

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE GRADUAÇÃO E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - ECJS
CURSO DE DIREITO

AUSÊNCIA DE REGISTRO VIDEOGRÁFICO DURANTE A
ABORDAGEM POLICIAL INVALIDA A VIOLAÇÃO
DOMICILIAR

EVERTON VIGNOLI

Balneário Camboriú, junho de 2024

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE GRADUAÇÃO E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - ECJS
CURSO DE DIREITO

**AUSÊNCIA DE REGISTRO VIDEOGRÁFICO DURANTE A
ABORDAGEM POLICIAL INVALIDA A VIOLAÇÃO
DOMICILIAR**

EVERTON VIGNOLI

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito submetido à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Flávio Schlickmann

Balneário Camboriú, junho de 2024.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus e a todas as pessoas que estiveram ao meu lado nesses longos anos acadêmicos ao meu orientador que sempre disposto para me ajudar e principalmente a minha namorada e minha mãe que estiveram do meu lado ao longo desse processo.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às pessoas que me ajudaram nesta minha trajetória acadêmica em especial a minha mãe que sempre esteve disposta a me ajudar. Dedico também ao meu pai que hoje não está mais presente entre nós, mas que continua vivo dentro do meu coração. Cumpre ainda ressaltar o corpo docente e discente do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI do Campus de Balneário Camboriú/SC, a qual fico alegre por dele ter feito parte.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Balneário Camboriú, junho de 2024.

Everton Vignoli
Graduando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente Monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pelo graduando Everton Vignoli, sob o título ausência de registro videográfico durante a abordagem policial invalida a violação domiciliar, foi submetida em 13/06/2024 à banca examinadora composta pelos seguintes professores: Prof. MSc. Flávio Schlickmann, presidente e orientador e, Prof. MSc. Marcos José Campos Cattani, examinador, tendo sido a mesma aprovada.

Balneário Camboriú, junho de 2024.

**Prof. MSc. Flávio Schlickmann
Orientador e Presidente da Banca**

**Prof. Dra. Patrícia Elias Vieira
Coordenação da Monografia**

SUMÁRIO

RESUMO	10
INTRODUÇÃO	11
CAPITULO 1	15
O DIREITO PENAL E A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO BRASIL	15
1.1 BREVE CONCEITO E HISTORICO DE DIREITO PENAL	15
1.1.1 História Evolutiva do Direito Penal	16
1.1.1.1 Terceira Fase Histórica do Direito Penal	19
1.1.1.2 Período Humanitário do Direito Penal	22
1.1.1.3 Período Criminológico	23
1.1.1.4 Escolas Penais	24
1.1.1.5 Escolas Clássicas	26
1.1.1.6 Escolas Positivas	28
1.1.1.7 Evolução do Direito Penal no Brasil	29
1.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL	31
1.2.1 Princípio Da Proporcionalidade	32
1.2.2 Princípio da Legalidade ou Reserva Legal	33
1.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	35
1.3 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO. (ART. 5º, XI, CF.)	37
1.3.1 Autorização Constitucional Para Violação De Residência	38
1.3.2 Definição De Casa E Equiparação De Outros Ambientes (Art. 226, § 4º, § 5º CPM)	40

CAPITULO 2	43
BREVE CONCEPÇÃO DE PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO DE PROVAS	43
2.1 NOÇÕES DE PROCESSO PENAL: HISTÓRICO E CONCEITO	43
2.1.1 Contexto Histórico	43
2.1.2 Conceito do Processo	46
2.2 O PROCESSO PENAL E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS	48
2.2.1 Princípio da Presunção de Inocência e sua Aplicação no Direito Penal Brasileiro	49
2.2.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz: Garantia de Equidade e Justiça no Processo Judicial	50
2.2.3 Princípio da igualdade processual: O princípio da paridade de armas no contexto judicial brasileiro	51
2.2.4 O Princípio do Contraditório e a Garantia de Equidade e Justiça no Processo Judicial	52
2.2.5 O Princípio da Verdade Real no Processo Penal	55
2.2.7 Princípio da Publicidade nos Atos Processuais	57
2.2.8 O Princípio do duplo Grau de Jurisdição: Análise à Luz da Constituição e da CADH	59
2.2.9 O Princípio do Devido Processo Legal e a Garantia Constitucional e Proteção dos Direitos Fundamentais	61
2.3 DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: CONCEITO E OBJETO DA PROVA	62
2.3.1 Da Finalidade e o Objeto da Prova	64
2.3.2 Classificação Da Prova	65
2.3.2.1 Ao Objeto: Direta e Indireta	65
2.3.2 Meios Da Prova	67
2.3.3 Ônus Da Prova	68

2.3.4 Da Inadmissibilidade Das Provas Obtidas Por Meios Ilícitos	69
---	-----------

CAPITULO 3	72
-------------------	-----------

A ILEGALIDADE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO SEM AUTORIZAÇÃO	72
---	-----------

3.1 ANÁLISE DO TIPO PENAL DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO PREVISTO NO ART. 150 DO CÓDIGO PENAL	72
--	-----------

3.1.1 Sujeitos do crime	76
--------------------------------	-----------

3.1.2 Consumação e Tentativa	78
-------------------------------------	-----------

3.1.3 Elemento Subjetivo	79
---------------------------------	-----------

3.1.4 Qualificadoras	80
-----------------------------	-----------

3.1.5 Exclusão do Crime	82
--------------------------------	-----------

3.1.5 Conceito de Casa	83
-------------------------------	-----------

3.1.6 Ação Penal	84
-------------------------	-----------

3.2 DELIMITAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA MATÉRIA	85
---	-----------

3.2.1 Exigência de Standard Probatório para Ingresso Policial em Domicílio Suspeito sem Mandado Judicial	85
---	-----------

3.2.2 Necessidade das fundamentações para o ingresso no domicílio	87
--	-----------

3.2.3 A ausência do registro videográfico durante a abordagem policial e a invalidação a violação domiciliar	89
---	-----------

3.2.3.1 Do registro videográfico	93
---	-----------

CONSIDERAÇÕES FONAIIS	96
------------------------------	-----------

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	97
--------------------------------------	-----------

RESUMO

O presente trabalho visa sustentar a invalidação de violações ao domicílio em situações onde ocorrem abordagens policiais em que não há autorização prévia do morador, especialmente quando não há registro videográfico durante abordagens policiais. Destacando a importância do registro visual como meio de garantir transparência e conformidade com os procedimentos legais, enfatizando a proteção dos direitos individuais nas intervenções policiais domiciliares. Os objetivos específicos são: a) investigar a evolução histórica e legislativa do Direito Penal no Brasil, destacando as mudanças em seu papel e as competências ao longo do tempo, com a finalidade de garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio; b) analisar as bases legais do Processo Penal e constitucionais que regem a inviolabilidade do domicílio no processo penal brasileiro, com foco na compreensão das normas e princípios que a regem; e c) a análise minuciosa tipo penal de violação de domicílio previsto no art. 150 do código penal e a validade do ingresso em domicílio alheio, conforme precedentes dos tribunais superiores, depende da existência de justa causa, indicando a possibilidade de mitigar o direito à inviolabilidade do domicílio. A conclusão sobre a ocorrência de crime no interior da residência deve ser fundamentada no contexto fático anterior à invasão, evitando-se que derive de simples desconfiança policial. A importância da documentação escrita da diligência policial, incluindo relatório circunstanciado, é ressaltada, juntamente com a necessidade de registro audiovisual completo para assegurar a legalidade da ação estatal. A sentença destaca a frequência de abusos em operações policiais e ressalta que a documentação em vídeo e áudio contribui para a eficácia probatória e previne falsas acusações contra policiais. Conclui-se que a ausência de comprovação da autorização para entrada na residência resulta na declaração de nulidade da prova obtida, conforme os artigos 157 e 564, inciso IV, do Código de Processo Penal. Isso implica no desentranhamento do material do processo, reforçando a importância do respeito aos direitos fundamentais e da garantia de procedimentos legais nas abordagens policiais domiciliares.

Palavras-chave: Violação de Domicílio; Registro Videográfico; Inviolabilidade do Domicílio; Nulidade da Prova.

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como finalidade explorar e analisar a problemática da ausência de registro videográfico durante a abordagem policial invalida a violação domiciliar.

O seu objetivo é produzir Monografia para obtenção do Título de Bacharel em Direito – Universidade do Vale do Itajaí – Univali. O objetivo geral é investigar, analisar e compreender as implicações, ilegalidade e impacto da violação de domicílio realizada na abordagem policial sem o consentimento registrado pelo morador, visando fornecer uma contribuição significativa para o debate de tal ação no sistema de justiça criminal e na segurança pública.

Os objetivos específicos são: a) investigar a evolução histórica e legislativa do Direito Penal no Brasil, destacando as mudanças em seu papel e as competências ao longo do tempo, com a finalidade de garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio; b) analisar as bases legais do Processo Penal e constitucionais que regem a inviolabilidade do domicílio no processo penal brasileiro, com foco na compreensão das normas e princípios que a regem; e c) a análise minuciosa tipo penal de violação de domicílio previsto no art. 150 do código penal e a validade do ingresso em domicílio alheio, conforme precedentes dos tribunais superiores, depende da existência de justa causa, indicando a possibilidade de mitigar o direito à inviolabilidade do domicílio.

Para a presente monografia foi levantado o seguinte problema:

a) Qual a extensão que acarretará a falta do registro videográfico do consentimento do morador em abordagens policiais nas prisões em flagrante, quais são as implicações legais e práticas dessa ação e como isso afeta os direitos individuais dos cidadãos e o sistema da justiça criminal no contexto brasileiro?

Com base no problema levantado, se apresenta a seguinte hipótese:

a) Observa-se a necessidade de comprovar a legalidade e a voluntariedade do consentimento do morador por meio de registros em áudio-vídeo para ingressar na residência do suspeito, evidenciando a responsabilidade do Estado, especialmente em cenários de incerteza. Essa medida, mesmo adotada por uma parcela reduzida de agentes em algumas áreas, evidencia a urgência de modernização do processo penal na Era da Informação. A crescente integração tecnológica e o acesso à internet ressaltam a importância de meios probatórios mais confiáveis e menos suscetíveis a influências externas, em contraposição à dependência tradicional de testemunhos suscetíveis a subjetividades.

Visando buscar a confirmação ou não das hipóteses, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No capítulo 1, foi destinado a realizar uma análise aprofundada do direito penal, sua origem, evolução histórica, enquadramento legal e função na sociedade, tendo em vista que o contexto inviolabilidade de domicílio como garantia fundamental na constituição.

No capítulo 2, apresentou as bases conceituais e jurídicas necessárias do processo penal e a produção de provas para compreender o contexto da inviolabilidade de domicílio como garantia fundamental na constituição, sendo apresentada uma introdução inicial das noções do processo penal com foco na noção histórica e o conceito do processo penal brasileiro.

E por fim, no capítulo 3, examinou detalhadamente a legalidade da violação de domicílio sem autorização do morador, explorando aspectos essenciais dessa questão complexa. Inicialmente, realizou-se uma análise minuciosa do tipo penal de violação de domicílio previsto no artigo 150 do Código Penal, enfatizando sua proteção à liberdade privada e doméstica do indivíduo, um direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Posteriormente, foram discutidas as nulidades dos atos praticados pelo agente, com destaque para a jurisprudência que considera a ausência de consentimento durante a abordagem policial como fator determinante para invalidar a violação domiciliar, ressaltando a importância do registro videográfico para comprovação, conforme interpretação do Código de Processo Penal e da Constituição Federal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹ foi utilizado o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano³, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas d⁴o Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 91.

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁴

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 27.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

Capítulo 1

O DIREITO PENAL E A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO BRASIL

1.1 BREVE CONCEITO E HISTORICO DE DIREITO PENAL

O Direito Penal consiste em um conjunto de regras legais que definem o que são crimes, estabelecendo as punições a serem aplicadas àqueles que as praticam e regulam as relações jurídicas decorrentes dessas infrações. “O Direito Penal pode ser conceituado como o conjunto de normas jurídicas que estabelecem as infrações penais, fixam sanções e regulam as relações daí derivadas”.⁹

Exercido como poder de coerção originário do Estado, este o possui autoridade para exercer atos de coação, os quais englobam a imposição de força, compulsão ou pressão, sujeitando alguém a sanções penais, sendo elas restritas pelas leis vigentes. Circunstancialmente o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que define os limites do poder punitivo do Estado, estabelecendo infrações penais, suas penalidades e as regras para aplicação.

Em concordância Nucci¹⁰ afirma que:

É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. Embora a sua definição se concentre nos limites do poder punitivo, significando um enfoque voltado ao Direito Penal Democrático, não se há de olvidar constituir o ramo mais rígido do Direito, prevendo-se as mais graves sanções viáveis para o ser humano, como é o caso da privação da liberdade.

O trecho ressalta que o Direito penal é considerado o ramo mais rigoroso, prevendo as sanções mais severas possíveis para os seres humanos, incluindo a privação da liberdade. Essa ênfase na rigidez sugere a natureza séria e

⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito pena**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. Página 43.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 73.

restritiva do Direito penal, que busca manter a ordem social e proteger os direitos fundamentais por meio de medidas punitivas rigorosas quando necessário.

Em suma a necessidade da proteção de tais direitos, adquiridos ao longo de décadas, tem sua principal finalidade a tutela dos bens jurídicos eleitos pela sociedade como merecedores de maior proteção ao longo da história.

1.1.1 História Evolutiva do Direito Penal

A importância da compreensão do Direito penal dentro do seu contexto histórico, é enfatizar que o conhecimento do passado é necessário para a compreensão das leis contemporâneas.

Prado¹¹ enfatiza que:

Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas épocas lhe legou.

Esta ideia traz o sentido de que, mesmo que os indivíduos possam inadvertidamente relegar ao esquecimento eventos passados, esse passado encontra-se intrinsecamente presente em cada pessoa, exercendo influência sobre o atual estado da sociedade

Na evolução histórica do Direito Penal, conforme destacado por renomados juristas, observa-se uma clara segmentação em três períodos distintos. Prado¹² discorrer sobre a configuração desses períodos:

A história do Direito Penal reflete o estado social e as ideias que o caracterizam. As etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumidas: "a) Primeira época. Crimen é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. Crimen é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. Crimen é transgressão

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 84.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pagina 84

da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

A ideia apresenta que na primeira fase, o delito é concebido como uma ofensa contra os deuses, sendo a pena considerada como meio de aplacar a ira divina. Na segunda fase, o crime é interpretado como uma agressão violenta de uma tribo contra outra, e a pena assume a forma de vingança de sangue entre tribos. Na terceira fase, o delito é caracterizado como a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado, e a pena é compreendida como a resposta estatal diante da vontade individual contrária a ela.

Magalhães Noronha¹³ também relata esses períodos históricos:

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado.

A apreciação da evolução do direito penal demanda a revisitação a um período histórico, na qual as convicções e práticas nas comunidades primitivas eram fundamentadas em forças sobrenaturais frequentemente vinculadas a fenômenos naturais interpretados como manifestações divinas.

