a do flagrante delito, que acabaria dificultando dois graves problemas que são os flagrantes forjados, que irão exigir meio de prova inequívoco do flagrante com direito a contraprova e o da assunção de responsabilidade pelo “laranja” que fica bem mais difícil com a obrigatoriedade de produção de prova física, mesmo sem mandado. Se de um lado é necessária a maior liberalização dos meios de prova com compulsão obrigatória, é também mandatário seu balanceamento com maior vigilância sobre a polícia. Isso significa na obrigação de uma corregedoria independente e da obrigação de produção de meios de provas ao invés de simples testemunhos. O meio principal de se fazer isso é tornar obrigatório a gravação pelo policial do que ele faz. Isso evita as inúmeras denúncias por desacato a autoridade que são muitas vezes utilizadas como meio de coação pela polícia.

Em relação ao ataque à liberdade, no caso particular do empregado, a própria relação de emprego constitui per si uma restrição na liberdade, uma mínima restrição adicional que é o exame não causa prejuízo significativo. Partindo do mesmo princípio, ao conviver em sociedade, todos nós tacitamente abrimos mão de uma parcela de nossa liberdade, uma restrição significativa com o intuito de obter para si e para todos melhores

condições de existência. O resultado é que conseguimos construir uma civilização extremamente avançada. Mas para melhorar cada vez mais o convívio é necessário que existam medidas fortes para coibir o comportamento antissocial, e demandar cooperação em uma eventual investigação para determinar o autor de um ato ilícito não constitui uma restrição significativamente maior do que a já realizada no momento em que aceitamos conviver em conjunto.

Diante de todos estes argumentos fica difícil sustentar que o privilégio contra a autoincriminação deve ter a abrangência que é dada no direito brasileiro e que a eventual falta de um mandado em situações excepcionais não pode ser suprida por dispositivo legal ou mesmo normativo com autorização legal. Partiremos agora então para um dos métodos modernos mais subtilizados no direito brasileiro.

4.6.3 O Exame de DNA

Em relação ao perfil genético, no Brasil o perfil este deve ser excluído automaticamente após a prescrição do delito, fato este que dificulta a persecução criminal para delitos futuros, já que a finalidade precípua seria de identificação criminal e não produção de provas. Aqui apenas os condenados por crimes hediondos previstos artigo primeiro da lei 8072 e dolosos de natureza grave contra a pessoa podem ser compelidos a fornecer seu material genético, por técnica adequada e indolor, além dos casos em que a identificação criminal for essencial as investigações. Tal restrição legal deixa uma enorme vacância, pois exclui diversos delitos graves, conforme lecionam Mirabete e Fabbrini:

Observe-se, também, que certamente estão excluídos da incidência do dispositivo os condenados por crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo, se destes últimos não decorreu lesão grave, porque embora por lei equiparados aos crimes hediondos, não estão eles previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990. Não estão igualmente abrangidos os condenados por outros crimes graves praticados com

grave ameaça, como roubo e extorsão, porque, ao mencionar a “violência”, a lei penal refere-se à vis física e não à violência moral ou vis compulsiva.²⁴³

O uso do termo violência grave contra a pessoa ao invés de ajudar acabou foi atrapalhando. As confusões e a falta de certeza sobre a aplicação ou não aos delitos presentes no rol de crimes contra a pessoa é trabalhada por Beck e Ritter²⁴⁴, pois crimes leves podem ser incluídos ou não (como a instigação ao suicídio) e crimes graves podem ser excluídos como a extorsão.

Além disso, para fazer o acesso ao banco de dados, a autoridade policial necessita requerer ao magistrado. Já nos Estados Unidos, como veremos adiante, a polícia pode na maioria dos Estados sempre que fizer alguma detenção por crimes sérios testar o DNA, já outros apenas pode com a condenação, como é aqui. A Suprema Corte Americana, em uma apertada decisão 5-4 decidiu que o teste por mera detenção seria possível e reverteu a absolvição de um acusado de estupro que foi pegue desta forma, em Maryland v. King²⁴⁵, deixando a abertura para que todos os Estados, querendo possam adotar tal procedimento. O argumento utilizado é que o procedimento, por ser mero processo de identificação se equipara as perguntas sobre a pessoa do acusado no curso do interrogatório, que o acusado tem que responder. São meros procedimentos para determinar a pessoa, que não possuem caráter comunicativo, o que exclui eventual argumento contra a autoincriminação. Já

²⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46.

²⁴⁴ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A Coleta De Perfil Genético No Âmbito Da Lei Nº 12.654/2012 E O Direito À Não Autoincriminação: Uma Necessária Análise. **Revista da AJURIS**, v. 42, n. 137, p.331. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/387/321>> Acesso em 05 ago. 2015.

Afora esses delitos, que exigiriam uma simples alteração da expressão “violência” por “lesão corporal”, os demais tipos penais passíveis de enquadramento no texto necessitam uma interpretação mais ampla. Ainda assim, não parece restar maiores dúvidas de que o homicídio poderia ser enquadrado no termo. Mas será que em todas as hipóteses, inclusive o privilegiado? E o crime de participação em suicídio, no qual a violência não é exercida pelo autor do delito, mas sim pela própria vítima? E o que se dirá do infanticídio, crime que envolve uma maior brandura de tratamento dispensada pelo legislador? E o aborto, crime praticado antes mesmo do nascimento com vida e que, no caso do autoaborto ou consentimento, é considerado de médio potencial ofensivo, por admitir a suspensão condicional do processo?

²⁴⁵ United States Supreme Court, Maryland v. King, Certiorari To The Court of Appeals of Maryland, No. 12–207. Argued February 26, 2013—Decided June 3, 2013. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf> Acesso em: 03 ago. 2015.

em relação a busca, a mesma lógica da falta de necessidade do mandado é aplicável aqui. Estando a indivíduo preso em flagrante delito o mandado vira uma mera formalidade desnecessária. O procedimento de “booking” feito na delegacia é completamente distinto da busca em local distinto que é o principal tutelado pela quarta emenda americana. Se existe causa provável para retirar cautelarmente um indivíduo do convívio social que é uma constrição extremamente grave, qual seria o impedimento de se adotar um método de identificação mais preciso? Quem pode mais pode menos, a antiga lógica novamente se apresenta como simples e elegante para verificar que o caso é relativamente simples. Um problema ordinário, todavia, é a descrença da Polícia, que pode ser solucionado com o uso de entraves de prova. Se a pessoa não quer fornecer seu DNA com medo de que a polícia possa plantá-lo, basta que o procedimento inclua um uso de marcador químico. Ademais, no momento da retirada deve o policial notificar o acusado se existe eventual material que será comparado e obrigatoriamente fornecer uma fração deste quando requisitado.

Voltando para os argumentos utilizados, primeiramente o governo tem o legítimo interesse em garantir que quem é julgado atualmente corresponde a pessoa que foi presa. Neste caso não existe elemento de identificação melhor do que o DNA para garantir isso. Fotos, digitais e nomes podem facilmente ser confundidos, mas o perfil genético traz um elevadíssimo grau de certeza, que vai de 99% até 100% a depender do número de alelos comparados. Vale citar que o exame que é feito pela polícia como regra avalia apenas 13 alelos e pode eventualmente acontecer de coincidir, especialmente em pessoas da mesma família. Todavia, a chance de isso acontecer entre pessoas randômicas é de uma em 100 trilhões. Portanto, caso o acusado demande, deve ser obrigatoriamente feito o teste novamente com o perfil mais completo possível. Ademais, a correta identificação do criminoso é essencial para determinar o seu grau de perigo e quais as medidas devem ser adotadas pela equipe de custódia para garantir a segurança de todos os envolvidos na custódia, desde o carcereiro até os próprios detentos. Ademais, o exame pode

ajudar a resolver crimes passados sem solução e também exonerar pessoas que foram indevidamente consideradas culpadas.

Como todo avanço tecnológico existirão aqueles que buscarão se valer de qualquer argumento para evitar sua aplicação com o intuito de se ver livre dos ilícitos que fizeram. A mesma lógica que permite o uso da identificação digital deve permitir também o exame de DNA, pois são exames meramente identificadores. Ademais, conforme vemos na própria decisão um mero esfregar de cotonete na boca não oferece uma invasão da privacidade nem detrimento da dignidade significativo diante do terror que é ir para a delegacia e ficar detido esperando uma decisão do magistrado sobre a existência ou não de causa provável.