Esta primeira fase da evolução do Direito Penal foi caracterizada por manifestações que são descritas por Nucci¹⁴ como forças sobrenaturais, que, por vezes, são “fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses”.

Na linha tênue da evolução do Direito Penal durante esse período histórico, as estruturas sociais eram impregnadas por elementos místicos e crenças de ordem sobrenatural. Eventos naturais eram interpretados como expressões da ira divina em relação à humanidade. Essa prática reflete a perspectiva

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 16

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**.16. ed..Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 83.

da época acerca da indispensabilidade de buscar a harmonia com as forças sobrenaturais para garantir a segurança e o equilíbrio na coletividade.

No contexto histórico subsequente, emerge a prática da vingança privada como resposta da comunidade contra infratores, representando uma fase inicial na evolução das formas de punição.

Nucci¹⁵ discorre que:

Nos primórdios, a pena era aplicada desordenadamente, sem um propósito definido, de forma desproporcional e com forte conteúdo religioso. Atingiu-se a vingança privada e, na sequência, a vingança pública, chamando o Estado a si a força punitiva. Aplicou-se o talião (olho por olho, dente por dente), o que representou um avanço à época, pois se traçou o contorno da proporcionalidade entre o crime praticado e a pena merecida. Seguiu-se a fase de humanização do direito penal, após a Revolução Francesa, estabelecendo-se, no mundo todo, a pena privativa de liberdade como a principal sanção aplicada, evitando-se, como meta ideal a ser atingida, as penas consideradas cruéis.

Esse princípio, segundo Greco¹⁶, representou um tímido esforço para superar a arbitrariedade na aplicação das penas que prevalecia anteriormente “Nesta evolução, o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente”, onde a punição era realizada principalmente por meio da vingança privada, com a intervenção da coletividade apenas para apaziguar a suposta cólera divina ofendida pelos atos criminais.

Trata-se de uma época em que, por mais bárbaras que fossem as penas, a adoção do talião foi caracterizada como uma evolução, conforme expresso nas palavras de Nucci¹⁷:

Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. Entretanto, não é demais destacar que a adoção do talião constituiu uma evolução no

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. 16. ed..Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 94

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 16

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 83

direito penal, uma vez que houve, ao menos, maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu autor.

Em síntese, a progressão da evolução do Direito Penal percorreu fases distintas. Todavia, a transição para uma terceira fase, denominada histórica, representou uma alteração significativa. Deixando de ser fundamentada em preceitos religiosos, passando a adotar uma base moral e civil. Essa transformação indicou uma busca por fundamentos mais sólidos e alinhados aos valores éticos e sociais da comunidade.

1.1.1.1 Terceira Fase Histórica do Direito Penal

Um dos marcos significativos na evolução do Direito Penal ocorre com o surgimento do Direito Penal Romano. Esse marco está relacionado ao estabelecimento do poder absoluto sobre o chefe de família *pater familias* como papel central nessa estrutura, dotado de poderes quase ilimitados, incluindo o controle sobre a vida e a morte. No início, o positivismo romano desempenha um papel fundamental, eliminando a confusão entre o aspecto religioso e o laico.

Prado menciona essa distinção como “Bem cedo, e de forma louvável, o positivismo romano dissociará o *faz* do *jus*, elidindo a confusão entre o religioso e o laico, o que vai possibilitar a afirmação do caráter público da pena.”¹⁸

Neste estágio, observa-se a equidade entre os destinatários das sanções por meio da promulgação da Lei das XII Tábuas, representando um progresso político-social, conforme destacado por Nucci¹⁹:

A Lei das XII Tábuas teve o mérito de igualar os destinatários da pena, configurando autêntico avanço político-social. Durante o Império, a pena tornou-se novamente mais rigorosa, restaurando-se a pena de morte e instituindo-se os trabalhos forçados. Se na República a pena tinha caráter predominantemente preventivo, passou-se a vê-la com o aspecto eminentemente repressivo.

Contudo pode se dizer que existe uma análise circunstancial dos juristas romanos em relação às penas e conceitos jurídicos. Apesar de mencionarem

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 85

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 84

diversos tipos de pena e estarem cientes de conceitos fundamentais como nexos de causalidade, dolo, culpa, caso fortuito, não imputabilidade e não punibilidade, os juristas romanos não se aprofundaram na definição precisa desses conceitos. A falta de uma sistematização mais rigorosa é evidenciada por Prado²⁰ como:

É assim que os juristas. falam dos vários tipos de pena, mas não se preocupam em estabelecer-lhes a função. Conhecem o nexo de causalidade, mas não o definem, conhecem o dolo, a culpa, o caso fortuito; os casos de não imputabilidade, como a menoridade e a insanidade mental, e os de não punibilidade, como a legítima defesa, mas não cuidam dos conceitos de não imputabilidade e de não punibilidade, punem a tentativa, mas não a definem; conhecem os vários casos de coparticipação no crime, mas não os enquadram em categorias. Todavia, a leitura das obras dos juristas romanos sugere a ideia de um Direito Penal progredido, sobretudo quando, em época mais tardia, criam uma articulação de normas conectando *leges*, *constituições imperiais* e *senatus-consultos*.

O Direito Penal germânico, especialmente nas épocas germânica e franca, reflete a organização social dos germânicos, inicialmente divididos em diversas tribos, cuja estrutura social se fundamentava em uma orientação religiosa que atribuía aos deuses o direcionamento do destino humano. Destaca-se na organização jurídica da Roma monárquica a figura do *pater familias*, detentor de poderes quase ilimitados.

No âmbito do Direito Penal germânico, a vingança privada desempenhava um papel central, sendo gradualmente substituída pela composição, inicialmente de forma voluntária e, em estágios posteriores, de maneira obrigatória. A vingança de sangue, denominada *Blutrache*, foi progressivamente substituída por compensação pecuniária, objetivando suprimir a vingança privada.

Aníbal Bruno²¹, no presente contexto, aborda verossimilmente o processo evolutivo no contexto do Direito Germânico, enfatizando a alteração na perspectiva da administração da justiça e na resolução de controvérsias ao longo das eras:

O uso primitivo de resolver pela força as questões criminais não desapareceu: a prática da vingança recrudescer com a queda da

²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 88

²¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967 t. 1, Página. 83

monarquia franca, quando a influência do Direito romano cedeu novamente o passo aos velhos costumes germânicos, sendo preciso para combatê-la a instituição das tréguas de Deus, do asilo religioso, das pazes territoriais. Penetrou mesmo nas práticas do processo penal. Depois das ordálias, o juízo de Deus acabou prevalecendo sob a forma do duelo judiciário, que reaparece, levando o julgador a reconhecer a razão do mais forte, na realidade tomando a sorte das armas e, portanto, a força como prova do Direito. Era uma consequência, talvez, da predominância do individual no Direito germânico, que o levou a fazer persistir nos regimes jurídicos sob a sua influência, como o dominante no maior trecho da Idade-Média, a vingança privada e a composição entre as partes, ou acentuando a pena pecuniária e tomando em consideração, na apreciação do crime, mais o dano que o elemento subjetivo do agente.

Seguindo o período evolutivo, Direito Penal canônico se caracterizava por um caráter disciplinar. Com o decurso do tempo e o enfraquecimento do poder estatal, esse ordenamento jurídico passou a abranger tanto indivíduos religiosos quanto leigos. Durante esse processo evolutivo, a jurisdição eclesiástica se desdobrava em dois aspectos fundamentais: *ratione personae* e *ratione materiae*. No primeiro, em razão da pessoa, os religiosos eram julgados exclusivamente por tribunais eclesiásticos, independentemente da natureza do delito cometido. No segundo, em razão da matéria, estabelecia-se a competência eclesiástica, mesmo quando o crime era perpetrado por um leigo.

Fragoso²² traz que:

o direito canônico dividia os crimes em *delicta ecclesiastica* (de exclusiva competência dos tribunais eclesiásticos); *delicta mere secularia* (julgados pelos tribunais leigos) e *delicta mixta*, os quais atentavam ao mesmo tempo contra a ordem divina e a humana e poderiam ser julgados pelo tribunal que primeiro deles conhecesse. As penas distinguem-se em *espirituales* (penitências, excomunhão etc.) e *temporales*, conforme a natureza do bem que a atingem. As penas eram, em princípio, justa retribuição (*zelo justitiae et bano animo*), mas dirigiam-se também ao arrependimento e à emenda do réu (*poenae medicinalis*).

A influência do direito canônico foi benéfica. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim, ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. Favorecendo o fortalecimento da justiça pública, opôs-se à vingança privada decisivamente, através do direito de asilo e da trégua de deus (*treuga dei*). Por força desta última, da tarde de quarta-feira à manhã de segunda-feira nenhuma reação privada era admissível, sob pena de excomunhão. Opôs-se também o direito

²² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Pagina 40.

canônico às ordálias e duelos judiciais e procurou introduzir as penas privativas da liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar o arrependimento e a emenda do réu.

O Direito Penal canônico, marcado pela humanização das penas e pelo fortalecimento do aspecto público, destacou-se pela trégua de Deus e pelo direito de asilo. Afirmou a igualdade perante Deus, diferenciou dolo e culpa, valorizou as penas públicas e influenciou a criação das penitenciárias em monastérios ou prisões celulares.

1.1.1.2 Período Humanitário do Direito Penal

A relevância do período humanitário no âmbito do Direito Penal é notável, caracterizando-se pela transição das penas corporais aflitivas para uma abordagem mais humanitária, sob a influência do Iluminismo e dos movimentos codificadores.

Durante esse período, Prado ²³discorre:

Durante a Idade Média, o homicídio era usualmente punido com a pena de morte, sobretudo quando qualificado (*homicidium qualificatum* ou *déliberatum*) -v.g., parricídio, emboscada, envenenamento, latrocínio e assassinato. Com o período humanitário, defende-se o tratamento mais benévolo aos acusados de homicídio comum, ocorrendo a gradativa substituição da pena capital pela prisão celular, cumulada com trabalhos forçados

Destaca-se a substituição progressiva das penas corporais pela privação de liberdade a partir do final do século XVII, evidenciando uma atenuação no rigor das penalidades ao longo da história, com a gradual abolição de práticas como tortura e açoites.

Greco ²⁴discorre que “sobretudo a partir do final do século XVI II, as penas corporais, aflitivas, foram sendo substituídas, aos poucos, pela pena de privação de liberdade que, até aquele momento, com raras exceções”. O Iluminismo exerce uma influência significativa, destacando a importância da razão na justificação

²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pagina 43

²⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 23

das práticas punitivas e promovendo a transformação do indivíduo de objeto de punição para sujeito detentor de direitos inatos e dignidade.

Ambos os movimentos convergem para a conclusão de que o Período Humanitário representou uma transformação crucial no tratamento penal, caracterizando-se por uma abordagem mais racional, justa e centrada nos direitos humanos, exercendo influência na codificação das leis e no desenvolvimento do Direito Penal moderno.

1.1.1.3 Período Criminológico

O período criminológico, sucedente ao período humanitário no âmbito do direito penal, com maior ênfase durante o século XIX. A criminologia é delineada como uma ciência interdisciplinar voltada à investigação do comportamento delitivo e das reações sociais. Em contraste com as ciências penais, a criminologia incorpora abordagens provenientes de disciplinas como sociologia, psicologia, psiquiatria, antropologia e medicina forense.

O criminólogo assume papel fundamental ao investigar não apenas o ato criminoso em si, mas também ao aprofundar-se na análise das causas e origens do comportamento delitivo. O período ressalta a relevância do estudo das áreas primordiais da pesquisa criminológica, abrangendo o delito, o delinquente, a vítima e o controle social.

Greco²⁵ aduz que:

Após o período humanitário, novos rumos para o direito penal são traçados e que se ocupam com o estudo do homem delinquente e a explicação causal do delito. Quem primeiro os apontou foi um médico: César Lombroso. Em 1875, escreve seu livro *L'uomo delinquente*, que bastante repercussão tem, granjeando adeptos e provocando opositores. Ao invés de considerar o crime como fruto do livre arbítrio e entidade jurídica, tem-no qual manifestação da personalidade humana e produto de várias causas. A pena não possui fim exclusivamente retributivo, mas, sobretudo, de defesa social e recuperação do criminoso, necessitando, então, ser individualizada, o que evidentemente supõe o conhecimento da personalidade daquele a quem será aplicada. O ponto nuclear de Lombroso é a consideração do delito como fenômeno biológico e o uso do método experimental para estudá-lo. Foi o criador da *antropologia criminal*. Ao seu lado

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 40

surgem Ferri, com a *sociologia criminal*, e Garofalo, no campo jurídico, com sua obra *Criminologia*, podendo os três se considerados os fundadores da Escola Positiva.

A perspectiva do criminólogo transcende o foco do Direito Penal, retrocedendo temporalmente em busca das possíveis causas do crime. O delinquente é submetido à análise em seu contexto social, familiar e individual, objetivando compreender os motivos que conduziram à prática do delito. Adicionalmente, a criminologia investiga o papel desempenhado pela vítima no crime, contribuindo para a compreensão de seu comportamento e sua relação com a ocorrência do delito.

A evolução neste período enfatiza a presença de um controle social, formal e informal, que exerce influência sobre o comportamento delitivo. Nesse contexto, cabe ao criminólogo investigar como tais controles são exercidos e sua influência na origem e prática do delito. Desta forma, que a delinquência não se submete a explicações simplistas ou soluções fáceis, e os estudos criminológicos devem abranger uma diversidade de temas para descrever e compreender os fenômenos delitivos.

1.1.1.4 Escolas Penais

Na história do direito penal, várias correntes de pensamento surgiram, cada uma oferecendo perspectivas distintas sobre o crime, a punição e o papel do Estado na justiça criminal. A racionalização do processo penal visou reduzir a arbitrariedade judicial, defendendo que, ao aceitar restrições à sua liberdade, o cidadão autoriza o Estado a punir, desde que dentro dos limites estabelecidos pela segurança social.

Segundo Nucci²⁶:

A evolução histórica do direito penal abrange distintas etapas que influenciaram a configuração dos sistemas prisionais ao longo do tempo. Antes da instituição do sistema penal americano, observa-se a existência de modelos de prisão celular na Europa. Na realidade, começou-se a implementar, de fato, esse sistema de 1681 em diante, idealizado por Guilherme Penn, fundador da colônia da Pensilvânia, cumprindo despacho do Rei Carlos II, que proscreveu a severidade

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 86

das prisões inglesas, generalizando-se, então, a partir daí, as penas privativas de liberdade como formas de buscar a ressocialização.

Em 1818 e 1829, foram estabelecidas as instituições carcerárias, nas palavras Nucci²⁷ “sistema *pensilvânico*, onde havia isolamento completo do condenado, que não podia receber visitas, a não ser dos funcionários, membros da Associação de Ajuda aos Presos e do sacerdote”. Subsequentemente, surgiu o sistema auburniano, direcionado para a observância da disciplina pelo infrator, a segurança penitenciária e a exploração de mão de obra de baixo custo, permitindo, no entanto, atividades laborais diurnas.

Ambos os sistemas compartilhavam a proibição de interação noturna entre os detentos, adotando uma abordagem punitiva e retributiva da pena. No contexto utilitarista, a privação de liberdade, com a imposição de trabalho aos condenados, tinha o propósito de sustentar o capitalismo. Contudo, esse modelo experimentou declínio devido à oposição dos sindicatos americanos à aquisição de produtos fabricados por detentos, alegando práticas concorrenciais desleais.

Ao final do século XVIII, Nucci²⁸ discorre sobre o conceito do Panóptico:

Jeremy Bentham sugeriu a criação do presídio ideal, denominado “O Panóptico” ou “Casa de Inspeção” (O panóptico, p. 11-75). A origem do termo advém de “panóptico”, ou seja, aquilo que permite uma visão total. Todas as celas voltavam-se para o centro do presídio e o condenado passava praticamente todas as horas do dia em constante vigilância. Para Bentham, a pena tinha a função de prevenção particular, que se aplica ao delinquente individual, e a prevenção geral, que se aplica a todos os membros da comunidade.

O advento do sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade na Europa, como exemplificado pela colônia penal de Norfolk, representa uma significativa transição na abordagem do tratamento dos condenados. A iniciativa liderada pelo capitão inglês Maconochie em 1840, ao implementar vales ou marcas baseados no comportamento e desempenho laboral dos reclusos, tinha como objetivo instigar uma melhoria positiva em suas condições, propiciando a

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 87

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 88

possibilidade de redução da pena. Este sistema, ao longo do tempo, foi refinado por Walter Crofton na Irlanda, estruturando o encarceramento em fases progressivas, desde o isolamento celular até a concessão da liberdade condicional. A influência desse modelo persiste na legislação contemporânea.

Retornando à doutrina europeia, Nucci²⁹ ainda observa que a partir do Iluminismo, a prevalência de duas teorias antagônicas:

A primeira (Carrara, Rossi, Kant, Hegel, entre outros), denominada *da absoluta*, defendia que a pena tinha finalidade eminentemente retributiva, voltada ao castigo do criminoso. O fundamento da pena era a justiça e a necessidade moral, pouco interessando sua efetiva utilidade. Kant sustentava que a pena era a retribuição justa desprovida de finalidade, representando a causação de um mal como compensação à infração penal cometida. Se o ser humano pode ser considerado moralmente livre, com capacidade de se autodeterminar, natural se torna sofrer punição pelo que faz de errado. Hegel, por sua vez, embora inserido na mesma corrente, possuía visão diferenciada, afirmando que a pena deveria ser considerada retribuição apenas no sentido de que se contrapunha ao crime (cf. Lesch, *La función de la pena*, p. 9 et seq.). A segunda (Beccaria, Feuerbach, Carmignani, entre outros), considerada relativa, entendia que a pena deveria ter um fim utilitário, consistente na prevenção geral e especial do crime.

Em suma, a análise dos fundamentos da pena revela um debate entre duas visões distintas: a primeira, representada por pensadores como Carrara, Rossi, Kant e Hegel, prioriza a retribuição como principal função da pena, baseada na justiça e na moralidade, enquanto a segunda perspectiva, defendida por Beccaria, Feuerbach e Carmignani, enfatiza a utilidade da pena na prevenção do crime, tanto em sua dimensão geral quanto especial. Essas abordagens refletem não apenas diferentes concepções filosóficas e morais, mas também têm implicações significativas para a formulação e aplicação das políticas penais.

1.1.1.5 Escolas Clássicas

No século XIX, surgiram várias formas de pensar sobre as leis, especialmente nas escolas penais, que são conjuntos organizados de ideias diferentes sobre punições, crimes e sanções penais, onde “não houve, realmente,

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 89

uma escola "Clássica". Tal denominação lhe foi dada pelos positivistas, com uma conotação nitidamente pejorativa, no sentido de antiga, anterior, ultrapassada".³⁰

A Escola Clássica, constitui um amálgama de concepções notável por sua abordagem filosófica, centrada em princípios liberais e humanitários. Seus fundamentos remontam à filosofia grega antiga, que concebia o Direito como uma manifestação da justiça, fundamentada principalmente em conceitos contratuais e na essência do direito. Esta escola sustenta que o Direito Penal deve salvaguardar os indivíduos contra intervenções governamentais não previstas pela legislação, assegurando a preservação da liberdade ante quaisquer restrições arbitrárias. Tal premissa representa uma conquista significativa em relação à supremacia absoluta do Estado.

Greco³¹ explique que:

A Escola Clássica estava fundamentada, resumidamente, nos seguintes postulados: a) livre-arbítrio; b) dissuasão, c) prevenção e d) retribuição. Por livre-arbítrio entendia-se a capacidade que tinha o agente de decidir entre a prática de um comportamento lícito ou ilícito. Na precisa lição de Pablos de Molina, a determinação sempre justa da lei, igual para todos e acertada, é infringida pelo delinquente em uma decisão livre e soberana. Falta na Escola Clássica uma preocupação inequivocamente etiológica (preocupação em indagar as "causas" do comportamento criminoso), já que sua premissa iusnaturalista a conduz a atribuir a origem do ato delitivo a uma decisão "livre" do seu autor, incompatível com a existência de outros fatores ou causas que pudessem influir no seu comportamento.

Em certo momento, começou-se a acreditar que a responsabilidade penal estava ligada à responsabilidade moral, especialmente porque deram bastante importância ao conceito de livre-arbítrio. Antes, o crime era visto apenas como uma ação cometida por uma pessoa. Agora, passou-se a considerar o crime como algo com implicações legais mais amplas. O objetivo da punição era retribuir o mal causado pelo crime com uma punição, embora fosse aceitável e até desejável que o infrator se corrigisse. No entanto, essa ideia não estava diretamente relacionada ao campo do Direito Penal.

³⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 49

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 50

1.1.1.6 Escolas Positivas

A escola positiva tem sua origem associada ao surgimento da filosofia positivista e à expansão dos estudos nas áreas biológica e sociológica. Esta corrente, sob a influência de várias doutrinas, incluindo evolucionismo, materialismo, sociologia, frenologia e fisionomia, passou por três fases distintas, cada qual caracterizada por um enfoque específico e um representante proeminente.

Conforme Prado³²:

A orientação positivista - de caráter unitário e cosmopolita - apresenta três grandes fases, tendo cada qual um aspecto predominante e um expoente máximo. São elas: a) fase antropológica: Cesar Lombroso (*Luomo delinquente*, 1876); b) fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 1892); e c) fase jurídica: Rafael Garofalo (*Criminologia*, 1885).

A fase antropológica da escola positiva, argumenta que algumas pessoas nascem com características físicas e mentais que as predispondo a se tornarem criminosas. Segundo Nucci, “o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas”.³³

Na fase sociológica é defendido que o nível de criminalidade em uma sociedade é influenciado por diversas condições, incluindo fatores do meio físico e social, bem como tendências inatas e impulsos ocasionais dos indivíduos.

Neste pensamento, Prado³⁴ disserta que:

No intuito de reafirmar o determinismo positivista, cria-se a *lei de saturação criminal*, como decorrência de estudos de estatística criminal: o nível da criminalidade é determinado pelas diferentes condições do meio físico e social combinadas com as tendências congênitas e os impulsos ocasionais dos indivíduos, segundo uma lei, tal como se observa em química. Assim, em dado meio social, com as

³² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 100

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 89

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 100

condições individuais e físicas presentes, pratica-se certo número de crimes, nem um a mais, nem um a menos.

Ainda na visão de Prado ³⁵, na fase jurídica, organiza-se legalmente os princípios da escola positiva:

De seu turno, Garofalo opera a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural como a "violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade". Também apresenta as categorias em que se dividem os autores de infrações penais: assassinos, violentos, ímprobos e cínicos.

A escola clássica e a positiva, ambas sujeitas a críticas devido às suas abordagens substancialmente divergentes, revelam lacunas em suas perspectivas. A abordagem clássica, ao negligenciar a importância da reeducação do condenado, e a escola positiva, ao desconsiderar a responsabilidade resultante do ato e fundamentar a penalidade no conceito indeterminado de periculosidade, proporcionam ao Estado poderes ilimitados. Ao mesmo tempo, a questão do delinquente ocasional, que não é considerado perigoso, não é adequadamente abordada por ambas as correntes.

Posteriormente ao surgimento das escolas Clássica e Positiva, novas correntes foram progressivamente emergindo ao longo dos anos. Nucci ³⁶ menciona as "várias outras escolas surgiram após a clássica e a positiva, buscando conciliar os princípios de ambas, mas nenhuma delas atingiu o grau de consistência das primeiras."

1.1.1.7 Evolução do Direito Penal no Brasil

No período do descobrimento, os indígenas careciam de um sistema jurídico penal estruturado. A legislação portuguesa era severa, abrangendo

³⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 102

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página. 91

práticas como tortura, pena de morte e banimento., A influência portuguesa, refletida nas Ordenações do Reino, foi facilmente estabelecida:

Nucci³⁷ destaca que:

Sem dificuldade, instalou-se a legislação portuguesa, traduzida nas Ordenações do Reino. Inicialmente, vigoraram as Ordenações Afonsinas (1446), da época de D. Afonso V. Posteriormente, passaram a vigor as Ordenações Manuelinas (1521), da época de D. Manuel I. Antes das Ordenações Filipinas (1603), do reinado de D. Filipe II, houve a aplicação da compilação organizada por D. Duarte Nunes de Leão, por volta de 1569

A evolução do Código Penal no Brasil, desde o início da República até as reformas e revogações subsequentes, reflete um processo complexo e dinâmico. As dificuldades enfrentadas na elaboração inicial do Código Penal em 1890, apontando suas limitações e a falta de consideração aos avanços doutrinários da época, “foi alvo de severas críticas, sendo logo objeto de estudos visando à sua substituição”.³⁸

As comparações entre os códigos de 1830 e 1890 ressaltam a superioridade do primeiro, evidenciando os desafios enfrentados pelos legisladores republicanos.

Marques³⁹ leciona:

O Código de 1830 é um trabalho que depõe a favor da capacidade legislativa nacional mais do que o de 1890, ora em vigência. Superior a este pela precisão e justeza da linguagem, constitui, para a época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto em face da cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em condição vexatória, tal a soma exorbitante de erros absurdos que encerra, entremeados de disposições adiantadas, cujo alcance não pode ou não soube medir”.

A análise da trajetória do Código Penal revela uma busca contínua por aprimoramento, marcada por tentativas de reformas e projetos

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 91

³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 144

³⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: Campinas, Bookseller, 1991.v. I. Página 92

apresentados ao longo dos anos. A promulgação do Código Penal de 1940, após críticas e reconhecimento da necessidade de reformas, destaca-se como um marco significativo, persistindo até os dias atuais com modificações pontuais.

As leis que alteraram o Código Penal e a influência finalista introduzida pela Lei 7.209/1984 representam esforços para adaptar a legislação à evolução da sociedade e da ciência jurídica. Evidencia que a busca pela adequação da legislação penal é um processo contínuo, sujeito a desafios e revisões, como exemplificado pro Prado⁴⁰, “Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente postergada até que finalmente foi revogado pela Lei 6.578, de 10 de outubro de 1978”

Desta forma, a história do Código Penal brasileiro é uma narrativa complexa de tentativas de adequação, reflexo das transformações sociais, políticas e jurídicas ao longo do tempo. O entendimento das limitações do passado é essencial para a construção de uma legislação mais eficaz e adaptada aos desafios contemporâneos.

1.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL

Do ponto de vista etimológico, o termo princípio abarca diversas acepções, incluindo o instante de origem de algo, a causa primária, o elemento preponderante na constituição de um organismo, assim como preceito, regra ou lei, e a fonte ou razão de uma ação.

Na perspectiva de Nucci⁴¹, “o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”, tais concepções são de suma importância, e servem como fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 145.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 96

Nucci ⁴² enfatiza ainda que:

Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados de *princípios constitucionais* (explícitos e implícitos) servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional.

Em suma os princípios constitucionais configuram um sistema autônomo, dotado de lógica e autorregulação. Não é possível edificar algo justo e igualitário sem levar em consideração a dignidade humana, que constitui a base para todos os direitos individuais. A dignidade humana representa o suporte evidente para inúmeros princípios fundamentais. O Direito Penal, como a opção mais séria do Estado para dirimir conflitos e impor sanções, deve pautar-se pelo princípio da dignidade humana. Isso assegura que o poder estatal se mantenha democrático e fundamentado em princípios legais.

1.2.1 Princípio da Proporcionalidade

Na perspectiva de Gomes⁴³, a proporcionalidade é traduzida em:

toda intervenção penal (na medida em que é uma restrição da liberdade) só se justifica se: (a) adequada ao fim a que se propõe (o meio tem aptidão para alcançar o fim almejado); (b) necessária, isto é, toda medida restritiva de direitos deve ser a menos onerosa possível (a intervenção penal é a última das medidas possíveis; logo, deve ter a "menor ingerência possível"; a pena de prisão, do mesmo modo, só pode ter incidência se absolutamente necessária: sempre que possível, deve ser substituída por outra sanção); e (c) desde que haja proporcionalidade e equilíbrio na medida (ou na pena). Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados.

O princípio da proporcionalidade tem por objetivo assegurar que a resposta penal seja justa, equitativa e adequada à gravidade do delito, visando promover a justiça no sistema jurídico. No âmbito penal, o legislador, em caráter

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 97

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral**: São Paulo, Revista dos Tribunais, IELF, 2004. p 119.

abstrato, deve orientar-se para a imposição de penas que guardem proporção com a gravidade do delito, evitando excessos ou cominações desproporcionais. Este princípio exige que toda intervenção penal seja apropriada aos objetivos almejados, necessária (utilizando a medida menos onerosa possível) e proporcional, envolvendo um juízo de ponderação entre o bem lesado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem do qual alguém pode ser privado (gravidade da pena).

1.2.2 Princípio da Legalidade ou Reserva Legal:

O princípio da legalidade ou reserva legal destaca-se como um alicerce fundamental no âmbito jurídico, permeando tanto a Constituição Federal quanto o Código Penal.

A origem histórica do princípio da legalidade remonta à Magna Carta de 1215, e “tinha por finalidade evitar que alguém fosse preso ou privado de seus bens pela vontade singular do soberano, obrigando que os magistrados aplicassem, efetivamente, as leis consuetudinárias”.⁴⁴

A relevância de uma formulação clara e específica dos tipos penais, garantindo a individualização do comportamento delituoso e prevenindo interpretações amplas que possam comprometer a segurança jurídica. Nesse contexto, a reserva legal surge como uma salvaguarda essencial, contribuindo para a coesão e proteção dos direitos individuais no contexto do sistema jurídico.

Fundamentado no artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna brasileira, esse princípio estabelece que não há configuração de crime sem a existência prévia de uma lei que o defina, impedindo, dessa forma, a imposição de penas sem uma devida previsão legal.