Ademais, os alelos que são testados são alelos que não resultam em nenhuma característica física e nem doenças ou algo identificável visivelmente. São chamados pela literatura médica de “noncoding”, que não codificam um resultado, e não revelam informações médicas particulares, não violando a privacidade nesse aspecto. O exame avalia um espectro do DNA chamado de “lixo”, que é aquele que não resulta em codificação de proteínas e que não abrange nenhuma outra utilidade além da mera identificação.

Um detalhe relevante é que as regras do Estado em questão desta decisão são similares as brasileiras em relação a destruição do DNA no caso de falta de causa provável para a prisão, de absolvição imodificável ou de perdão judicial. Além disso o único propósito do uso do DNA é para a identificação específica. Testes para detectar semelhança familiar são proibidos, algo que não é vedado especificamente aqui.

Todos os 50 Estados Americanos adotam o mesmo critério do brasileiro, que era fazer o exame obrigatoriamente quando o réu for condenado por um crime grave (*felony*). Todavia, essa prática era extremamente lenta e alguns estados resolveram inovar. O do caso em tutela, que foi Maryland, acabou por autorizar um método mais eficiente a âmbito nacional nos EUA e que definitivamente não traz graves prejuízos para o acusado inocente. Para

contornar a necessidade de mandado, a lei tornou o exame mera rotina obrigatória. Defender que o exame apenas deve ser feito após a condenação é privilegiar o culpado, que com a demora provavelmente verá o delito prescrever antes que possa ser determinado o seu autor.

Já o exame com intuito realmente investigatório já foi chancelado pelo STF, antes da atual lei, que autorizou a realização de exame de DNA na placenta de Gloria Trevi²⁴⁶, famosa cantora, que quando estava enfrentando um processo de extradição acusou um policial federal de estupro e depois não quis se sujeitar a realizar o exame de DNA que poderia comprovar ou não a veracidade do que ela alegava. Fica a dúvida entretanto, se caso fosse o Tribunal novamente questionado sobre o assunto diante da vedação a autoincriminação o caso teria a mesma solução. Hodiernamente, diversos autores defendem a todo custo a inconstitucionalidade da medida, chegando ao extremo de comparar uma esfregada de cotonete dentro da boca com

²⁴⁶ STF, Rcl 2.040 QO, Relator (a): Min. Néri Da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 21 fev 2002, publicando no DJ de 27 Jun 2003. EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditanda n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>
Acesso em: 04 ago. 2015.

tortura!²⁴⁷ É evidente que tal entendimento não pode prosperar. O defensor que se filia a minha linha de entendimento, baseada no caso Schmerber é Avena²⁴⁸, que argumenta com a lógica da passividade, que também complementa perfeitamente o argumento da necessidade sistêmica e da análise histórica da vedação a autoincriminação, e que já tratamos no capítulo anterior. Ocorre que o argumento da passividade anula outros meios de prova, como o bafômetro que exigem uma ação, mesmo que mínima.

Voltando ao argumento em questão, superada as vedações constitucionais, fica ainda o questionamento sobre qual deve ser o limite de possibilidades de consulta a um banco de DNA. Poderia o teste verificar no Brasil se ocorre um vínculo familiar entre amostras? E se sim, poderia tal banco de dados ser usado em ações de paternidade? No âmbito cível o STF adotou a solução mais conveniente diante da falta de necessidade absoluta de certeza

²⁴⁷ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A Coleta De Perfil Genético No Âmbito Da Lei Nº 12.654/2012 E O Direito À Não Autoincriminação: Uma Necessária Análise. **Revista da AJURIS**, v. 42, n. 137, p.334. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/387/321>> Acesso em: 05. Ago. 2015.

Por isso, submeter o acusado a uma intervenção corporal sem o seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (e gerador de uma prova ilícita).

²⁴⁸ AVENA, Norberto. Direito Processo penal. Execução Penal. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 44-45.

Considerando que o fornecimento desse material é obrigatório para os condenados pelos crimes antes referidos, nos termos do art. 9º-A da L. 7.210, parte expressiva da doutrina vem sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que implica violação ao direito que sobressai do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal no sentido de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). Particularmente, discordamos dessa posição. Consideramos, enfim, que a proibição de que o indivíduo seja obrigado a produzir prova contra si alcança unicamente situações nas quais se pretenda constrangê-lo a uma postura ativa, por exemplo, o fornecimento de DNA no curso de uma investigação em andamento para comprovar a autoria de um crime pelo suspeito. Isso não pode ser feito. Contudo, na situação prevista no art. 9º-A da L. 7.210/1984, o que se estabelece é a obrigação legal de que indivíduos já condenados pela prática de determinados crimes (graves, pela própria natureza) forneçam material biológico a fim de compor banco de dados, a fim de subsidiar futuras investigações em relação a delitos diversos dos que motivaram a extração. A situação, como se vê, não envolve um comportamento ativo no sentido do fornecimento de provas para uma investigação ou processo em andamento, mas simplesmente o abastecimento de banco de dados que permanecerá inerte (passivo), podendo ser acessado pelas autoridades policiais para fins de investigações de crimes apenas por ordem judicial. Tal raciocínio, enfim, guarda simetria com o entendimento adotado pela Suprema Corte norte-americana ao apreciar o célebre caso Schmerber v. Califórnia (1966). Nessa oportunidade, foi realizada a distinção entre os procedimentos que exigem a participação ativa do acusado e aqueles em que o acusado é apenas de uma fonte passiva de elementos de prova, entendendo-se que, neste último caso, não haveria ofensa ao nemo tenetur se detegere.

da verdade real, pois o principal efeito usual do processo de reconhecimento é disponível, o que não pode ser feito na seara penal, que é gerar uma presunção de paternidade em caso de negativa. A discussão sobre a obrigatoriedade do exame restou no embate do direito ao histórico genético contra a privacidade do requerido. Ademais, a real finalidade do processo é obter a verdade mais próxima da concretude e não uma verdade ficta. Uma pessoa pode ser constrangida a ter seus bens arrancados violentamente de sua mão por um oficial de justiça. Creio que uma esfregada de cotonete na parte de dentro da boca nem se compara a isso. Ademais, a negativa pode ser não apenas feita com o intuito de esconder a paternidade. Pode também ser feita para obtê-la de forma duvidosa, pode também ser feita para proteger o real genitor. Se argumentos fortes existem para efetuar o exame compulsório mesmo no plano cível, é indubitável que o patamar de exigência da prova penal autoriza a realização do exame mesmo com uso da força.

A solução mais conveniente a todo o imbróglio seria simplesmente a criação de um banco de DNA de identificação, a ser feita a coleta quando a pessoa retira algum documento ou vai votar por exemplo. A discussão todavia, da obrigatoriedade e se esta violaria o direito fundamental à privacidade foge do escopo deste trabalho, isso ainda sem ponderar sobre os riscos de tal empreitada.

Apesar de toda a problemática teórica, na prática a perícia através de DNA ainda é extremamente subutilizada, mesmo passados anos desde a lei que autorizou o seu uso. Enquanto isso não se tem como precisar quantas pessoas inocentes estão presas e quantos culpados estão soltos por falta de algo tão elementar. De acordo com os dados do projeto inocência, desde 1989 nos Estados Unidos, que foi a data da primeira exoneração com o uso de DNA, 330 pessoas foram inocentadas após as condenações, 20 das quais estavam no corredor da morte. 31 dessas pessoas haviam se declarado culpadas de crimes que não cometeram. Desses 330 casos, após a análise do DNA 162 criminosos foram identificados e condenados. Em média os exonerados serviram 14 anos de prisão antes de serem inocentados. Fora esses casos,

dezenas de milhares de suspeitos foram inocentados com o uso do DNA antes de serem declarados culpados. A maior causa desses erros são as provas testemunhais, erro na prova pericial ordinária, confissões falsas e pessoas que acabam se declarando culpadas sem ser, além do uso de informantes com recompensas. Sem dúvida esses métodos imprecisos devem ter causado ainda mais condenações incorretas, especialmente quando se considera que mais de um quinto dos casos que o projeto inocência lidou foram fechados porque as provas ou sumiram ou foram destruídas²⁴⁹. Ademais, a exoneração pelo DNA somente é útil em uma fração dos casos. Enquanto o sistema fica esperando as injustiças vão se acumulando de todos os lados, e isso tem que mudar o mais rápido possível.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é mister explicitar o vínculo entre a primeira da dissertação, que faz um estudo das ações *ex delicto* e da segunda parte que faz um estudo sobre o meio de prova. O fato é que fica patente que o procedimento novo de reparação *ex delicto*, apesar de ser uma ideia boa, foi muito mal planejado, levando a graves divergências doutrinárias e jurisprudências. A falta de consenso quanto aos mais basilares aspectos da ação. A ineficácia do procedimento é um risco grave e real, pois se a vítima optar por esperar o fim da ação penal pode ver o réu preso e sem condições de pagar, já se for entrar com a ação de conhecimento corre o risco desta ser suspensa e gastar seus recursos desnecessariamente. A interação entre as instâncias é, destarte, extremamente turbulenta, sendo comum as que de ações conhecimento sejam interrompidas. E o principal ponto em que as interações conflitam é a relação entre os meios de prova, tumultuada e complexa, mas que pode e deveria ser una, assim como o processo em si,

²⁴⁹ Projeto Inocência. Dados disponíveis em: <<http://www.innocenceproject.org/free-innocent/improve-the-law/fact-sheets/dna-exonerations-nationwide>> Acesso em: 05 ago. 2015.

evitando tais conflitos. Essa é a principal proposta, e considerando que o principal objetivo do processo de conhecimento é a produção de provas para que o julgador possa fundamentar a sua decisão, a solução deste problema abre a perspectiva da unificação. E tal ideia seria mais econômica e mais eficiente para a vítima.

Um outro fator que dificulta bastante as ações *ex delicto* é o fato que a vítima deve ser o requerente. Idealmente, tal atribuição deveria competir ao próprio Ministério Público, e que a ação penal já se valesse para tal fim na própria ação. É de se pressupor que um magistrado conheça a legislação cível e que tenha capacidade para julgar, sendo destarte, absolutamente possível a combinação de instâncias. Além disso, o pagamento deveria ser condição não apenas para o livramento condicional, a transação penal e para a melhoria da suspensão condicional da pena, mas também para a progressão de regime em todos os casos. Assim já é no caso de crimes contra a Administração Pública, conforme o artigo 33, §4 do Código Penal. Fora isso, no caso de impossibilidade de fazer, deveria ser o condenado obrigado a trabalhar no presídio para reparar a vítima, devendo ainda continuar a fazê-lo mesmo após o termo da pena, sob pena de nova ação penal (ato este que exigiria um novo tipo criminal) salvo a comprovada impossibilidade. Ainda, para evitar represálias contra a vítima, tal procedimento não só deveria ser obrigatório, como em caso de falecimento da vítima sem descendente deverá continuar o condenado a pagar para um fundo de proteção das vítimas, que ainda não existe em âmbito nacional. Existe fundo até para a proteção da vida selvagem, mas nada para as vítimas de crimes, que até as recentes alterações legislativas eram completamente esquecidas.

Quanto aos valores dos danos para reparar os direitos da personalidade é visível a completa e total falta de justificativa lógica para os valores arbitrados, sendo ato totalmente discricionário por parte do juiz, especialmente diante do uso de fundamentação genérica e puramente retórica. Os valores são díspares, incoerentes e sem o mínimo de uniformização, e mesmo quando tabelados ainda existem variações sem justificativa. Além disso, o ato de tabelar os valores é problemático, pois a tabela tende a ser

seguida por muito tempo sem atualização e tais valores podem ser computados pelo praticante do ato ilícito se for da categoria recorrente. Um exemplo comum são as empresas que cometem os abusos já sabendo quanto deverão pagar e calculam que vale mais a pena do ponto de vista financeiro continuar na ilegalidade. O exemplo mais evidente são os planos de saúde. Se as empresas agem de forma criminosa, mesmo com uma pilha de documentos que provam flagrantemente os ilícitos porque não tem medo do Estado, será que o criminoso violento tem mesmo medo?

Nota-se o foco da jurisprudência muito mais no dano, ao invés do dolo, algo completamente incoerente. Aquele que efetua uma lesão querendo deve responder com grau maior em seu patrimônio, para ampliar o caráter punitivo e pedagógico. O valor deveria ser apenas reparador na responsabilidade objetiva quando provada a ausência de culpa alguma, intermediária nos casos culposos e elevado ao máximo naqueles dolosos.

Fica completamente provado que o sistema atual de indenizações sem nenhum tipo de norteamiento ou cálculo padronizado é completamente injusto. Disparidades sempre irão existir, o que não pode ocorrer é que atos sensivelmente menos prejudiciais sejam punidos com um valor extremamente maior do que aqueles que trazem grave prejuízo, conforme exaustivamente exposto no casos já trabalhados. É algo totalmente desproporcional e injusto.

Finalmente, fica patente a necessidade um sistema que tente recuperar as injustiças já cometidas e prevenir as futuras. A ideia mais simples seria utilizar contadores especializados em realizar os cálculos. Além de retirar essa tarefa do juiz, estes poderiam fazer tais cálculos com mais precisão e objetividade, enquanto o juiz se preocuparia em sua real função que é determinar a imputação ou não do acusado. Assim, o magistrado poderia julgar mais e melhor, e seria menor o número de erros na fixação dos valores. Mas cumprir o objetivo de recuperar as injustiças já cometidas e tentar equilibrar ainda mais os valores somente seria possível com um complexo sistema de fundos baseados nos ilícitos cometidos, além de ser necessária a modificação legislativa para criar institutos mais modernos de responsabilidade civil que

atualmente apenas são aplicados para ações coletivas, como a condenação para fundos, ato vedado pelo CPC²⁵⁰ e possível somente nas ações individuais, apesar da vontade de vários juízes mais modernos, que acabam violando a lei e julgando *extra petita*. Para exemplificar, temos um simples caso de empresa aérea cobrando taxas abusivas, em que o magistrado do JECC de Sobral²⁵¹ julgou *extra petita* e justificou dividindo o dano moral em compensatório e punitivo. Tal julgamento, apesar de ser perfeito e levar em consideração a função social do processo e tentar levar em consideração tudo o que foi estabelecido acima é completamente contrário ao disposto no CPC no art. 472 e concede bem mais do que é pedido pelo autor. Entretanto, isso não é motivo para que os magistrados para de julgar de acordo com a doutrina mais correta, pois o fato de ser ilegal não quer dizer que seja injusto, assim como fato de ser legal não quer é concessão automática de justiça. Mas provavelmente será reformado na Turma Recursal. Entretanto, como a regra é a morosidade, até a presente data, mais de 3 anos depois da distribuição, não ocorreu sequer o despacho inicial do relator, não sendo possível incluir neste trabalho qual será o resultado deste curioso caso.

Diante do exposto fica evidente que tais ações, apesar de não serem impossíveis, são extremamente complexas, e praticamente impossíveis de serem executadas no presente momento, pois falta competência administrativa. Se nem cumprir a sua função basilar que é julgar com eficiência

²⁵⁰ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiro

²⁵¹ TJCE, 040.2011.918.303-2, Juiz Jorge Di Ciero Miranda, JECC de Sobral, j. em 15/12/2011. Disponível em:

<<https://projudi.tjce.jus.br/projudi/listagens/DownloadArquivo?arquivo=2635582>> Acesso em 05 jan. 2014.

Condeno Decolar a indenização por danos morais em R\$ 1.500,00 com correção monetária pelo INPC do arbitramento e juros de 1% ao mês da citação.

Quanto ao fator dissuasório e punitivo faço incluir a indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) corrigidos monetariamente pelo INPC contados da data do arbitramento (hoje) e juros de 1% ao mês contados da citação.

Como mecanismo para evitar o locupletamento excessivo do valor da indenização punitiva e para preservar o teto do pedido, 30% desse fator competirá ao(à) autor(a) e os 70% restante deverá reverter em favor do fundo de defesa dos interesses coletivos administrado pelo Ministério Público.

e eficácia consegue o Poder Judiciário, o que dirá fazer isso e ainda conseguir distribuir para todos a justiça equitativamente, reconhecendo os erros feitos no passado e pagar pela má administração da justiça. Um mero sonho para o passado, mas uma possibilidade real se for feito corretamente para o futuro.