Greco ⁴⁵estabelece que o princípio da legalidade desempenha quatro funções fundamentais:

1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 128

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral**: São Paulo, Revista dos Tribunais, IELF, 2004. p 119.146

2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);

3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);

4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

O inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal complementa o princípio da legalidade (inciso XXXIX), “pode-se denominá-lo, também, como *princípio da irretroatividade da lei penal*, adotando como regra que a lei penal não poderá retroagir, mas, como exceção, a retroatividade da lei benéfica ao réu ou condenado”.

⁴⁶Isso impede que alguém seja punido por um ato que não era crime no momento da ação, devido à ausência de uma lei que o definisse.

A importância da lei formal como única fonte legítima para a criação de crimes, penas, causas agravantes ou medidas de segurança. Prado ⁴⁷resume que:

a lei formal, e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g., medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem* - exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*).

A analogia com o propósito de criar crimes, fundamentar ou agravar penas é objeto de restrição. Greco ⁴⁸salienta-se que “fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente”.

No que tange a taxatividade, tem como escopo assegurar a clareza nas normas penais, demandando que o legislador descreva de maneira precisa as condutas passíveis de punição. Essa premissa busca garantir a segurança jurídica, impedindo a utilização inadequada de termos vagos ou indeterminados na

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página 99

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pagina 162

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 146

legislação penal. A taxatividade impõe limites à atuação do julgador, exigindo interpretação estrita da norma penal para evitar abusos e promover a igualdade.

De maneira precisa, Queiroz ⁴⁹leciona:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.

Esses princípios, fundamentais para o Estado de Direito, visam resguardar contra a elaboração de leis amplas que possam conflitar com o princípio da legalidade.

No âmbito jurídico, a legalidade abrange duas perspectivas: a material, que concebe uma conduta como criminosa pela lesão a um interesse tutelado, independentemente de lei específica; e a formal, que exige a criminalização apenas quando expressamente prevista em lei.

Nucci⁵⁰ discorre que:

Denomina-se *legalidade material* ou *substancial* a impossibilidade de se considerar uma conduta criminosa, se não for considerada lesiva a interesse juridicamente tutelado, merecedora de pena, de acordo com a visão da sociedade, independentemente da existência de lei. Prende-se, pois, ao conceito material de crime.

Denomina-se *legalidade formal* a *impossibilidade* de se considerar criminosa determinada conduta se esta não for considerada lesiva a um interesse juridicamente protegido, merecedora de pena, desde que esteja devidamente prevista em lei. Vincula-se ao conceito formal de crime.

Enquanto a legalidade material reflete a visão da sociedade, a legalidade formal está ancorada no conceito formal de crime. No contexto brasileiro, onde predomina o direito codificado, a aplicação da legalidade formal é favorecida, em consonância com o preceito constitucional do art. 5.º, XXXIX.

1.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

⁴⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** -Parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, Pagina 23

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página

Sob uma perspectiva histórica, com ênfase em sua raiz no cristianismo, esta concepção jurídica reconhece a pessoa como uma categoria espiritual, possuidora de valor intrínseco, detentora de direitos fundamentais e dignidade. Essa perspectiva é demonstrada por Prado ⁵¹que “com o advento da teologia cristã, difundiu-se a convicção segundo a qual o homem é o único ser vivo sobre a terra feito à imagem e semelhança de Deus: cada alma humana é obra mestra de Deus!”

O reconhecimento do valor intrínseco do ser humano implica na constituição de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado deve reconhecer, delineando, assim, a esfera de atuação dos indivíduos e equilibrando os princípios de liberdade e autoridade. A promulgação da Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à condição de valor fundante do sistema de direitos fundamentais.

Neste sentido Prado⁵² disserta que:

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.

A justiça e a igualdade não podem ser construídas de maneira justa e realista se não considerarem a dignidade humana, que é a base para todos os direitos e garantias individuais. Além disso, não haveria motivo para tantos princípios fundamentais se não fosse pelo claro apoio à dignidade humana.

Conforme o entendimento de Nucci⁵³, o princípio constitucional que governa a dignidade da pessoa humana pode ser analisado por meio de dois aspectos objetivo e subjetivo:

Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pagina

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pagina 164

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal**, p. 97

moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

O Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se manifestar sobre o Habeas Corpus ⁵⁴ instituindo a proporcionalidade da pena atribuída à possibilidade de conceder perdão judicial em casos de injúria qualificada por preconceito. A Corte concluiu que a sanção é apropriada em virtude da gravidade da ofensa à honra. Destacou-se que a qualificação da injúria tem como propósito resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado um dos fundamentos essenciais da ordem constitucional. Esta decisão enfatiza a importância de assegurar a prevalência desses princípios no âmbito da legislação.

1.3 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO. (ART. 5º, XI, CF.)

O princípio da inviolabilidade domiciliar é consagrado como um direito fundamental do indivíduo, conforme expresso na Constituição Federal, especificamente no art. 5º, XI:

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

[...]

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.⁵⁵

De acordo com esse dispositivo, a casa é um asilo inviolável, e ninguém pode adentrá-la sem o consentimento do morador, exceto em situações de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou durante o dia por ordem judicial.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 109.676** do Rio de Janeiro, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 14 de agosto de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 de agosto de 2013.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

Silva ⁵⁶esclarece que:

Ao estatuir que a casa é asilo inviolável do indivíduo, a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. A casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade nas relações familiares, as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos.

A proteção constitucional à inviolabilidade do domicílio abarca qualquer espaço delimitado e separado, ocupado exclusivamente por alguém, seja por motivo pessoal ou profissional. Nesse contexto, a relação entre o indivíduo e o espaço assegura, indiretamente, a preservação de sua intimidade e vida privada. Os direitos à intimidade e vida privada funcionam como uma salvaguarda, protegendo o espaço íntimo de intrusões e prevenindo possíveis abusos. Nessa linha de pensamento, o Ministro Alexandre de Moraes⁵⁷ tem como entendimento:

A inviolabilidade domiciliar condiciona-se a reserva de jurisdição, nestes termos, a possibilidade de invasão domiciliar, durante o dia, sujeita-se a denominada cláusula de reserva jurisdicional, consistente na expressão previsão constitucional de competência exclusiva dos Órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática de determinados atos.

Essa garantia abrange qualquer espaço delimitado e separado ocupado por alguém, seja por motivos pessoais ou profissionais. Ao assegurar a reserva de jurisdição, a Constituição estabelece que a invasão domiciliar, mesmo durante o dia, está sujeita à competência exclusiva do Poder Judiciário, evitando assim possíveis abusos e garantindo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

1.3.1 Autorização Constitucional Para Violação De Residência:

O princípio da inviolabilidade do domicílio visa proteger os indivíduos, limitando a intervenção do Estado e de terceiros não autorizados, uma vez que é considerado um direito fundamental de primeira geração. No entanto, é

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p 209

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2014.p 58

importante ressaltar que essa proteção não é absoluta, visto que o próprio artigo que garante a inviolabilidade do lar estabelece exceções constitucionais.

A proteção constitucional à inviolabilidade do domicílio é essencial para preservar a intimidade e a vida privada do indivíduo. Nesse sentido Nucci ⁵⁸ explica que o art. 5º, IX, da CF/88 estabelece que " 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 ".

Contudo o autor preconiza que tudo o que não é vedado pela legislação é permitido. O dispositivo do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal reitera a premissa de que a residência é tida como inviolável, exceto em circunstâncias extraordinárias, tais como flagrante delito, desastre ou prestação de socorro.

Segundo Nucci⁵⁹:

O que é lícito em qualquer ramo do direito, há de ser também no direito penal. Exemplo: a Constituição Federal considera o domicílio asilo inviolável do indivíduo, sendo vedado o ingresso nele sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, bem como para prestar socorro (art. 5.º, XI, CF). Portanto, se um fugitivo da justiça esconde-se na casa de um amigo, a polícia somente pode penetrar nesse local durante o dia, constituindo exercício regular de direito impedir a entrada dos policiais durante a noite, mesmo que possuam um mandado.

A Lei 13.869, aborda no artigo 22 a violação ilícita do lar, caracterizando como abuso de autoridade qualquer atentado à inviolabilidade do domicílio:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei. ⁶⁰

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página. 481

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. Página. 370

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Define o crime de violação de domicílio**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 set. 2019.

Dessa maneira, apenas as autoridades judiciais estão autorizadas a realizar atos relacionados à jurisdição, incluindo buscas e apreensões, que devem ser realizadas mediante ordem judicial.

1.3.2 Definição De Casa E Equiparação De Outros Ambientes (Art. 226, § 4º, § 5º CPM)

Constitucionalmente, o domicílio é conceituado de forma ampla, transcendendo o âmbito do direito privado. Não se limita apenas à moradia, abarcando também locais de trabalho. É caracterizado como qualquer espaço delimitado e separado, ocupado exclusivamente por alguém, independentemente de sua finalidade. O domicílio constitui o ambiente onde o indivíduo deve desfrutar de sua privacidade, garantindo-se a preservação de sua intimidade e a tranquilidade de sua vida privada, livre de interferências de terceiros.

Salientamos que o conceito jurídico de casa não se restringe apenas ao espaço onde alguém reside de forma permanente ou temporária. Ele engloba qualquer estrutura, seja ela aberta ou fechada, fixa ou móvel (como um trailer), de uso individual ou coletivo, mesmo na ausência dos moradores.

Nesse sentido Noronha ⁶¹discorre:

Por estas [dependências] devem entender-se os lugares acessórios ou complementares da moradia ou habitação: jardim, quintal, garagem, pátio, adega etc. Claro é que tais lugares não devem ser franqueados ao público. Por vezes encontramos em bairros de ricas residências jardins não cercados, que não serão, por isso, dependências, mesmo porque neles não se entra. O que caracteriza a dependência, além do que se disse, é o fato de se avizinhar da moradia e corresponder às necessidades da atividade nesta desenvolvida.

Observa-se que no contexto jurídico não se restringe apenas aos espaços físicos internos de uma residência. Ele engloba também os locais acessórios ou complementares à moradia, como jardins, quintais, garagens, pátios e adega. Contudo, é fundamental ressaltar que tais áreas devem possuir restrição de acesso ao público para serem consideradas como dependências. Ademais, a proximidade

⁶¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal - Parte Especial**. v 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 171

física com a moradia e a correspondência com as necessidades da atividade ali desenvolvida constituem fatores determinantes para a caracterização de um espaço como dependência.

Competiu ao Artigo 226 do Decreto Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969, nos parágrafos 4º e 5º, estabelecer o conceito penal de casa. O parágrafo 4º amplia o significado usual da palavra, que difere do conceito civil de domicílio. Segundo esse dispositivo, casa engloba:

§ 4º O termo "casa" compreende:

- I - qualquer compartimento habitado;
- II - aposento ocupado de habitação coletiva;
- III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade

O § 5º, em dois incisos, explicita o que não se deve entender como casa:

- I - hotel, hospedaria, ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do nº II do parágrafo anterior;
- II - taverna, boate, casa de jogo e outras do mesmo gênero.⁶²

Ao definir o que se considera como casa e o que não se enquadra nessa categoria, a lei estabelece parâmetros claros para a proteção da intimidade e da segurança dos indivíduos. A distinção entre o conceito civil de domicílio e o conceito penal de casa reflete a importância de garantir a inviolabilidade desses espaços, mesmo após o encerramento de atividades comerciais.

Diante o todo o exposto, o direito penal, em sua essência, é um reflexo dos princípios fundamentais que regem a sociedade. Entre eles, destacam-se a proporcionalidade, a legalidade e a dignidade da pessoa humana, os quais norteiam a aplicação das normas penais no Brasil. A inviolabilidade do domicílio, consagrada como garantia fundamental pela Constituição Federal, reforça a proteção da intimidade e da vida privada dos cidadãos. Essa proteção é estendida não apenas à residência propriamente dita, mas também a outros ambientes equiparados a ela, conforme estabelecido no artigo 226 do Código Penal Militar.

⁶² BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, De 21 de outubro de 1969.** Dispõe sobre o Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 10 mai 2024.

Na linha de pensamentos, os próximos temas compreenderam o processo penal como uma instituição jurídica que visa garantir a aplicação da lei nos casos em que há violação de normas penais. Nesse contexto, os princípios fundamentais regem todo o desenvolvimento do processo, assegurando a observância do devido processo legal e a proteção dos direitos individuais dos envolvidos. Uma parte essencial desse processo é a produção de provas, que tem como objetivo esclarecer os fatos e embasar as decisões judiciais. A classificação, os meios e o ônus da prova são elementos fundamentais nesse processo, além da importante discussão sobre a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Capítulo 2

BREVE CONCEPÇÃO DE PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO DE PROVAS

2.1 NOÇÕES DE PROCESSO PENAL: HISTÓRICO E CONCEITO

O processo constitui um mecanismo formal e institucionalizado para resolver litígios sociais, proporcionando legalidade e ordem à aplicação do poder estatal. Originário do verbo *procedere*, a palavra processo “significa avançar, caminhar em direção a um fim e por isso envolve a ideia de temporalidade, de um desenvolvimento temporal desde um ponto inicial até alcançar-se o ponto desejado”.⁶³

Lopes Jr⁶⁴ define o processo como:

No processo penal, a parte acusadora, titular da pretensão acusatória, invoca por meio da acusação (ação penal) que o juiz exerça a jurisdição e, ao final, se comprovada a tese acusatória, exerça o poder de punir do Estado. No momento em que o Estado substitui as partes e impede a autotutela, nasce também um dever correlato, de atuar quando a intervenção seja solicitada. O instrumento por meio do qual se concretiza e se pode exercer o poder-dever punitivo é o processo penal.

Portanto, o processo penal constitui um instrumento pelo qual o Estado, representado pelo magistrado, exerce seu poder sancionador de maneira legal e ordenada, desse modo, representa uma abordagem civilizada para a resolução dos conflitos sociais, conferindo legitimidade e estrutura à atuação do poder estatal.

2.1.1 Contexto Histórico

Durante o período colonial e pós-independência, o sistema processual penal brasileiro era regido pelas Ordenações do Reino, principalmente as Filipinas. Essas ordenanças estabeleciam uma divisão no processo penal, com uma parte inquisitiva, representada pelas devassas, e uma parte acusatória, na qual a

⁶³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pagina 27

⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pagina 27

acusação poderia ser feita pelo povo, pelo ofendido. “Havia uma parte eminentemente inquisitiva, as devassas, e uma parte acusatória, mediante a acusação de qualquer do povo, do ofendido ou do Ministério Público”.⁶⁵

Ademais, nesse sistema, os tormentos eram admitidos como meio de obtenção de prova. Greco Filho ⁶⁶ menciona:

Nas vésperas da Independência, por reflexo do movimento liberal europeu, a legislação portuguesa aplicável ao Brasil passa a estabelecer garantias para o acusado, abolindo-se a tortura e certas penas infamantes.

Tais reformas, porém, não eram satisfatórias para o novo país de após 1822, que queria reagir firmemente contra as leis propiciadoras do arbítrio. Inspirado na Constituição de 25 de março de 1824, que definiu os direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, surgiu o Código de Processo Criminal de 1832, em que dominava um espírito anti-inquisitorial e liberal.