Partindo para os meios de prova dos processos penal e civil, partindo da base que devido a constituição ser “sistema aberto de regras e princípios”²⁵² ela é sempre mutável e não podemos esquecer que a Carta política é um texto com uma função social. Deverá existir um equilíbrio entre os princípios de acordo com a realidade da sociedade e não apenas com a teoria em si. Um exemplo é privilegiar cegamente o direito a não autoincriminação em detrimento da coletividade no processo **penal** é uma medida perigosa. Igualmente perigoso, entretanto, é conceder poderes investigatórios ilimitados ao Estado. Do outro lado o processo **civil** gera muitas ficções para evitar obrigar alguém a se submeter a alguma medida, fato este que pode ser manipulado e viola a principal função do processo que é a busca da verdade real. O encontro entre os dois sistemas, na ação civil ex delicto evidencia o resultado desastroso que pode ocorrer quando dois processos irão resultar em sentenças opostas. É preciso existir um balanço entre os bens a serem tutelados. Sem dúvida os direitos fundamentais são “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.”²⁵³ Todavia, o conceito posterior que a “ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas - inclusive diretamente- a particulares”²⁵⁴ não significa dizer que sempre tais direitos serão indisponíveis, e sim que se deve evitar ao máximo sua violação desnecessária. Quando ocorre um conflito de direitos fundamentais é necessário priorizar algum. Diante desse panorama, o longo estudo feito pelos

²⁵² CANOTILHO. J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2009, p. 402.

²⁵⁴ *Ibid*, p. 402.

meios de prova com base no direito americano foi feito para comprovar que é sim possível se justificar obrigar alguém a se submeter a um exame, busca ou outros meios de prova sem violar os princípios usualmente invocados para combater tais medidas, com o intuito que o processo possa cumprir sua real função que é chegar a verdade e daí termos uma verdadeira justiça.

Tamanha é a relevância dos meios de prova e os argumentos de seus usos, surgindo a necessidade de um método unificador, pois a legislação que causa confusão mesmo em ministros e leva a condenações ou absolvições a depender do magistrado não pode prosperar. Seria interessante que as normas constitucionais e infraconstitucionais fosse harmônicas, para todos os tipos de processos, almejando que o sistema fosse simplificado.

Desta forma, após a avaliação de tudo o que tem de errado na interação entre o sistema penal e o cível, as soluções dos problemas mais críticos acabam também resolvendo muitos dos problemas de todos os processos das mais diferentes searas. Partindo da premissa que a função primordial de todo e qualquer processo judicial é a justiça é que apenas ao se obter a verdade é que é possível fornecer tal objetivo, o principal ponto de todo e qualquer processo é produzir provas. E apesar de que no conflito entre importância da verdade e a não autoincriminação ou a privacidade estas últimas são privilegiadas no nosso direito tal fato não deve continuar a prosperar pois geram uma grave descrença no Poder Judiciário e em sua capacidade de fornecer uma sentença justa e acaba causando mais prejuízos a sociedade do que os malefícios que teoricamente impede. A falta de justiça efetivada pela falta de produção de provas reais e a morosidade da justiça, segundo a ministra do STF Carmen Lúcia, “faz com que se prolifere no país o desejo de se fazer justiça com as próprias mãos. Segundo ela, só no ano passado foram 125 casos de linchamento público em um Estado específico da federação, que ela não disse o nome.”²⁵⁵ Evidente que o presente sistema está

²⁵⁵ VETTORAZZO, Lucas. Judiciário não vive crise de confiança, diz ministra Carmen Lúcia. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 13 mai. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1628444-judiciario-nao-vive-crise-de-confianca-diz-ministra-carmen-lucia.shtml?cmpid=compqg>> Acesso em: 11 ago. 2015.

absolutamente falido. Com essa realidade processo intermináveis, a ideia de unificar o ponto crítico de todos os sistemas visando a simplicidade e a agilidade deverá trazer benefícios para todos. A única exceção ao sistema uno seria para o processo penal, em que um rol exaustivo mas com certa abertura devidamente justificada de situações que não exigem mandado judicial poderá ser implementado, como é nos Estados Unidos, para dar agilidade aquelas situações em o mandado é mero formalismo. Enquanto isso muitas situações vivem uma aparência de legalidade quando na verdade são absolutamente ilegais. São os casos em que existe uma denúncia anônima e a polícia acredita que pode entrar na residência, muitas vezes alegando que o proprietário concordou. Em que mundo vive um juiz para acreditar na história em que um traficante iria concordar com a polícia revistando sua casa em que ele sabe que tem drogas e que adoram admitir onde estão as drogas? Mas mesmo assim a maioria da jurisprudência chancela tal medida, cabendo a pessoa provar que não autorizou os policiais. O correto seria obrigar a polícia não apenas a produzir as provas contra os investigados, mas também a produzir uma eventual contraprova e entregar ao mesmo, além de guardar cópia de tal contraprova. A liberalização da produção de provas deve, sem sombra de dúvida, vir com medidas que equilibrem a capacidade persecutória e de defesa. Se a justificativa é coibir os abusos estatais que se estabeleçam procedimentos que dificultem bastante tais atos, e não simplesmente criar direitos lindos na teoria, mas que na prática são facilmente contornados em locais menos privilegiados, pelos meios supracitados, e que acabam protegendo criminosos mais perigosos. Fica claro diante do exposto que todo o sistema é falho. Na verdade qualquer sistema imaginado por humanos terá alguma forma de ser explorado, pois os agentes que teoricamente são por tal organismo acreditados indubitavelmente não serão impassíveis de falhas. Mas isso não quer dizer que não devemos melhorar, mas sim que tais acréscimos devem ser feito com isso em mente. O sistema bancário informatizado é construído de tal forma que nem mesmo o engenheiro que o construiu deve conseguir quebrar sua segurança. Apesar de não ser a mesma coisa, a teoria para se estabelecer um poder de homens perante outros deveria ter a mesma cautela e criar medidas que tentem

fazer com que nem mesmo o mais poderoso dos chefes de polícia e julgadores consigam contornar.

É somente assim, com equilíbrio entre as partes mas sem olvidar da função real do processo e da falha natureza humana que é possível conseguir um processo mais justo para a sociedade e para a vítima, assim como para o acusado, pois não se pode esquecer que muitas vezes as pessoas são acusadas injustamente. É necessário que sejam desenvolvidos procedimentos com o intuito de proteger todos os participantes no processo, além de reparar todos os prejudicados, inclusive o próprio Estado, para que se consiga a justiça mais correta possível.

REFERÊNCIAS

AMAR, Akhil Reed. **The Constitution and criminal procedure: first principles**. New Haven-London: Yale University Press, 1997. P. 1-40.

ASHFORD, Harold A. RISINGER, Michael. Presumptions, assumptions, and due process in criminal cases: a theoretical overview. **Yale L. Ver.**, n. 79, 1969-70, p.191.

AVENA, Norberto. Direito Processo penal. **Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

AVILA, Jim. Lawyer Freed After Longest-Ever Term for Contempt. **ABC News**. July 17, 2009. Disponível em:

<<http://abcnews.go.com/2020/story?id=8101209>> Acesso em 09/09/14.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A Coleta De Perfil Genético No Âmbito Da Lei Nº 12.654/2012 E O Direito À Não Autoincriminação: Uma Necessária Análise. **Revista da AJURIS**, v. 42, n. 137. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/387/321>> Acesso em 05 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

Brasil tem o maior número absoluto de homicídios do mundo, diz OMS. **GLOBO NEWS**. São Paulo, 10 dez 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/12/brasil-tem-o-maior-numero-absoluto-de-homicidios-do-mundo-diz-oms.html> Acesso em: 19 jun. 2015.

BRUM, Adriana. Banco de digitais para de funcionar e prejudica investigações criminais. **Paraná Online**, Curitiba, publicado em 01 jun 2015. Disponível em: <<http://www.parana->

online.com.br/editoria/policia/news/882212/?noticia=BANCO+DE+DIGITAIS+PARA+DE+FUNCIONAR+E+PREJUDICA+INVESTIGACOES+CRIMINAIS>
Acesso em: 08 jul. 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf>. Acesso em 22 de dez. 2013

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, volume II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Sérgio Murilo Fonseca Marques. Execução parcial de pena fere presunção de inocência. **Revista Conjur**, 9 de Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-09/sergio-fonseca-execucao-parcial-pena-fere-presuncao-inocencia>>. Acesso em 25 dez. 2013.

CUSTER, Cheryl Fisher. Report from the Judicial Qualifications Comissions State of Georgia. Inquiry Concerning Judge Kenneth E. Fowler. Disponível em: <http://www.13wmaz.com/news/PDF/findings.pdf> Acesso em 15/10/2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; et. al. **Curso de direito Processual Civil. Execução. Volume 5**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2**. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. **Revista Literária de Direito**, n. 9, ano II, fevereiro de 1996, Editora Brasileira Ltda., São Paulo-SP.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em:

<<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>
Acesso em: 22 jul. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTIN, Maggi. Men who solicited sex ordered to wear chicken suits. **Chron**. July 27, 2007. Disponível em: <http://www.chron.com/news/bizarre/article/Men-who-solicited-sex-ordered-to-wear-chicken-1555834.php> Acesso em 15/10/2013.