No contexto da segunda metade do século XX, o Código de Processo Penal brasileiro, instituído em 1941 e ainda em plena vigência, foi influenciado pela legislação processual penal italiana, “produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem”.⁶⁷

Ao início o código refletia uma presunção de culpabilidade, tratando o acusado como potencialmente culpado, especialmente em casos de prisão em flagrante.

Oliveira⁶⁸ menciona:

Então, de modo mais explícito, apontam-se no originário *Código de Processo Penal* as seguintes e mais relevantes características:

- a) o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de inocência,

⁶⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**, v. 1. São Paulo, Saraiva, 1980. Pagina. 112 e s.

⁶⁶ FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo; Saraiva, 2012. Pagina 111.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. Pagina 23

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.p 23

consubstanciada na possível e b) c) d) 1.2 antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa etc.) na conduta do agente (antiga redação do art. 310, caput, CPP – atual parágrafo único do mesmo dispositivo);

Nas décadas posteriores, ocorreram mudanças substanciais no código, com o intuito de flexibilizar as restrições à liberdade individual, como “a busca da verdade, sinalizada como a da verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos”.⁶⁹

Lopes⁷⁰ destaca a importância da utilização do processo judicial:

Impõe-se a necessidade da utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – processo judicial –, através da qual é designado um terceiro imparcial (juiz) pertencente à Administração (pública) da Justiça, cuja designação deve ser previamente estabelecida por lei, não cabendo à acusação ou à defesa sua escolha. Resulta de uma imposição da estrutura institucional adotada. O exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal. O processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena.

A relevância do procedimento judicial como o instrumento legal para aplicação de sanções penais, enfatizando a imparcialidade do juiz nomeado pelo Estado. Essa estrutura institucional é essencial para regular o exercício do poder punitivo do Estado, assegurando a justiça e a equidade no âmbito do processo penal.

Nucci⁷¹ enfatiza que:

O Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) nasceu sob o Estado Novo, em plena ditadura Vargas, não podendo servir de base à construção de um corpo de normas jurídicas aplicável de per si, ignorando-se as constantes e sucessivas mutações da ordem constitucional brasileira, até culminar com a Constituição de 1988, nitidamente uma das mais democráticas que já tivemos

É ressaltada a relevância dessas alterações em adequar o Código de Processo Penal aos preceitos constitucionais, enfatizando a presunção de inocência e limitando as prisões temporárias. Essa evolução histórica demonstra a

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.p 25

⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p 27

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014.p 60

busca por um sistema penal mais equitativo e justo, assegurando o devido respeito aos direitos individuais e aprimorando a administração da justiça no território nacional.

2.1.2 Conceito do Processo

Conceitualmente, o processo penal tem início quando existe a infração penal, o Estado adquire o direito e a obrigação de punir, o que é respaldado pela legislação vigente. Essa prerrogativa se fundamenta “com alicerce no direito fundamental de que *não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine*”.⁷²

Nucci⁷³ conceitua que:

Portanto, Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto.

O processo penal desempenha um papel crucial na efetivação do direito penal, fornecendo os instrumentos indispensáveis para a imposição da pena em situações particulares.

Nestor Távora⁷⁴ disserta que:

Com efeito, o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto. Deve-se ter em vista que o *jus puniendi* concentra-se na figura do Estado. Essa característica não se modifica quando se cuida de ação penal privada, eis que aqui o querelante passa a figurar como substituto processual.

No processo penal, a vingança privada é proibida, sendo considerada crime contra a administração da justiça. O artigo 345 do Código Penal brasileiro tipifica o crime de exercício arbitrário das próprias razões:

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. p 59

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. p 59

⁷⁴ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p 13

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.⁷⁵

Portanto, o direito processual penal desempenha um papel crucial na resolução de questões criminais, sendo responsável por regular a atividade de tutela do direito penal pelo Estado.

Para Greco Filho⁷⁶, pode-se definir o processo penal como um ramo que consiste em conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição e exemplifica o conceito da seguinte maneira:

a. O direito processual penal é um ramo do direito público, ou seja, regula uma atividade pública e as relações jurídicas de direito público, as relações processuais, faculdades e ônus das partes delas decorrentes. Tal natureza decorre não da matéria aplicada que é de direito público, a lei penal, mas da natureza da atividade estatal jurisdicional, que é pública. Seus institutos, portanto, não estão sujeitos à disponibilidade das partes.

b. É um conjunto sistemático de normas e princípios; as normas legais constantes do Código e de leis especiais formam um conjunto lógico, um sistema coerente, regido por princípios técnicos e científicos, à luz dos quais devem aquelas ser interpretadas e aplicadas, admitindo-se, no caso de lacuna da lei processual, a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito.

Em suma, na visão de Tucci⁷⁷ o processo penal é uma ferramenta jurídica composta por uma série de etapas organizadas, destinadas a resolver conflitos de grande importância social:

à instrumentalização da jurisdição, ou seja, da *ação judiciária*, em que se insere *ação das partes*, apresenta-se o *processo penal* como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social. A regulamentação desses atos, integrantes do procedimento em que ele se materializa, encontra-se estabelecida nas leis processuais penais, aliás, com muita propriedade.

⁷⁵ BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

⁷⁶ FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo; Saraiva, 2012. p 110

⁷⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pagina 32

A análise do processo penal no Brasil deve ser conduzida levando em conta sua estreita vinculação com a Constituição Federal, que assegura os direitos e garantias fundamentais. Estes princípios atuam como balizadores da atuação estatal sobre o indivíduo, frequentemente em posição de inferioridade nesse contexto.

2.2 O PROCESSO PENAL E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS

Compreender os princípios que norteiam o processo penal, é importante entender o significado da palavra princípio. De acordo com Aurélio⁷⁸ “Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; Causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico.”

Na perspectiva de Rangel⁷⁹:

Desta forma, os princípios que regem o direito processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem. Porém, nosso escopo são aqueles.

Assim, os princípios do direito processual penal constituem a base de toda a dogmática jurídico-processual penal, oferecendo respostas para os problemas que surgem no curso de um processo criminal.

No processo penal, esses princípios são fundamentais e muitas vezes ultrapassam a própria letra da lei.

Conforme Nucci⁸⁰ menciona:

Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos no ordenamento jurídico ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O processo penal não foge à regra, erguendo-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. Na Constituição Federal,

⁷⁸Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

⁷⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Pagina 30.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. Pagina 62.

encontramos a maioria dos princípios que governam o processo penal brasileiro, alguns explícitos, outros implícitos.

O processo penal é, por natureza, um instrumento, cuja existência é justificada pela sua função de aplicar o Direito Penal de forma eficaz. A interação entre Direito e Processo é evidente, uma vez que a pena não pode ser aplicada sem um processo prévio.

Lopes Jr.⁸¹ afirma que:

Desde logo, não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência. Ademais, o Direito Penal careceria por completo de eficácia sem a pena, e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro retrocesso, de modo que a relação e interação entre Direito e Processo é patente.

A compreensão desses princípios permite uma interpretação mais coerente das normas processuais penais, favorecendo a lógica e a harmonia do sistema jurídico.

2.2.1 Princípio da Presunção de Inocência e sua Aplicação no Direito Penal Brasileiro

No final do século XVIII, durante o Iluminismo e a Revolução Francesa, surgiram movimentos contra o sistema inquisitório penal, que presumia a culpa do acusado. Rangel⁸² diz “nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagrou a presunção de inocência.

No Brasil, esse princípio foi incorporado pela Constituição de 1948. Conforme Rangel⁸³:

⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pagina 35

⁸² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Pagina 57

⁸³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Pagina 58

A Constituição da República Federativa do Brasil, pela primeira vez, consagrou o chamado princípio da presunção de inocência, 57/1368 proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU. Assim, para parte da doutrina, qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado somente deve ser adotada se revestida de caráter cautelar e, portanto, se extremamente necessária

A Constituição⁸⁴ assegura que ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, reforçando que a presunção de inocência é a regra, enquanto a condenação só pode ocorrer após o devido processo legal e com trânsito em julgado.

Esse princípio tem como objetivo primordial garantir que o ônus da prova recaia sobre a acusação, “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”.⁸⁵

As medidas cautelares só devem ser aplicadas se forem essenciais para a investigação e a ordem pública. Isso se alinha ao princípio da presunção de inocência, que determina que, em caso de dúvida, o réu deve ser considerado inocente e absolvido

2.2.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz: Garantia de Equidade e Justiça no Processo Judicial

A Constituição Federal de 1988⁸⁶ confere garantias aos juízes para que possam atuar com imparcialidade, incluindo o reconhecimento voluntário de impedimento ou suspeição. Caso o juiz não reconheça sua falta de imparcialidade, ele pode ser recusado, e as bases legais para isso.

⁸⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. Pagina 64

⁸⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

Rangel⁸⁷ faz menção à necessidade de limitação do papel do juiz dentro do sistema acusatório:

Inclusive, sustentamos, à luz do sistema acusatório, que o juiz, ao iniciar a audiência para ouvir testemunhas arroladas na denúncia pelo MP, deveria, imediatamente, **sem fazer qualquer pergunta sobre os fatos**, passar a palavra ao Ministério Público – órgão acusador –, que iria perguntar o que entendesse necessário para corroborar (ou não) sua imputação penal. Posteriormente, a palavra seria dada à defesa técnica, que agiria da mesma forma. Se a testemunha fosse arrolada na defesa prévia, o procedimento seria o mesmo: primeiro a defesa e depois o MP. O juiz se limitaria às informações e advertências de praxe (qualificação da testemunha, falso testemunho, impedimentos e suspeições etc).

Essa conduta serviria para potencializar o papel do juiz como guardião da imparcialidade, prevenindo a intimidação das testemunhas por uma das partes e assegurando a equidade processual. Na visão de Badaró⁸⁸, para que a função seja considerada legítima “não basta que o magistrado seja subjetivamente imparcial, mas é necessário também que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz imparcial”, um julgamento considerado parcial pela sociedade é tão prejudicial quanto um realizado por um juiz comprometido com uma das partes

2.2.3 Princípio da igualdade processual: O princípio da paridade de armas no contexto judicial brasileiro

Consagrado no próprio art. 5º, caput, da Constituição Federal, o princípio da paridade de armas é chamado também de princípio da igualdade processual, visa garantir que as partes em um processo judicial tenham igualdade de condições para exercerem seus direitos e defenderem seus interesses.

Isso implica que cada parte deve ter acesso aos mesmos recursos, oportunidades e tratamento ao longo do processo, garantindo um ambiente justo e equitativo para todas as partes envolvidas. “O que deve prevalecer é a

⁸⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Pagina 53

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. Pagina 12.

chamada igualdade material, leia-se, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades”.⁸⁹

Oliveira⁹⁰ discorre sobre uma distinção crucial, a iniciativa probatória do juiz pode ser integralmente aceita quando empregada para elucidar ou suplementar a prova apresentada pela defesa, contudo:

O mesmo não pode ocorrer em relação à atividade supletiva da atuação da acusação, não só por violação ao sistema acusatório, mas ao princípio da igualdade de armas (par conditio), na medida em que o Estado estaria atuando em posição de evidente e desigual vantagem.

É essencial delimitar claramente o sentido e o alcance desse princípio para evitar que haja violações ao sistema acusatório e à igualdade processual. Assim, sua aplicação efetiva contribui para prevenir que o acusado e sua defesa sejam tratados de forma desigual no decorrer do processo penal.

2.2.4 O Princípio do Contraditório e a Garantia de Equidade e Justiça no Processo Judicial

O contraditório assegura que todas as partes envolvidas em um processo tenham a oportunidade de se manifestar, apresentar argumentos, produzir provas e contestar as alegações feitas pela outra parte, garantindo assim um processo justo e equitativo. Em outras palavras, “assegura ao acusado o direito de contraditar os fatos delituosos que lhe foram imputados, utilizando-se de todos os meios de provas admissíveis em direito.”⁹¹

O princípio do contraditório, conforme estabelecido no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal⁹², garante aos litigantes em processo judicial ou

⁸⁹ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Pagina 48

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. Pagina 25

⁹¹ SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pagina 42

⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988

administrativo e aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a eles inerentes:

No processo penal, garantir o contraditório vai além de simplesmente informar o acusado sobre as acusações e permitir que ele reaja formalmente. Távora ⁹³ menciona que, “estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor”.

Isso é estabelecido no Código de Processo Penal, que assegura o contraditório:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)⁹⁴

Nesse sentido, o artigo 497 do Código de Processo Penal estabelece as atribuições também ao juiz presidente do Tribunal do Júri:

Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)⁹⁵

O princípio do contraditório, destaca-se por garantir às partes não apenas a ciência bilateral dos atos processuais, mas também a possibilidade de contestá-los. Neste sentido Badaró ⁹⁶disserta que:

No entanto, a mudança de concepção sobre o princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, trouxe a necessidade de igualar os desiguais, refletindo-se também no princípio do contraditório. E, no processo, tal

⁹³ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p 50

⁹⁴ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

⁹⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

⁹⁶ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012.

tarefa cabe ao juiz, que também passou a ser um dos destinatários do princípio do contraditório.

Com a evolução do conceito de igualdade para uma igualdade substancial, o contraditório passou a exigir não apenas a participação das partes em igualdade de condições, mas também a intervenção ativa do juiz para assegurar essa igualdade.

No âmbito da fase judicial, Silva e Silva⁹⁷ discorrem que:

É oportuno observar que o contraditório no processo penal somente se instala na fase judicial do processo, que tem início com o recebimento da denúncia. Na fase inquisitorial não se aplica o contraditório, tendo em vista as finalidades do inquérito policial e por ser esta peça meramente informativa de investigação dos fatos delituosos, razão pela qual não se inserem os princípios do contraditório e da ampla defesa, da mesma forma não previne competência, como podemos verificar no capítulo próprio reservado ao estudo do Inquérito Policial.

Na fase inquisitorial do processo penal, exemplificada pelo inquérito policial, o contraditório não é aplicável, sendo esta etapa meramente informativa para a investigação dos fatos delituosos. Portanto, os princípios do contraditório e da ampla defesa não se inserem, e a fase inquisitorial não previne competência.

Em síntese, Gomes Filho⁹⁸ diz:

Trata-se, portanto, de garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça.

O princípio do contraditório assegura que todas as partes envolvidas em um processo tenham a oportunidade de se manifestar, apresentar argumentos, produzir provas e contestar as alegações feitas pela outra parte, garantindo um processo justo e equitativo.

⁹⁷ SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pagina 42

⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997, Pagina. 137

2.2.5 O Princípio da Verdade Real no Processo Penal

Decorre da evolução do processo penal, a busca de uma verdade mais consistente e menos limitada na investigação, isso resultava em uma qualidade inferior da verdade e em tratamento injusto para o acusado. “Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados.”⁹⁹

O princípio da verdade real, também conhecido como princípio da livre-investigação da prova, implica na busca pela verdade substancial no processo penal, isso estabelece a rejeição de todas as provas ilícitas no processo. Távora¹⁰⁰ comenta:

Ao disporem sobre as provas ilícitas, a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVI) e o Código de Processo Penal (art. 157) estabeleceram limites ao alcance da verdade real. Ao prescrever que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, o legislador vedou as provas obtidas com violação a norma constitucional ou legal, ainda que elas retratem a “verdade real”.

Diante disso, é importante reconhecer que no processo judicial é impossível garantir a obtenção da verdade objetiva, que corresponderia exatamente aos acontecimentos reais. O juiz, ao analisar as provas apresentadas, baseia-se em sua convicção, que é influenciada pela percepção dos fatos por meio das evidências disponíveis.

Nucci¹⁰¹ observa que:

Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal,

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pagina 409

¹⁰⁰ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Pagina 55

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. Pagina. 65

deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

Assim, o juiz é instigado a buscar incessantemente a verdade material, considerando a importância dos direitos fundamentais em jogo, como liberdade, vida e integridade física e psicológica. Esta busca pela verdade material é uma atividade essencial do poder instrutório do magistrado, contribuindo para garantir um desfecho justo no processo criminal.

O princípio da verdade real no processo penal implica que o juiz não deve se contentar apenas com as provas apresentadas pelas partes, mas deve buscar ativamente outras fontes de evidências relevantes para o caso. Nucci¹⁰² evidência em várias disposições do Código de Processo Penal:

Note-se o disposto nos arts. 209 (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”, grifamos), 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”, grifo nosso), 147 (“o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade”, grifamos), 156 (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, grifamos), 566 (“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real.

Embora a busca pela verdade continue a ter importância no processo penal, ela não deve mais ser o único foco central. Em vez disso, a verdade deve ser deslocada para um papel secundário “como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador”¹⁰³, sendo considerada como um meio para garantir a aplicação correta da lei penal. Portanto, a descoberta da verdade não é o único objetivo do processo penal, mas sim um meio

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. Página 80

¹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. Página 268

para assegurar uma decisão justa com base nos critérios racionais de valoração das provas disponíveis.

2.2.7 Princípio da Publicidade nos Atos Processuais

Possuindo previsão legal na Constituição Federal, o princípio da publicidade dos atos processuais é essencial para garantir a legitimidade do exercício do poder estatal de punir. Em Estados autoritários, os processos secretos são comuns como forma de ocultar arbitrariedades.

Segundo Badaró¹⁰⁴:

A publicidade de um ato de poder é fundamental para a sua legitimidade, até mesmo porque a busca do reconhecimento de que tal ato é correto, razoável e aceitável depende, em parte, de sua aceitação popular, que incorrerá sem que o mesmo seja público. A publicidade assegura a transparência dos atos públicos.

Em circunstâncias excepcionais, a Constituição ¹⁰⁵ permite restrições à publicidade nos processos judiciais, onde o juiz tem a prerrogativa de limitar o acesso aos atos processuais ou aos autos do processo apenas às partes.

No entanto, é importante ressaltar, que conforme a visão de Nucci¹⁰⁶, “jamais haverá sigilo total, fazendo com que o magistrado conduza o processo sem o acesso dos órgãos de acusação e defesa, bem como jamais realizará um ato processual válido sem a presença do promotor e do defensor.”

O artigo. 5.º, XXXIII, da Constituição¹⁰⁷ brasileira assegura a igualdade perante a lei e o acesso à informação. Ele garante a todos,

¹⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. Pagina 29

¹⁰⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014.p 69

¹⁰⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade,

independentemente de nacionalidade, o direito de receber informações dos órgãos públicos, desde que sejam de interesse particular, coletivo ou geral. O fornecimento dessas informações deve ocorrer dentro do prazo estipulado por lei, com penalidades para o descumprimento. No entanto, certas informações podem ser mantidas em sigilo se forem consideradas essenciais para a segurança da sociedade e do Estado.

O inciso IX do artigo 93 da Constituição¹⁰⁸ foi modificada para permitir que a lei restrinja a presença apenas das partes e seus advogados em certos atos judiciais, desde que a preservação da intimidade não prejudique o interesse público à informação. A nova redação prioriza a publicidade dos julgamentos, permitindo restrições apenas quando necessário para proteger a intimidade.

Badaró¹⁰⁹ pondera que:

Ou seja, a regra geral é a publicidade ampla. Em casos especialmente previstos em lei, para preservar a intimidade das partes, a publicidade poderá ser restrita às partes e seus advogados. No entanto, não se poderá restringir a publicidade do processo, nem mesmo para preservar a intimidade das partes, se isso prejudicar o “interesse público à informação”. Entre intimidade e interesse à informação, privilegiou-se este sobre aquela.

Em suma, a publicidade dos atos na fase processual deve ser mantida para garantir o contraditório e a participação das partes no processo. No máximo, pode-se autorizar a realização de um ato sem a divulgação imediata, desde que seja notificado posteriormente após a conclusão da diligência.

No inquérito policial, fase pré-processual, Távora¹¹⁰ discorre que:

ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

¹⁰⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. p 30

¹¹⁰ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p 61

Já quanto ao inquérito policial, por se tratar de fase pré-processual, é regido pelo princípio da sigilação, assegurando-se ao advogado, contudo, por força do art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), a consulta aos autos correspondentes, o que foi corroborado pela súmula vinculante nº 14 do STF, de sorte que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Além disso, o artigo 201, § 6º, CPP ¹¹¹ visa proteger a privacidade e a dignidade do ofendido durante o processo judicial, dando a possibilidade para o juiz decretar segredo de justiça, abrangendo todos os elementos do processo para evitar a exposição da vítima aos meios de comunicação.

2.2.8 O Princípio do duplo Grau de Jurisdição: Análise à Luz da Constituição e da CADH

O princípio do duplo grau de jurisdição assegura o direito de revisão das decisões por um órgão jurisdicional distinto daquele que proferiu a decisão inicial. No entanto, é importante ressaltar que, no âmbito da organização judiciária brasileira, os recursos especiais e extraordinários não se submetem a essa garantia.

Embora a Constituição de 1988 não mencione explicitamente o princípio do duplo grau de jurisdição, a estruturação do Poder Judiciário, com órgãos de primeiro e segundo grau, sugere sua existência implícita. Isso porque a função principal desses órgãos de segundo grau é revisar as decisões tomadas em primeiro grau, “tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito”.¹¹²

A discussão sobre o princípio do duplo grau de jurisdição perdeu sua base com a garantia expressa do direito de recorrer para um juiz ou tribunal

¹¹¹ Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal.**

¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal.** - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. Pagina 32

superior, conforme estabelecido no artigo 8.2, letra h, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.¹¹³

Os direitos garantidos pela CADH são considerados fundamentais e autoaplicáveis no sistema jurídico brasileiro, conforme estabelece o artigo 5º, § 2º, da Constituição¹¹⁴. Portanto, não há mais dúvidas sobre a existência do direito ao duplo grau de jurisdição no Brasil. Contudo, nos casos em que crimes são julgados diretamente por tribunais devido à prerrogativa de função do agente, como ocorre com parlamentares ou ministros de Estado, a garantia do duplo grau de jurisdição pode ser eliminada. Isso implica na ausência de oportunidade para recorrer a uma instância superior com o propósito de revisar o mérito ou a prova. Tal situação suscita questionamentos acerca da conformidade constitucional dessa restrição, uma vez que a Constituição não trata explicitamente do duplo grau de jurisdição, limitando-se a estabelecer casos de julgamento originário pelos tribunais.

Neste contexto Lopes Jr¹¹⁵, disserta que:

Prevalece o entendimento de que a Constituição não consagra expressamente o duplo grau de jurisdição, mas sim os casos em que haverá julgamento originário pelos tribunais, podendo haver, portanto, uma restrição à garantia que decorre da CADH (cujo caráter

¹¹³ BRASIL. Decreto nº 678/1992. **Garantias Judiciais**. Brasília, DF, 6 de novembro de 1992.

¹¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pagina 862

“supralegal” a coloca abaixo da Constituição). Ademais, ainda que o duplo grau fosse consagrado no texto constitucional, poderia haver a supressão ou limitação pelo próprio sistema constitucional.

Nas palavras de Nucci ¹¹⁶“tal dispositivo somente reforça a tese de que as normas sobre direitos humanos, constantes em tratados e convenções internacionais, devem ter *status* constitucional”. Em suma, o princípio do duplo grau de jurisdição é fundamental para garantir o reexame das decisões por instâncias superiores, embora encontre limitações nos recursos especiais e extraordinários no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.9 O Princípio do Devido Processo Legal e a Garantia Constitucional e Proteção dos Direitos Fundamentais

O dispositivo previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição ¹¹⁷Federal estipula o devido processo legal como uma garantia fundamental, a qual se traduz em um conjunto de normas estabelecidas em lei para salvaguardar os direitos constitucionais.

Isso significa que o procedimento deve obedecer às normas estabelecidas, sem omitir ou deturpar atos essenciais. “Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois *nulla poena sine iudicio*”.¹¹⁸ Ademais, a busca pela punição deve ocorrer dentro de um procedimento regular, diante da autoridade competente, respaldada por provas válidas, e respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A liberdade é a regra, sendo o cerceamento exceção. Rangel¹¹⁹ explica, “A Constituição, ao estatuir *da liberdade*, não especificou o tipo de liberdade.

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. p 76

¹¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

¹¹⁸ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p 65

¹¹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. p 31

Assim, o intérprete não está autorizado a restringir o alcance do dispositivo legal constitucional”. Desta forma, a regularidade e legalidade do processo garantem que os direitos do cidadão sejam protegidos, permitindo apenas as restrições previstas em lei, a restrição à liberdade de exercer um trabalho, ofício ou profissão só é permitida se seguir os procedimentos estabelecidos em lei.

Távora¹²⁰ leciona que:

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, **processual**, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (**procedural due process**); a segunda, **material**, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (**substantive due process of law**).

Assim, além da correta interpretação das normas, é essencial contar com um processo jurisdicional eficaz para sua aplicação. O processo deve servir como uma garantia contra os abusos do Estado, sendo uma ferramenta para implementar a Constituição Federal e assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos.

2.3 DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: CONCEITO E OBJETO DA PROVA

A prova compreende os elementos aptos a comunicar informações acerca de um fato a uma pessoa, “originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar”.¹²¹ O ordenamento jurídico processual disciplina os meios de prova, os quais são os instrumentos empregados para submeter esses elementos aos autos do processo.

Neste contexto, Greco Filho¹²² complementa:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou

¹²⁰ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Pagina 65

¹²¹ FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo; Saraiva, 2012. Pagina 280

¹²² FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo; Saraiva, 2012. Pagina 280

um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Durante a fase processual denominada instrução, são empregados os recursos disponíveis para esclarecer a veracidade das alegações, com o objetivo de obter um veredicto favorável no julgamento.” Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.” ¹²³ A demonstração da verdade é atingida por meio da apresentação de elementos probatórios, englobando tudo que contribui para persuadir o juiz quanto aos fatos em discussão, abrangendo os atos e até mesmo os direitos debatidos na controvérsia judicial.

Segundo Nucci¹²⁴, o termo prova possui fundamentalmente três significados:

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória);
b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

A prova, como atividade probatória, refere-se ao conjunto de ações realizadas para verificar a veracidade de um fato. É uma atividade desempenhada tanto pelas partes quanto pelo juiz, com o objetivo de reconstruir os eventos históricos relevantes para o caso em questão. De acordo com o Art. 156 Código de Processo Penal¹²⁵, a responsabilidade de produzir a prova de uma alegação recai sobre quem a fez.

¹²³ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Pagina 826

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. Pagina 282

¹²⁵ **Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: .BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

Além disso, a prova pode ser compreendida como o meio de prova, “isto é, o instrumento por meio do qual se introduzem no processo as fontes probatórias. É nesse sentido que se fala em prova testemunhal, prova pericial etc.”¹²⁶

Por fim, é relevante destacar que a prova também se refere ao resultado probatório, ou seja, à capacidade de persuasão que os meios de prova exercem sobre o juiz e as partes envolvidas no processo judicial. Isso é evidenciado no artigo 312 do Código de Processo Penal¹²⁷, que aborda a necessidade de existência de provas do crime e indícios suficientes de autoria para decretar a prisão preventiva, demonstrando a importância das evidências apresentadas ao longo do processo.

O processo penal tem o compromisso irrenunciável de buscar a reconstrução da realidade histórica dos fatos delituosos, mesmo que essa tarefa seja difícil e muitas vezes imperfeita. A jurisdição estatal, ao lidar com questões penais, busca estabelecer uma verdade judicial que, uma vez confirmada em uma decisão final, terá efeitos legais e constitucionais, garantindo a estabilidade das situações em conflito. Para alcançar esse objetivo, são disponibilizados diversos meios de prova, sujeitos ao respeito aos direitos individuais garantidos pela Constituição Federal. O exame desses meios de prova deve ser precedido pela identificação dos princípios e regras que os regem.

2.3.1 Da Finalidade e o Objeto da Prova

A finalidade da prova é persuadir o juiz quanto à veracidade de um fato em disputa, visando alcançar a verdade processual, que é a verdade alcançável durante o curso do processo. Embora essa verdade possa não refletir totalmente a realidade, é com base nela que o juiz fundamenta sua decisão.

¹²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. p 269

¹²⁷ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

Na visão de Nucci¹²⁸, o objeto da prova consiste em:

O objeto da prova são, primordialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar. Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e ao conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o magistrado), bem como no que toca a estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas. Provam-se, ainda, regras de experiência, porque, na essência, são fatos reiterados.

No âmbito do processo civil, a ausência de contestação do réu ou sua falta em atos processuais, como a audiência de instrução, pode acarretar em sua confissão ficta dos fatos alegados. Esse cenário difere do processo penal, onde a produção de prova é pautada no princípio da busca pela verdade real. Adicionalmente, alguns fatos dispensam a necessidade de prova, como aqueles intuitivos, notórios, amparados por presunções legais, e aqueles considerados irrelevantes para o deslinde da causa.

Silva e Silva ¹²⁹ mencionam tais fatos como “Axiomáticos ou intuitivos, Fatos notórios, Presunções e Fatos inúteis” , ele explica que os fatos que dispensam a necessidade de prova no processo, como os axiomáticos ou intuitivos, que são óbvios e dispensam investigação detalhada, os fatos notórios, conhecidos por todos, as presunções legais estabelecidas pela lei, como a inimputabilidade de menores, e os fatos inúteis, que não influenciam na apuração dos fatos do crime, como detalhes irrelevantes para o caso. Portanto, a compreensão desses diferentes tipos de fatos é fundamental para o correto desenvolvimento e julgamento das demandas judiciais.

2.3.2 Classificação Da Prova

2.3.2.1 Ao Objeto: Direta e Indireta

A prova no processo penal tem como objeto a veracidade das acusações feitas pelo Ministério Público, incluindo todas as circunstâncias relacionadas. Essa prova pode ser tanto direta quanto indireta.