MCCOY, Craig R. Ex-judge Mark A. Ciavarella Jr. guilty in 'cash for kids' case. **Philly**. February 19, 2011. Disponível em: http://articles.philly.com/2011-02-19/news/28611757_1_worst-judicial-scandals-juvenile-law-center-ciavarella Acesso em 15/10/2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana, Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. São Paulo: Editora Renovar, 2003.

NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2013.

NORONHA, Adalberto Salvador. A identificação criminal obrigatória da lei de execução penal e o princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere), no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/3-Adalberto-Salvador-Noronha-Filho.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

PINSKE, Joe. Finland, Home of the \$103,000 Speeding Ticket. **The Atlantic**, 12 mar 2015. Disponível em:

<<http://www.theatlantic.com/business/archive/2015/03/finland-home-of-the-103000-speeding-ticket/387484/>> Acesso em: 23 jul. 15.

RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 123.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2009.

SCHWARTZ, John. Confessing to Crime, but Innocent. **The New York Times**, New York, 13 set. 2010. Disponível em:

<http://www.nytimes.com/2010/09/14/us/14confess.html?pagewanted=all&_r=0> Acesso em 28 dez. 2013.

SIGNORE, John Del. Is Judge Letting Perps Off Easy So She'll Get Transferred Out Of Criminal Court? **Gothamist**. August 31, 2011. Disponível em:

http://gothamist.com/2011/08/31/is_judge_letting_perps_off_easy_so.php
Acesso em 15/10/2013. Igualmente disponível no New York Post.

<http://nypost.com/2011/08/31/bail-fail-judge-with-a-grudge/>. Acesso em 08/09/2014.

STF, RE 135.328/SP, Rei. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.06.1994, p.no DJ de 20.04.2001; Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28135328%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lfm3a5k>> Acesso em 29 dez. 2013.

STF, RE 341.717/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10-6-2002, p. no DJ, 1 ago. 2002. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609037>> Acesso em 29 dez. 2013.

STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais **Sala de notícias do STJ**. Brasília, 13 nov. 2009. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679> Acesso em 04 jan. 2014.

STJ. Corte Especial. EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014 (Info 543). Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327867&num_registro=201102882939&data=20140617&formato=PDF> Acesso em 10/09/14.

STF, RE 496.718-9 RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 ago. 2008, p. no DJ 31 out. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558659>> Acesso em 29 dez. 2013.

STJ RESPE1176708/RS, rel. Ministro Sebastião Nunes Júnior, j. em 12.06.2012, p. no DJ de 20.06.2012 Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=I TA&sequencial=1150613&num_registro=201000100227&data=20120620&formato=PDF> Acesso em 29 dez. 2013.

STF, REx 104977 SP, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma j. em 04/02/1986, p. no DJ 23-05-1986. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_104977_SP_1278788725922.pdf?Signature=kBXi5w5o%2Fr2lCylUAdtEEVlpu9c%3D&Expires=1388435449&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 30 dez. 2013.

STF, AI 503617 AgR / PR – PARANÁ, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento em 01 fev 2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 04 mar 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362535>> Acesso 19 jun 2015.

STF. HC 77.135, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+77135%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+77135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url>> Acesso em: 09 jul. 2015.

STF, HC 83096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie 2a T., julgado em 18 nov 2003, publicado no DJ em 12 dez 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>> Acesso em: 22 jul. 2015.

STJ- AgRg no RESP 1056333 RJ 2008/0100159-6, Rel. Min. DENISE ARRUDA, 1ª Turma, j. 25/05/2010 p. DJe de 18/06/2010. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1056333_RJ_1278545292123.pdf?Signature=SbqmQ4rfFzRlevrGIEW>

eH9i3sII%3D&Expires=1388085250&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACA
XCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 26 dez. 2013.

STF, RHC 122279/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 12 ago
2014, publicado no DJE em 30 out 2014. Disponível em

<[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1
22279&classe=RHC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=122279&classe=RHC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M)> Acesso em
05 ago. 2015.

STF HC 68929 / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado
em 22 out. 1991, publicado no dj em 28 ago. 1992. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>
Acesso em: 22 jul. 2015.

STF, Rcl 2.040 QO, Relator (a): Min. Néri Da Silveira, Tribunal Pleno, julgado
em 21 fev 2002, publicando no DJ de 27 Jun 2003. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>
Acesso em: 04 ago. 2015.

STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.148.469 - SP (2009/0031526-5). RELATOR:
MINISTRO CASTRO MEIRA. SEGUNDA TURMA, Julgado em 06 de maio de
2010, Publicado no DJ 17/05/2010. Disponível em:

<[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1148469_SP_12747
90829293.pdf?Signature=FkWLwirvRgNYGo%2FCcre9MtfgNr4%3D&Expires
=1388003885&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-
content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1148469_SP_1274790829293.pdf?Signature=FkWLwirvRgNYGo%2FCcre9MtfgNr4%3D&Expires=1388003885&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf)> Acesso em 25 dez. 2013.

STJ AgRg no Ag 509967, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 12 dez. 2005, p. no
DJ de 20 mar. 2006. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=20
0300243642&data=20/3/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200300243642&data=20/3/2006)> Acesso em 29 dez. 2013.

STJ. REsp. 47246/RJ, Rel. Min. Costa Leite, 3ª Turma, j. em 30/08/1994, p. no
DJ de 27/03/1995. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400119569&dt_publicacao=27-03-1995&cod_tipo_documento=> Acesso em 30 dez. 2013.

STJ, RESPE 202.564, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. em 02/08/2001, p.no DJ em 01/10/2001. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=40852&nreg=199900078365&dt=20011001&formato=PDF>> Acesso em 31 dez. 2013.

STJ, RESP 1403753, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 28/08/2013, p. no DJ de 02/09/13. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111747> Acesso em 31 dez. 2013.

STJ. AgRg nos EDcl no AREsp 108.945/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/09/2012, p. no DJe de 08/10/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1180231&sReg=201102329473&sData=20121008&formato=PDF> Acesso em 03 jan. 2014.

STJ, ARESPE 6400, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. em 26/08/2011, p. no DJe em 02/09/2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201100802597>> Acesso em 03 jan. 2014.

STJ RESPE 1.111.566, RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª Seção, julgado em 28 mar. 2012, p. no dje de 04 set. 2012. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900250862&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>> Acesso em: 20 jul. 2015.

STJ, RHC 51528 PE 2014/0232454-9, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 06 nov. 2014, Publicado no DJe em 13 nov. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402324549> Acesso em: 20 jul. 2015.

STJ, EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.086.154 -RS (2012/01439-1), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/11/2013 (Info 536). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201143931&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 02 set. 2014.

STJ, AgRg nos EmDiv no RESPE 872.630 - RJ (2008/0096349-7), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 26/11/2008, p. no DJ de 05/12/2008. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200800963497&dt_publicacao=09/12/2008> Acesso em 03 jan. 2014.

STJ, REsp 1074251, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 14/04/2009, p. no DJe em 15/05/2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801414633&dt_publicacao=15/05/2009> Acesso em 04 jan. 2014.

STJ, AgRg no Agl 853.854 - RJ (2006/0205139-9), Rel. Min. Denise Arruda , 1ª Turma, j. em 05/06/2007, p. no DJe em 29/06/2007. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602051399&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 04 jan. 2014.

STJ, REsp 910256 CE 2006/0272738-9, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 05/08/2008, p. no DJe em 24/09/2008. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_910256_CE_05.08.2008.pdf?Signature=kabJchz4Adj1ejTUKPj9Qn7Crn4%3D&Expires=1388870606&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 04 jan. 2014.

SUNSTEIN, C.R.; KAHNEMAN, D.; SCHKADE, D. Assessing punitive damages. Página 81. Disponível em:

<<http://www.law.uchicago.edu/files/files/50.sunstein.pdf>> Acesso em 31 dez. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência - vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TJCE, 0028480-31.2009.8.06.0001, Juíza Ana Paula Feitosa Oliveira, 8ª Vara Faz. Púb., j. em 17/10/2013, p. no DJ em 08/11/2013. Disponível em:

<<http://esaj.tjce.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=ZZ00006BM0000&processo.foro=1&gateway=true>> Acesso em 31 dez. 2013.