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014. Pagina 285

¹²⁹ SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 247

A prova direta refere-se à evidência que demonstra diretamente a existência do fato em questão, sem a necessidade de inferências ou processos lógicos de construção. Um exemplo é o testemunho de uma pessoa que presenciou um homicídio, confirmando a morte da vítima causada pela ação do acusado. Rangel¹³⁰ destaca que “Neste caso, o depoimento da testemunha é meio de prova sobre o fato (objeto da prova) diretamente.” A confissão do acusado também é considerada uma prova direta, pois confirma diretamente o fato que lhe foi imputado.

A prova indireta, negativa ou contrária é aquela que, por inferência lógica, leva à negação do fato principal, contradizendo a alegação da acusação. Ela se baseia em outro evento que é logicamente incompatível com o que está sendo contestado. Távora¹³¹ traz como exemplo “um álibi (cujo sentido é o de argumento utilizado pelo indiciado ou acusado consistente em afirmar que estava em local diverso quando certa infração penal aconteceu).” Vale ressaltar que a prova indireta não deve ser confundida com a contraprova, que é utilizada para reduzir a credibilidade da prova apresentada inicialmente pela parte contrária. Um exemplo disso é a resposta preliminar à acusação no art. 396-A, caput, Código de Processo Penal¹³², que permite ao acusado apresentar documentos para contestar as alegações feitas contra ele.

A categorização da prova também pode ser realizada considerando o conceito de representação probatória. A prova pode ser classificada em sua eficácia representada “(a) direta, inartificial ou histórica, quando a prova, de per si, evidencia o fato controvertido; e (b) indireta, artificial, crítica ou oblíqua, quando a prova demonstra um fato que é utilizado como base para comprovar outro fato, por dedução ou indução¹³³”.

¹³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Pagina 588

¹³¹ NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Pagina 832

¹³² Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

¹³³ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pagina 270.

Grinover ¹³⁴observa que:

Quando determinada prova for demonstrativa do fato probando, ela será direta (podendo ser prova plena ou não-plena). Quando tal prova for demonstrativa de elementos circundantes ao fato probando, recaindo sobre fato diverso, mas que, por meio do qual, se torna possível chegar ao fato central, será ela indiciária. Os indícios serão sempre indiretos, enquanto as demais provas podem ser diretas ou indiretas.

Essa categorização da prova é essencial para a compreensão e avaliação adequada dos elementos probatórios no processo penal, visando garantir a justiça e a efetividade da jurisdição.

2.3.2 Meios Da Prova

Englobam tudo “quanto possa servir, direta ou indiretamente, para a demonstração da verdade real que se apura no processo, não podendo sofrer limitações no processo penal, quando autorizados por lei e pelos costumes.”¹³⁵

O Código de Processo Penal regula diversos meios de prova. De acordo com Badaró¹³⁶:

O CPP disciplina os seguintes meios de prova: exame de corpo de delito e perícias em geral (arts. 158 a 184), confissão (arts. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), acareação (arts. 229 e 230), documentos (arts. 231 a 238), indícios (art. 239), busca e apreensão (arts. 240 a 250). Tal classificação, contudo, não é isenta de críticas. O interrogatório do acusado (CPP, arts. 185 a 196), embora previsto no título da prova, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), constitui, na verdade, meio de defesa.

A confissão, embora frequentemente considerada um meio de prova, pode ser interpretada de maneira diferente. Ela representa o resultado de uma

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Página 267.

¹³⁵ SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Página 247

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. Página 271

declaração formal de vontade, podendo ocorrer tanto durante quanto fora do processo legal.

Segundo Badaró¹³⁷:

Assim, a confissão extrajudicial deverá ser consubstanciada em algum documento, e será este documento o meio de prova produzido no processo, e não a própria confissão. Já a confissão judicial ocorre em sede de interrogatório, não sendo, portanto, um meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório.

Tratando-se do depoimento da testemunha, a realização de inspeção judicial e a análise dos indícios são todos instrumentos utilizados pelo juiz para formar sua convicção acerca dos fatos em discussão no processo. Rangel¹³⁸ sustenta que, “o depoimento da testemunha é o meio de prova de que se utiliza o juiz para formar sua convicção sobre os fatos controvertidos”. A inspeção judicial e o indício são considerados meios de prova, assim como qualquer elemento que o juiz emprega para alcançar uma conclusão justa no processo

Os meios de prova têm relevância central na busca pela verdade e na formação da convicção do juiz. A ampla variedade desses meios proporciona ao magistrado a oportunidade de investigar a verdade de forma completa e imparcial. Em suma, constituem os instrumentos utilizados pelo juiz para embasar sua convicção sobre os fatos ou circunstâncias apresentadas pelas partes.

2.3.3 Ônus Da Prova

O ônus, derivado do latim *onus*, *oneris*, denota um encargo ou responsabilidade atribuída às partes para comprovar suas alegações no contexto jurídico-processual. Na visão de Rangel¹³⁹ “trata-se de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. Pagina 272

¹³⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Pagina 587

¹³⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. p 638

prejudicado.” O não cumprimento do ônus afeta apenas o encarregado, não acarretando prejuízos a outros.

Badaró ¹⁴⁰leciona que:

Ônus é um imperativo do próprio interesse; uma faculdade cujo exercício é condição necessária ou relevante para a obtenção de uma posição de vantagem ou para não sofrer um prejuízo. Existem ônus perfeitos (ou absolutos) e imperfeitos (ou relativos). **Ônus perfeito** ou absoluto é uma faculdade que, se não for exercida pela parte, **necessariamente lhe acarretará uma desvantagem** ou a privará de uma vantagem (p. ex.: o ônus de recorrer). Já os **ônus imperfeitos** ou relativos são faculdades que, se a parte delas não se desincumbir, **poderá lhe advir uma desvantagem**, ou poderá implicar a privação de uma vantagem. Todavia, a desvantagem não será uma consequência necessária e obrigatória do não se desincumbir do encargo. (p. ex.: o ônus da prova).

A análise do ônus da prova é essencial no contexto do direito processual, focalizando a atribuição de quem deve provar e as implicações decorrentes de uma falha nessa comprovação. A disputa central orbita em torno dessas questões. Enquanto a acusação fundamenta sua demanda em fatos que podem ou não ser verdadeiros, o réu tem o direito de contestar esses fatos ou apresentar versões alternativas. O desafio reside em determinar quem tem a obrigação de provar a veracidade das alegações apresentadas.

2.3.4 Da Inadmissibilidade Das Provas Obtidas Por Meios Ilícitos

A Constituição Federal do Brasil estabelece no artigo 5º, inciso LVI¹⁴¹ como um direito fundamental a impossibilidade de se admitir, no processo, provas obtidas por meios ilegais;

As provas ilícitas são aquelas obtidas por meio da transgressão de normas legais ou garantias constitucionais. No contexto do direito material, ocorre quando há violação das normas ou princípios constitucionais que salvaguardam as

¹⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. p 292

¹⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

liberdades individuais e os direitos pessoais. Um exemplo disso é a obtenção de provas através da violação do domicílio, conforme estipulado no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal ¹⁴².

Badaró explica que, “A Constituição, ao assegurar a inadmissibilidade processual da prova ilícita, estabeleceu uma “ponte” entre os dois planos, do direito material e do direito processual.”¹⁴³ Isso significa que uma violação de uma norma material, como a violação de correspondência, agora acarreta não apenas uma punição no âmbito material, como a pena pelo crime correspondente, mas também uma sanção no campo processual, com a inadmissibilidade dessa prova. Em resumo, as provas ilícitas são sancionadas tanto no aspecto material, com a aplicação da pena pelo delito cometido, quanto no processo, onde são consideradas inadmissíveis.

Apesar da Constituição vedar expressamente a admissão de provas obtidas por meios ilícitos no processo, não esclarece de maneira inequívoca a consequência de sua aceitação.

No entanto, a redação do art. 157 do CPP ¹⁴⁴ estabeleceu explicitamente que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, reforçando sua inadmissibilidade.

Segundo Rangel ¹⁴⁵ “A prova ilícita é violadora do direito material”. Em suma, a prova ilícita transgredir o direito material, seja desrespeitando

¹⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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; (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

¹⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. p 284

¹⁴⁴ Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal. Art. 157**. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) **§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹⁴⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. p 603

normas que a proíbem (como a tortura), seja por não atender aos requisitos normativos para sua obtenção (como a obrigação de possuir mandado de busca e apreensão para adentrar ao domicílio).

Neste capítulo explorou-se a definição do processo penal e seu papel na sociedade, abordando a origem da instituição, sua evolução histórica e legislativa, com destaque para sua relação com seus princípios. Além disso, discutiu-se a produção de provas no processo penal com ênfase e conceito e objeto da prova, analisando sua abordagem na Constituição Federal de 1988.

Por fim, o próximo e último capítulo abordará a temática da ilegalidade da violação de domicílio sem autorização com uma análise minuciosa do tipo penal de violação de domicílio previsto no artigo 150 do código penal. Será analisada em uma abordagem detalhada dada à jurisprudência pelo Superior Tribunal de Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre a exigência do standard probatório para ingresso policial em domicílio sem mandato, além da análise da necessidade das fundamentações para o ingresso no domicílio nulidades dos atos praticados por essa instituição. Finalizando com a assunto principal da ausência do registro videográfico durante a abordagem policial e a invalidação a violação domiciliar.

Capítulo 3

A ILEGALIDADE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO SEM AUTORIZAÇÃO

3.1 ANÁLISE DO TIPO PENAL DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO PREVISTO NO ART. 150 DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal visa proteger não apenas a posse ou propriedade, mas especialmente a liberdade privada e doméstica do indivíduo, punindo a perturbação ilegal dessa esfera.” A casa é (ou deveria ser) para o homem o local certo para o encontro do sossego. A violação do lar configura, assim, um ataque ilegítimo a essa tranquilidade.”¹⁴⁶

Destaca-se a inviolabilidade domiciliar como um direito fundamental do indivíduo, conforme estabelecido pela própria Constituição Federal, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XI¹⁴⁷:

Além do artigo constitucional, o artigo 150 do Código Penal disciplina as circunstâncias nas quais se configura a violação do domicílio de alguém, ocasionando perturbação da paz do lar:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - (Revogado pela Lei nº 13.869, de 2019) (Vigência)

¹⁴⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. Pagina. 202

¹⁴⁷ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero¹⁴⁸.

No intuito de melhor entendimento do artigo, é importante ressaltar que o dispositivo legal aborda dois elementos de conduta fundamentais: entrar e permanecer. Greco ¹⁴⁹esclarece tais elementos:

Entrar, aqui, no sentido empregado pelo texto, significa invadir, ultrapassar os limites da casa ou suas dependências. Pressupõe um comportamento positivo. Permanecer, ao contrário, deve ser entendido no sentido de não querer sair. Só permanece, portanto, quem já estava dentro lícitamente, visualizando-se, assim, um comportamento negativo.

O referido artigo explana sobre os conceitos jurídicos de ingresso e permanência em um contexto domiciliar, definindo o primeiro como a invasão e transgressão dos limites da residência e o segundo como a recusa em sair. Para que a violação de domicílio ocorra, é imprescindível que tais ações sejam realizadas clandestinamente ou contra a vontade do ocupante legítimo. Aníbal Bruno ¹⁵⁰contribui com esclarecimentos acerca desses conceitos:

Clandestina quando o agente entra ou permanece ocultando-se, dissimulando-se para que ninguém o perceba. Astuciosamente, quando se apresenta atribuindo-se, por exemplo, condição que não possui, como a de guarda sanitário ou de empregado da companhia de gás ou luz, tentando induzir em erro os que tomam conta da casa,

¹⁴⁸ Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**

¹⁴⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 542

¹⁵⁰ BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. Pagina. 380.

ou lançando mão de outro ardil qualquer com que procure afastar ou iludir a vigilância.

Nos termos do artigo 150 do Código Penal, a violação de domicílio ocorre quando alguém ingressa ou permanece em uma residência contra a vontade expressa ou tácita do morador. A vontade expressa é claramente manifestada pelo titular do domicílio, enquanto a vontade tácita refere-se à permissão implícita ou à não tolerância ao ingresso de terceiros na residência. Cunha ¹⁵¹discorre “Para a configuração do tipo, indispensável é a presença do dolo, consistente na vontade consciente de violar domicílio alheio contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito.”

Hungria ¹⁵² menciona sobre a faculdade de exclusão ou admissão exercida pelo ocupante do domicílio:

É ao morador, seja a que título for (proprietário, locatário, arrendatário, possuidor legítimo, usufrutuário, hóspede etc.), que cabe a faculdade de excluir ou admitir os *extranei*. O *jus prohibendi* pode ser exercido pelo ocupante *more domestico* até mesmo contra o proprietário ou sublocador, pois ele é a pessoa que a lei indica com a expressão quem de direito.

O artigo 150 do Código Penal se refere ao detentor desse direito à pessoa com autoridade legal para permitir ou negar o acesso à sua casa. Essa autoridade pode ser determinada por relações de subordinação ou igualdade entre os ocupantes da residência. Greco ¹⁵³explica:

O regime de subordinação é caracterizado pela relação de hierarquia existente entre os diversos moradores. Assim, por exemplo, os pais ocupam uma posição hierárquica superior em relação aos filhos que são dependentes deles e que ainda vivem sustentados por eles sob o mesmo teto. Em escolas, estabelecimentos comerciais etc., devemos apontar aquele que, hierarquicamente, possui autoridade para permitir ou impedir o acesso de pessoas àqueles locais.

Ao contrário, quando estamos diante de um regime de igualdade, compete a todos os moradores, igualmente, o poder de permitir ou impedir o ingresso de pessoas no local onde elas se encontram.

¹⁵¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. Pagina. 204

¹⁵² HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI. Pagina. 210

¹⁵³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 543

Este conceito é elucidado através da diferenciação entre dois regimes: o regime de subordinação, no qual a pessoa autorizada é estabelecida por relações hierárquicas (como o proprietário em relação ao inquilino), e o regime de igualdade, no qual qualquer ocupante da residência pode exercer esse direito, independentemente de sua posição jurídica em relação aos demais ocupantes.

O dispositivo do artigo 150 do Código Penal define a violação de domicílio como o ato de adentrar clandestina, astuciosa ou ostensivamente em uma residência ou suas dependências contra a vontade expressa ou tácita da pessoa que detém o direito de decisão sobre a entrada. Adicionalmente, para fins de determinação do crime de violação de domicílio, o parágrafo 4º e 5º desse mesmo artigo delimita o conceito de casa:

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

- I - qualquer compartimento habitado;
- II - aposento ocupado de habitação coletiva;
- III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

- I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;
- II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero¹⁵⁴

O dispositivo legal não apenas menciona o termo casa, mas também abrange o conceito de violação de domicílio quando ocorre o ingresso e a permanência em suas dependências. Noronha ¹⁵⁵explica que:

devem entender-se os lugares acessórios ou complementares da moradia ou habitação: jardim, quintal, garagem, pátio, adega etc. Claro é que tais lugares não devem ser franqueados ao público. Por vezes encontramos em bairro de ricas residências jardins não cercados, que não serão, por isso, *dependências*, mesmo porque neles não se *entra*. O que caracteriza a dependência, além do que se disse, é o fato de se avizinhar da moradia e corresponder as necessidades da atividade nesta desenvolvida. Assim, Eusébio Gómez lembra um exemplo de Marcara, de extensíssimo parque, pertencente a um plutocrata, que tem a uma distância de cinco quilômetros da casa um abrigo rústico qualquer; se alguém aí penetrar, não viola o domicílio, por não perturbar a paz do proprietário

¹⁵⁴ Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**

¹⁵⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. vol. 1-2. Pagina 173

Em suma, as dependências para efeitos de violação de domicílio incluem lugares acessórios ou complementares à moradia, como jardins, quintais, garagens, entre outros, desde que não sejam abertos ao público. Além disso, esses espaços devem estar próximos à moradia e atender às necessidades da atividade ali desenvolvida.