TJCE, 040.2011.918.303-2, Juiz Jorge Di Ciero Miranda, JECC de Sobral, j. em 15/12/2011. Disponível em:

<<https://projudi.tjce.jus.br/projudi/listagens/DownloadArquivo?arquivo=2635582>> Acesso em 05 jan. 2014.

TJ-DF, Apel. Cív. 2009 07 1 029506-2 APC - 0010991-33.2009.807.0007, Rel. Des. João Egmont, 5ª Tur. Cív., j. em 14/08/13, p. no DJ 28/08/13. Disponível em:

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20090710295062APC>> Acesso em 03 jan. 2014.

TJDF, Ação Cível 2011.05.1.005796-5, Juíza Luciana Pessoa Ramos, Vara 201 – Planaltina, j. em 13/12/2012, p. no DJe em 13/12/2012. Disponível em:

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&C>>

IRCUN=5&SEQAND=114&CDNUPROC=20110510057965> Acesso em 04 jan. 2014.

TJ-MG, Apel. Cív. 103520301254750011 MG 1.0352.03.012547-5/0011, Rel. Cabral da Silva, 10ª Câ. Cív., j. em 02/06/2009, p. no DJ em 30/06/2009. Disponível em:

<<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5990762/103520301254750011-mg-1035203012547-5-001-1/inteiro-teor-12125644>> Acesso em 30 dez. 2013.

TJMG, Apel. 0072616-48.2011.8.13.0713, Rel. Des. Heloisa Combat, 4ª Câ. Cív., j. em 28/11/2013, p. no DJ em 04/12/2013. Disponível em:

<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10713110072616001> Acesso em 31 dez. 2013.

TJ-PR, Agl. 830140-4, Rel. Des. Renato Braga Bettega, 9ª Câ. Cív., j. em 14/04/12, p. no DJ de 26/04/12. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=27&Processo=1516999&Texto=Ac%F3rd%E3o&Orgao=>>> Acesso em 03 jan. 2014.

TJ-PR, Apel. Cív., 863133-0, Rel. Des. Ruy Francisco Thomaz, 4ª Câ. Cív., j. em 14/08/2012, p. em 21/08/2012. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=21&Processo=1566283&Texto=Ac%F3rd%E3o&Orgao=>>> Acesso em 03 jan. 2014.

TJPR, Apel. Cív. 2235627, Rel. Min. Hayton Lee Swain Filho, 1ª Câ. Cív. (extinto Tribunal de Alçada), j. em 01/04/2003, p. no DJ em 11/04/2003. Disponível em:

<<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4911198/apelacao-civel-ac-2235627-pr-apelacao-civel-0223562-7/inteiro-teor-11451618>> Acesso em 04 jan. 2014.

TJPR, 0614227-2, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, 5ª Câm. Cri., j. em 28/01/2010, p. no DJ em 08/02/2010. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/visualizaPdf.asp?Processo=1164830&Data=201002081728&Tipo=1>> Acesso em 04 jan. 2014.

TJRJ, Apel. 0095892-79.2010.8.19.0001 , Rel. Des. Helda Lima Meireles, 3ª Câm. Cív., j. em 03/12/2013, p. no DJ em 04/12/2013. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000444CDDBA49DB2879FB012DC20F21080A7C502514F322A>> Acesso em 31 dez. 2013.

TJ-RJ, Apel. Cív. 0003243-61.2007.8.19.0014, Rel. Des. Nagib Slaibi, 6ª Câm. Cív., j. em 19/05/2010, p. no DJ em 26/05/2010. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003202F997C44E65666D18BF00704939A478EC402412E40>> Acesso em 03. Jan. 2014.

TJ-RJ, Apel. Cív. 0005004-72.2012.8.19.0202, Rel. Des. Conceição Mousnier Teixeira De Guimaraes Pena, 20ª Câm. Cív., j. em 09/08/2013 , p. em 23/08/2013. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045C9DD67A5ED4294015E97A4AFF5BA85FC5023C1E1321>> Acesso em 03 jan. 2014.

TJ-RJ, Apel. Cív. 0003210-94.2009.8.19.0210, Rel. Des. Mônica Tolledo De Oliveira, 4ª Câm. Cív., j. em 28/03/201 , p. em 29/03/2011. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000332A8F471A00AF90F7EB830F96A8EED49A2C402613523>> Acesso em 03 jan. 2014.

TJRS. Apelação Cível 70042389619, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, 12ª Câm. Cív., j. 13/02/2012, p. DJ de 15/02/2012. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpSUy9JVC9BQ>

183MDA0MjM4OTYxOV9SU18xMzI5NDkxOTc2MTI0LmRvYw%3D%3D>
Acesso em 26 dez. 2013

TJRS Apel. Cív. 70051947190, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, 8ª Câm. Cív., j. 07/02/2013, p. DJ de 14/02/2013. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2013&codigo=133038> Acesso em 26 dez. 2013.

TJRS, Apel. Cív. 70041335324 RS, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 9ª Câm. Cív., j. 14/12/2011, p. DJ de 16/01/2012. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpSUy9JVC9BQ183MDA0MTMzNTMyNF9SU18xMzI2ODU5OTg5ODUyLmRvYw%3D%3D>>
Acesso em 28 dez. 2013.

TJSC, Em. Dec. em Apel. Cív. 2010.076776-1/0001.00, Rel. Des. Fernando Carioni, 3ª Câm. Dir. Cív., j. em 05/07/2011, p. no DJ em 19/07/2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?nuProcesso=20100767761&CDP=01000HJS50010&tpClasse=J&Ordenacao=AJBCDEFGHIKQS&popup=false#>> Acesso em 04 jan. 2014.

TJSC, Apel. Cív. 2008.048124-2, Rel. Des. Fernando Carioni, 3ª Câm. Dir. Cív., j. em 25/11/2008, p. no DJ em 26/02/2009. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000CBJ10000&nuSeqProcessoMv=32&tipoDocumento=D&nuDocumento=1287083>> Acesso em 04 jan. 2014.

TJSC, AC 278549 SC 2010.027854-9, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, 2ª Câm. Cív., j. em 18/08/2011, p. no DJE em 16/09/2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000G8NJ0000&nuSeqProcessoMv=61&tipoDocumento=D&nuDocumento=3714365>> Acesso em 04 jan. 2014.

TJSE, Apel. Cív., Rel. Des. Marilza Maynard Salgado De Carvalho, j. em 25/07/2011, p. no DJ em 29/07/2011. Disponível em:

<<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2011210693&tmp.numacordao=20119773>> Acesso em 03 jan. 2014.

TJSP, APL 9221204852008826 SP 9221204-85.2008.8.26.0000, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câm. Dir. Priv., j. em 16/10/2012, p. no DJ em 18/10/2012. Disponível em:

<<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22500008/apelacao-apl-9221204852008826-sp-9221204-8520088260000-tjsp>> Acesso em 30 dez. 2013.

TJSP, CR 4238524700 SP, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 6ª Câm. Dir. Priv., j. em 10/12/2009, p. no DJ de 21/12/2009. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/CR_4238524700_SP_1262884683557.pdf?Signature=ePUFK7wfgnRiQGcXFEPLB0f085s%3D&Expires=1388436244&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 30 dez. 2013.

TJ-SP, Apel. Cív. 9073789062005826 SP 9073789-06.2005.8.26.0000, Rel. Des. Adilson de Andrade, 3ª Câm. Dir. Priv., j. em 21/06/2011, p. no DJ em 21/06/2011. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_9073789062005826_SP_1308896086342.pdf?Signature=K%2BeyZg7MHc2grPnmDgK5%2F46GS Sc%3D&Expires=1388789563&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 03 jan. 2014.

TJSP, Apel. Cív. 9114695962009826 SP 9114695-96.2009.8.26.0000, Rel. Des. Percival Nogueira, 6ª Câm. Dir. Priv., j. em 14/07/2011, p. no DJ em 19/07/2011. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_9114695962009826_SP_1311126396627.pdf?Signature=TL9KvWE%2FqSRcoDwK7%2Bmz%2B7rumo8%3D&Expires=1388797437&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 03 jan 2014.

TRF2. APELREEX 200451010196782 RJ 2004.51.01.019678-2
Relator(a):Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO.
SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA. Julgado em 06/06/2012, E-DJF2R,
27/06/2012 p. 597/598. Disponível em:

<<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108710/1/154/408047.rtf>> Acesso em 25 dez.
2013.

TRF2, Apel. Cív. 200551010135748 RJ 2005.51.01.013574-8, Rel. Des.
Poul Erik Dyrland, 8ª Turma Especializada, j. em 26/10/2011, p. no E-DJF2R
em 09/11/2011. Disponível em:

<<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres?proc=200551010135748&mov=1>>
Acesso em 03 jan. 2014.

TRF5, AC 446039 CE 2003.81.00.025054-2, Rel. Des. Marco Bruno Miranda
Clementino, 4ª Turma, j. em 17/06/2008, p. no DJe em 28/07/2008. Disponível
em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VFJGNS9JVC9BQ180NDYwMzlfQ0VfMTcuMDYuMjAwOC5wZGY%3D>> Acesso em 04 jan.
2014.

United States Court of Appeals, Sixth Circuit. UNITED STATES of America,
Plaintiff-Appellee, v. Sean CARTER, Defendant-Appellant. No. 01-5338.
Decided: August 6, 2004. Disponível em:

<<http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1344652.html>> Acesso em 08/09/14.

United States Court of Appeals,Tenth Circuit. UNITED STATES of America,
Plaintiff-Appellee, v. Joel Dean RHIGER, Defendant-Appellant. No. 01-2246.
Decided: January 14, 2003. Disponível em:

<<http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1308166.html>> Acesso em
08/09/14.

United States Supreme Court. 116 US 616 (1886) BOYD and others, Claimants,
etc., v. UNITED STATES.1 Filed February 1, 1886. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=116&page=616>> Acesso em 09/09/14.

United States Supreme Court. 201 US 43. HALE v. HENKEL, (1906), No. 340, Decided: March 12, 1906. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=201&invol=43#69>> Acesso 25 jun. 2015.

United States Supreme Court. 232 US 383 (1914). Weeks vs. U.S. Argued and submitted December 2 and 3, 1913. Decided February 24, 1914. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=232&page=383>> Acesso em 08/09/2014.

United States Supreme Court. 256 US 465 (1921) BURDEAU, Sp. Asst. Atty. Gen., v. McDOWELL. No. 646. Argued April 11 and 12, 1921. Decided June 1, 1921. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=256&page=465>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 267 U.S. 498 (1925) STEELE v. UNITED STATES. No. 235. Argued March 11, 1925. Decided April 13, 1925. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=267&page=498>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 268 U.S. 435 (1925) DUMBRA et al. v. UNITED STATES. No. 546. Argued and Submitted April 20, 21, 1925. Decided May 25, 1925. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=268&page=435>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 277 US 438 (1928) OLMSTEAD et al. v. UNITED STATES. GREEN et al. v. SAME. McINNIS v. SAME. Argued Feb. 20 and 21, 1928. Decided June 4, 1928. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=277&page=438>> Acesso em 08/09/2014.

United States Supreme Court. 286 U.S. 1 (1932) OLIVER et al. v. UNITED STATES et al. In re WEST COAST RUBBER CORPORATION. No. 180. Submitted March 2, 1925. Decided April 13, 1925. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=268&page=1>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 308 U.S. 338 (1939), NARDONE et al. v. UNITED STATES. Argued Nov. 14, 1939. Decided Dec. 11, 1939. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=308&page=338>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 316 U.S. 114 (1942) GOLDSTEIN et al. v. UNITED STATES. Argued and Submitted Feb. 6, 1942. Decided April 27, 1942. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=316&invol=114>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 316 U.S. 129 (1942) GOLDMAN v. UNITED STATES; SHULMAN v. SAME. Argued Feb. 5, 6, 1942. Decided April 27, 1942. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=316&page=129>> Acesso em 08/09/2014.

United States Supreme Court. 335 US 451. MCDONALD V. U. S., (1948), No. 36, Decided: December 13, 1948. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/335/451.html#456>> Acesso em: 29 jul. 2015.

United States Supreme Court. 338 U.S. 160 BRINEGAR v. UNITED STATES. No. 12. Argued Oct. 18, 19, 1948. Decided June 27, 1949. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=338&invol=160#172>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 341 U.S. 479 (1951). HOFFMAN v. UNITED STATES, No. 513, Argued: April 25, 1951, Decided: May 28, 1951. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/341/479.html#sthash.xzvJ8qhK.dpuf>> Acesso em: 10 set. 2014.

United States Supreme Court. 355 U.S. 107 RATHBUN v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE TENTH CIRCUIT. No. 30. Argued October 29, 1957. Decided December 9, 1957. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=355&page=107>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 358 U.S. 307 (1959) DRAPER v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE TENTH CIRCUIT. No. 136. Argued December 11, 1958. Decided January 26, 1959. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=358&page=307>> Acesso em 08/09/14.

United States Supreme Court. 362 U.S. 257 (1960) JONES v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. No. 69. Argued January 21, 1960. Decided March 28, 1960. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=362&invol=257#261>> Acesso em 09/09/14.

United States Supreme Court. 364 US 206 (1960) ELKINS ET AL. v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. Argued March 28-29, 1960. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=364&page=206>> Acesso em 08/09/2014.

United States Supreme Court. 365 U.S. 505 (1961). SILVERMAN ET AL. v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. No. 66. Argued December 5, 1960. Decided March 6, 1961. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=365&invol=505>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 365 U.S. 610 (1961) CHAPMAN v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT. No. 175. Argued February 23, 1961. Decided April 3, 1961. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=365&invol=610>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 367 U.S. 643 MAPP v. OHIO. APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF OHIO. No. 236. Argued March 29, 1961. Decided June 19, 1961. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=367&page=643>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 371 US 471 (1963) WONG SUN ET AL. v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. No. 36. Argued March 29 and April 2, 1962. Restored to calendar for reargument June 4, 1962. Reargued October 8, 1962. Decided January 14, 1963. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=371&page=471>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 376 U.S. 483 (1964) STONER v. CALIFORNIA. CERTIORARI TO THE DISTRICT COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, SECOND APPELLATE DISTRICT. No. 209. Argued February 25, 1964. Decided March 23, 1964. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=376&invol=483>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 378 U.S. 108 (1964) AGUILAR v. TEXAS. CERTIORARI TO THE COURT OF CRIMINAL APPEALS OF TEXAS. No. 548. Argued March 25-26, 1964. Decided June 15, 1964. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=338&invol=160#175>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 378 U.S. 52 (1964) MURPHY v. WATERFRONT COMM'N, No. 138, Argued: March 5, 1964, Decided: June 15, 1964. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=378&invol=52#55>> Acesso em 12 ago. 2015.

United States Supreme Court. 380 U.S. 609 (1965). GRIFFIN v. CALIFORNIA, No. 202 Argued: March 9, 1965. Decided: April 28, 1965. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/380/609.html#614>> Acesso em: 02 jul. 2015.

United States Supreme Court. 384 U.S. 436 (1966). MIRANDA v. ARIZONA, No. 759. Decided: June 13, 1966. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&invol=436>> Acesso em: 10 set. 2014.

United States Supreme Court. 384 U.S. 757 (1966). SCHMERBER v. CALIFORNIA, No. 658. Argued: April 25, 1966, Decided: June 20, 1966. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=757>> Acesso em: 01 jul. 2015.

United States Supreme Court. 385 U.S. 511 (1967). SPEVACK v. KLEIN, No. 62. Argued: November 7, 1966 Decided: January 16, 1967. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=385&invol=511>> Acesso em 02 jul 2015.

United States Supreme Court, 387 US 294 (1967). WARDEN v. HAYDEN. No. 480, Argued: April 12, 1967. Decided: May 29, 1967. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/387/294.html#303>> Acesso em: 30 jul. 2015.

United States Supreme Court. 389 US 347 (1967) KATZ v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. No.35. Argued October 17, 1967. Decided December 18, 1967. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=389&page=347>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 390 U.S. 234. HARRIS v. UNITED STATES. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. No. 92. Argued January 18, 1968. Decided March 5, 1968. (1968) Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=390&page=234>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 391 U.S. 543 (1968). BUMPER v. NORTH CAROLINA. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF NORTH CAROLINA. No. 1016. Argued April 24-25, 1968. Decided June 3, 1968. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=391&invol=543>> Acesso em 09/09/14.

United States Supreme Court. 392 U.S. 1 (1968), TERRY v. OHIO, No. 67. Argued: December 12, 1967. Decided: June 10, 1967. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=392&page=1>> Acesso em: 01 jul. 2015.

United States Supreme Court. 394 U.S. 721 (1969). DAVIS v. MISSISSIPPI. No. 645, Decided: April 22. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/394/721.html#sthash.9DEXJfQK.dpuf>> Acesso em: 07 jul. 2015.

United States Supreme Court. 414 U.S. 70 (1973). LEFKOWITZ V. TURLEY, No. 72-331. Argued: October 10, 1973. Decided: November 19, 1973. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=414&invol=70>> Acesso em 02 jul 2015.

United States Supreme Court. 415 U.S. 164 (1974) UNITED STATES v. MATLOCK. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SEVENTH CIRCUIT. No. 72-1355. Argued December 10-11, 1973. Decided February 20, 1974. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=415&invol=164>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 424 U.S. 648 (1976). Argued: November 4, 1975 Decided: March 23, 1976. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=424&invol=648#654>> Acesso em: 25 jun. 15.

United States Supreme Court. 426 U.S. 610 (1976). DOYLE v. OHIO, No. 75-5014. Argued: February 23, 1976. Decided: June 17, 1976. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=426&invol=610>> Acesso em 02 jul. 2015.

United States Supreme Court. 427 U.S. 38 (1976) UNITED STATES v. SANTANA ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT No. 75-19. Argued April 27, 1976 Decided June 24, 1976. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=427&page=38>> Acesso em: 08 set. 2014..

United States Supreme Court. 427 US 463 (1976) ANDRESEN v. MARYLAND CERTIORARI TO THE COURT OF SPECIAL APPEALS OF MARYLAND No. 74-1646. Argued February 25, 1976 Decided June 29, 1976Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=427&page=463>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 439 U.S. 128 (1978) RAKAS ET AL. v. ILLINOIS CERTIORARI TO THE APPELLATE COURT OF ILLINOIS, THIRD DIVISION No. 77-5781. Argued October 3, 1978 Decided December 5, 1978. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=439&page=128>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 447 U.S. 264 (1980) UNITED STATES v. HENRY. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT. No. 79-121. Argued January 16, 1980. Decided June 16, 1980. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=447&invol=264>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 448 U.S. 98 (1980) RAWLINGS v. KENTUCKY. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF KENTUCKY. No. 79-5146. Argued March 26, 1980. Decided June 25, 1980. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=448&page=98>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 451 U.S. 477 (1981), EDWARDS v. ARIZONA, No. 79-5269. Argued: November 5, 1980. Decided: May 18, 1981. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=451&page=477>> Acesso em: 01 jul. 2015.

United States Supreme Court. 455 U.S. 1 (1982) WASHINGTON v. CHRISMAN CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF WASHINGTON No. 80-1349. Argued November 3, 1981 Decided January 13, 1982. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=455&page=1>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 462 US 696 (1983). UNITED STATES v. PLACE CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT No. 81-1617. Argued March 2, 1983 Decided June 20, 1983. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=462&page=696>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 465 US 420. MINNESOTA v. MURPHY, (1984). No. 82-827. Argued: October 12, 1983, Decided: February 22, 1984.

Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/465/420.html>> Acesso em: 25 jun. 2015.

United States Supreme Court. 466 US 109 (1984) UNITED STATES v. JACOBSEN ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE EIGHTH CIRCUIT No. 82-1167. Argued December 7, 1983 Decided April 2, 1984. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=466&page=109>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 466 U.S. 170 (1984) OLIVER v. UNITED STATES CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT No. 82-15. Argued November 9, 1983 Decided April 17, 1984. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=466&invol=170>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 467 U.S. 431 NIX, WARDEN OF THE IOWA STATE PENITENTIARY v. WILLIAMS CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE EIGHTH CIRCUIT No. 82-1651. Argued January 18, 1984 Decided June 11, 1984. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=467&page=431>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 467 U.S. 649 (1984). NEW YORK v. QUARLES. No. 82-1213. Argued: January 18, 1984. Decided: June 12, 1984. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/467/649.html>> Acesso em: 02 jul. 2015.

United States Supreme Court. 480 U.S. 321 (1987) ARIZONA v. HICKS CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF ARIZONA No. 85-1027. Argued December 8, 1986 Decided March 3, 1987. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=480&page=321>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 487 U.S. 99 (1988). BRASWELL v. UNITED STATES, (1988). No. 87-3 Argued: March 1, 1988 Decided: June 22, 1988. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=487&invol=99>> Acesso em 10 set. 2014.

United States Supreme Court, 489 U.S. 602 (1989), SKINNER v. RAILWAY LABOR EXECUTIVES' ASSN., No. 87-1555, Argued: November 2, 1988, Decided: March 21, 1989. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/489/602.html#sthash.NOVvlpj5.dpuf>> Acesso em: 02 ago. 2015.

United States Supreme Court. 496 U.S. 128 (1990) HORTON v. CALIFORNIA CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, SIXTH APPELLATE DISTRICT No. 88-7164. Argued February 21, 1990 Decided June 4, 1990. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=496&page=128>> Acesso em: 08 set. 2014.

United States Supreme Court. 496 U.S. 292 (1990). ILLINOIS v. PERKINS, No. 88-1972. Argued: February 20, 1990. Decided: June 4, 1990. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=496&page=292>> Acesso em: 2 jul. 2015.

United States Supreme Court. 496 U.S. 582 (1990). PENNSYLVANIA v. MUNIZ, No. 89-213. Argued: February 27, 1990. Decided: June 18, 1990. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=496&page=582>> Acesso em: 2 jul. 2015.

United States Supreme Court. 497 U.S. 177 (1990) ILLINOIS v. RODRIGUEZ CERTIORARI TO THE APPELLATE COURT OF ILLINOIS, FIRST DISTRICT No. 88-2018. Argued March 20, 1990 Decided June 21, 1990. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=497&invol=177>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 508 U.S. 77 (1993) UNITED STATES, PETITIONER v. XAVIER V. PADILLA ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT No. 92-207 Argued March 24, 1993 Decided May 3, 1993. Disponível em:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=508&page=77>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 547 US 586 (2006), HUDSON v. MICHIGAN. Certiorari to the court of appeals of Michigan Argued January 9, 2006--Reargued May 18, 2006--Decided June 15, 2006. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=547+&page=586>> Acesso em: 09 set. 2014.

United States Supreme Court. 563 US No. 09-1272 KENTUCKY, PETITIONER v. HOLLIS DESHAUN KING ON WRIT OF CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF KENTUCKY [May 16, 2011]. Disponível em:

<<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1272.pdf>> Acesso em: 08 set. 2014..

United States Supreme Court, Maryland v. King, Certiorari To The Court of Appeals of Maryland, No. 12-207. Argued February 26, 2013—Decided June

3, 2013. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf> Acesso em: 03 ago. 2015.

VETTORAZZO, Lucas. Judiciário não vive crise de confiança, diz ministra Carmen Lúcia. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 13 mai. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1628444-judiciario-nao-vive-crise-de-confianca-diz-ministra-carmen-lucia.shtml?cmpid=compgp>> Acesso em: 11 ago. 2015.

Sítios da internet

<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-25/familia-presos-assassinados-ceara-recebera-indenizacao-danos-morais>> Acesso em 31 dez. 2013.

<http://www.tjce.jus.br/noticias/noticia-detalle.asp?nr_sqtex=32759> Acesso em 31 dez. 2013.

<<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1340002>> Acesso em 31 dez. 2013.

<http://www.cnews.com.br/cnews/noticias/45957/estado_deve_indenizar_familia_de_detento> Acesso em 31 dez. 2013.

<<http://www.cbnfoz.com.br/editorial/direito/25112013-49047-governo-do-ceara-deve-indenizar-familia-de-presos-assassinados>> Acesso em 31 dez. 2013.

<<http://www.cearaemrede.com.br/2013/11/familia-de-presos-mortos-deve-receber-r.html>> Acesso em 31 dez. 2013.

<<http://g1.globo.com/peernambuco/noticia/2011/11/no-recife-ex-mecanico-morre-depois-de-saber-que-ganharia-indenizacao.html>> Acesso em 03 jan. 2014.

North Ga. judge pulls gun out in open court. Onlineathens. February 25, 2012
<http://onlineathens.com/local-news/2012-02-25/north-ga-judge-pulls-gun-out-open-court> Acesso em: 15 out. 2013.

<http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>
Acesso em: 08 set. 2014.

<<http://www.ojjdp.gov/pubs/guidelines/appen-a.html>> Acesso em 08 jul. 2015.

<<http://www.police.wa.gov.au/Traffic/Drinkdriving/Penalties/tabid/989/Default.aspx>> Acesso em: 21 de jul. de 2015.

<<http://www.innocenceproject.org/free-innocent/improve-the-law/fact-sheets/dna-exonerations-nationwide>> Acesso em: 05 ago. 2015.