3.1.1 Sujeitos do crime

Em virtude de sua natureza de crime comum, o delito de violação de domicílio permite que qualquer indivíduo, incluindo o proprietário do imóvel, possa assumir a qualidade de sujeito ativo, como menciona Cunha ¹⁵⁶“qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, inclusive o proprietário (locador), ao invadir a casa do inquilino (locatário) sem autorização deste (crime comum)”. Assim, se o proprietário de um imóvel adentrar sem o consentimento do locatário, com o propósito de realizar uma inspeção para identificar danos, estará sujeito à responsabilização pelo delito de violação de domicílio, em conformidade com as disposições legais vigentes.

Quando tratado do sujeito passivo do crime de violação de domicílio, conforme delineado no artigo 150 do Código Penal, não se limita apenas à pessoa à qual a lei concede o direito de autorizar ou recusar a entrada em sua residência.

Segundo Greco¹⁵⁷:

Na verdade, não somente a pessoa a quem a lei atribui a faculdade de negar ou consentir o ingresso em sua casa pode ser considerado sujeito passivo do crime de violação de domicílio. Isso porque, como no delito em estudo se procura proteger a paz doméstica, a tranquilidade no lar, a liberdade que todos nós temos o direito de exercer dentro de nossa casa, qualquer morador poderá figurar como sujeito passivo da referida infração penal.

Dessa forma, o sujeito passivo do crime de violação de domicílio não se restringe à pessoa autorizada a conceder ou negar acesso à sua residência. Com efeito, abarca qualquer morador, haja vista o propósito da norma penal em

¹⁵⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. pag. 202

¹⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 546

preservar a paz e a tranquilidade do lar, assegurando a liberdade a todos os residentes, independentemente de sua posição hierárquica ou de convivência.

Em situações de habitação familiar, quando ocorre um conflito de decisões, a vontade dos pais terá prioridade. Contudo, se o filho for maior e o imóvel estiver registrado em seu nome, sua vontade prevalecerá.

Greco ¹⁵⁸sustenta que:

Imagine-se a hipótese daquele que, contra a vontade de quem de direito, ingresse numa casa em que toda a família (pais e filhos) esteja reunida, participando de uma confraternização íntima. Aqui, não somente os pais, titulares do direito de impedir ou permitir o acesso de pessoas àquele local, podem ser considerados sujeitos passivos, como também seus filhos, que veem sua liberdade abalada com o ingresso não permitido de pessoa naquele ambiente, perturbando-lhes, também, a tranquilidade do lar.

Essa distinção leva em consideração a autoridade e responsabilidade dos pais sobre os filhos e reconhece a autonomia e os direitos do filho maior em sua propriedade.

Em situações de habitação coletiva onde há igualdade entre os moradores, Cunha ¹⁵⁹disserta que “Se na habitação coletiva houver um regime de igualdade entre os vários moradores (ex.: república de estudantes), o conflito de vontades é solucionado pela aplicação do princípio *melior est conditio prohibentis*”, determinando que prevaleça a decisão daquele que proibiu a entrada na residência.

Nos edifícios, cada morador, seja proprietário ou inquilino, detém o direito de objetar a entrada ou permanência de pessoas estranhas em sua unidade de apartamento ou nas áreas comuns.

Noronha ¹⁶⁰pondera que:

Tratando-se de prédios de habitação coletiva ou apartamento, não há dúvida alguma quanto ao lugar ocupado pelos moradores. Somente a

¹⁵⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 546

¹⁵⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. Pagina. 202

¹⁶⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. vol. 1-2. Pagina 169

respeito dos de uso comum (átrios, vestibulos, corredores, escadas etc.) é que podem surgir dificuldades. Em princípio, pertencentes ao prédio, cada um dos moradores é titular do direito de exclusão-admissão do estranho a esses lugares. Se, entretanto, divergem, aplica-se ainda o princípio do *melior est conditio prohibentis*, sempre que a proibição corresponda a um interesse jurídico do opositor (não por mero capricho, despeito etc.) e não prejudique interesse equivalente ou maior daquele que permite.

Desta forma, cada morador tem o direito de contestar a entrada ou permanência de estranhos em sua unidade ou nas áreas comuns. No entanto, essa discordância não deve prejudicar o direito equivalente de outro morador.

3.1.2 Consumo e Tentativa

Na visão de Greco¹⁶¹, o delito se consuma com “efetivo ingresso do agente na casa da vítima ou em suas dependências, ou no momento em que se recusa a sair, quando nela havia ingressado inicialmente de forma lícita”. Em suma, o crime de violação de domicílio ocorre quando alguém entra em uma residência alheia sem autorização do responsável ou decide permanecer no local contra a vontade do titular do domicílio.

A doutrina majoritária sustenta que simples hesitações, como demorar a sair de um local quando solicitado, não configuram o crime de violação de domicílio, a menos que haja uma recusa prolongada. No entanto, há divergências quanto à possibilidade de configuração de tentativa no caso de permanência no local.

Bitencourt ¹⁶²defende que é teoricamente admissível:

A tentativa, embora de difícil configuração, é, teoricamente, admissível. Há tentativa quando o agente, pretendendo entrar na casa da vítima, é impedido por esta; ou quando o agente, convidado a retirar-se, pretendendo permanecer no interior da casa alheia, é retirado para fora.

O entendimento é da admissibilidade da tentativa na modalidade de permanência. Para ele, se alguém pretende permanecer na casa da vítima, mas é

¹⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 546

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. Pagina. 267.

expulso antes de ficar tempo suficiente para configurar o crime consumado, isso constitui tentativa.

No entanto, Greco ¹⁶³discorre que:

quando o agente, já no interior da casa, por exemplo, convidado a se retirar, diz, peremptoriamente, que dali não sairá, nesse instante, segundo entendemos, já estará configurada a violação de domicílio, mesmo que no momento imediatamente seguinte seja dali retirado por pessoas que façam a segurança local.

Neste entendimento que a violação de domicílio ocorre quando o agente, já dentro da casa, se recusa a sair após ser solicitado, mesmo que seja removido logo em seguida por seguranças, por exemplo.

Em síntese, enquanto a maioria da doutrina entende que simples hesitações não configuram violação de domicílio, surgem divergências sobre a tentativa no caso de permanência no local.

3.1.3 Elemento Subjetivo

O dolo, tanto direto quanto eventual, é o elemento subjetivo essencial do crime de violação de domicílio. O agente deve agir com a intenção de entrar ou permanecer em uma residência alheia, mesmo ciente do desacordo expresso ou implícito do responsável.

Nucci¹⁶⁴, no entanto, exclui a possibilidade:

Não há forma culposa, nem tampouco elemento subjetivo específico. Entretanto, deve-se ressaltar que a existência no tipo da expressão 'contra a vontade de quem de direito' faz com que o dolo eventual torne-se figura incompatível. Não se pode assumir o risco de estar ingressando no lar alheio contra a vontade do morador: ou quem ingressa sabe que não pode fazê-lo ou tem dúvida, o que é suficiente para afastar o dolo.

Em suma a argumentação é que o agente não pode assumir o risco de entrar em uma residência alheia contra a vontade do morador, seja por ter

¹⁶³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 547

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 3. e d . S ã o Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Pagina. 473.

plena consciência de sua conduta ou por ter dúvidas, o que é o bastante para afastar o dolo eventual.

3.1.4 Qualificadoras

O §1º do art. 150 do Código Penal ¹⁶⁵estabelece circunstâncias agravantes para o crime de violação de domicílio. Essas circunstâncias incluem o cometimento do crime durante a noite, em local ermo, com violência, com o uso de arma ou por duas ou mais pessoas. Em tais casos, a pena para o crime é aumentada consideravelmente.

A determinação do período noturno é fundamental ao examinar as circunstâncias agravantes no delito de violação de domicílio. A razão pela qual o ordenamento jurídico classifica como qualificadora a violação de domicílio perpetrada durante a noite, na visão de Greco ¹⁶⁶ “foi pela maior facilidade para a prática do delito”, a qualificadora relativa ao período noturno se configura quando a invasão não autorizada ocorre desde o anoitecer até o alvorecer.

Quando tratado de lugar ermo, nas palavras de Cunha ¹⁶⁷ é definido “praticar o crime em lugar ermo (deserto, faltando habitantes nas cercanias, ainda que momentaneamente) facilita a prática do crime, dificultando o auxílio à vítima, revelando maior ameaça ao bem jurídico tutelado”. Em suma refere-se a áreas habitualmente solitárias e distantes de socorro, como uma casa isolada em região pouco habitada, onde os vizinhos não podem oferecer auxílio imediato.

A qualificação da violação de domicílio pelo emprego de violência pela visão de Aníbal Bruno¹⁶⁸, “Violência é a força física com que se anula a oposição do morador, violência contra a pessoa ou contra coisas, praticada pelo

¹⁶⁵ **Art. 150 § 1º** - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência. (Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**)

¹⁶⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 549

¹⁶⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. pag. 205

¹⁶⁸ BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 384.

agente para entrar no domicílio ou nele permanecer", ou seja, refere-se ao uso de força física, podendo ser direcionada tanto contra a pessoa quanto contra objetos.

Em sentido contrário Greco ¹⁶⁹expõe que:

O emprego de violência, que qualifica a violação de domicílio, é aquele exercido contra a pessoa, ou seja, a chamada *vis corporalis*, não qualificando a violação de domicílio a violência dirigida à destruição da coisa para o ingresso do agente em casa alheia ou em suas dependências, bem como a ameaça (*vis compulsiva*), desde que não exercida com o emprego de arma. Assim, entendemos que aquele que, com a finalidade de violar o domicílio da vítima, arromba a porta de entrada de sua casa não comete o delito na modalidade qualificada, ajustando-se o seu comportamento ao caput do art. 150 do Código Penal.

A ideia aqui tratada é a de não qualificar a violação de domicílio pelo uso de violência contra a coisa. Isso porque tal interpretação seria desproporcional e contrária ao princípio da proporcionalidade.

O uso de arma, seja ela própria ou imprópria, qualifica o crime de violação de domicílio. Mesmo que o agente se aposse da arma apenas durante a ação criminosa no interior do imóvel, a qualificadora se aplica.

De acordo com Fragoso¹⁷⁰:

bastará, todavia, a intimidação tácita, que se verifica quando o agente porta a arma ostensivamente. A ofensa à liberdade individual é, nestes casos, maior, pela intranquilidade que gera o emprego da arma, não sendo de se desprezar a circunstância do maior perigo que acarreta.

Neste sentido a ostentação da arma pelo agente é suficiente para caracterizar a intimidação. Após a revogação da Súmula 174 do STJ, o uso de arma de brinquedo não mais qualifica o crime.

A qualificação por concurso de pessoas no crime de violação de domicílio exige que os envolvidos ajam conjuntamente com o propósito de invadir ou permanecer em uma residência alheia. A mera presença com outras pessoas não é

¹⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de janeiro. Impetus, 2015. Pagina. 549

¹⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - Parte especial (arts. 121 a 160 CP)**. 6. e d. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Pagina 234.

suficiente para a qualificação do delito, para Greco ¹⁷¹é “fundamental que ajam unidas por esse propósito, ou seja, ligadas pelo vínculo psicológico característico do concurso de pessoas”.

Em sentido contrário, Bitencourt ¹⁷²discorre que:

O concurso de pessoas, por si só, dificulta, quando não elimina, as possibilidades de resistência da vítima; torna muito mais grave o desvalor da ação praticada em concurso, independentemente da natureza da participação de cada um, se coautoria ou participação em sentido estrito. Quando o Código exige participação efetiva na execução do crime, fá-lo expressamente, como ocorre no art. 146, § 1º; logo, a contribuição do partícipe também é computada.

Nesta linha, o concurso de pessoas aumenta a gravidade do crime, independentemente do papel desempenhado por cada um dos envolvidos. Destaca-se que, quando o Código Penal exige participação efetiva na execução do crime, isso é explicitamente mencionado, indicando que a contribuição do partícipe deve ser considerada.

3.1.5 Exclusão do Crime

O parágrafo 3º do artigo 150 do Código Penal ¹⁷³disciplina exceções nas quais a entrada ou permanência em domicílio alheio não configura crime. Essas exceções abrangem a entrada diurna para efetuar prisão ou diligência, em conformidade com a previsão constitucional, e a entrada a qualquer momento do dia ou da noite quando há prática de crime ou iminência deste no local.

A Constituição Federal reforça, no inciso XI do seu art. 5º ¹⁷⁴a inviolabilidade do domicílio, salvo em circunstâncias específicas, como em caso de

¹⁷¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina. 550

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - v. 2: parte especial (arts. 121 a 154-B): crimes contra a pessoa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 448-449

¹⁷³ **Art. 150 § 3º** - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas pendências: I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. (Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**)

¹⁷⁴ **Art. 5, XI** - a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.)

flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, além da entrada durante o dia por determinação judicial.

Greco ¹⁷⁵ menciona:

Merece destaque, ainda, o fato de que a lei penal menciona, a fim de permitir o ingresso forçado em casa alheia, a prática de crime, não se referindo, outrossim, à contravenção. Nesse caso, entendemos que a Constituição Federal aumentou as hipóteses de ingresso em casa alheia contra a vontade de quem de direito, pois mencionou tão somente a situação de flagrante delito, que poderá ocorrer tanto nas hipóteses de cometimento de crimes quanto na prática de contravenções penais.

Dessa forma, em síntese, todas as circunstâncias mencionadas tanto na Constituição Federal quanto no próprio Código Penal referem-se a motivos justificáveis, que visam a eliminar a ilegalidade da conduta praticada pelo agente.

3.1.6 Conceito de Casa

Para esclarecer o conceito de casa, o § 4º do art. 150 do Código Penal¹⁷⁶ estabelece que inclui qualquer espaço habitado, quartos em residências compartilhadas e locais não acessíveis ao público onde alguém trabalha.

A definição de casa como qualquer compartimento habitado, conforme explicado por Cezar Roberto Bitencourt¹⁷⁷, “é ampla o suficiente para abranger moradias temporárias ou transitórias. Não é necessário que a habitação seja fixa”. De maneira geral, para caracterizar uma casa, não é necessário que ela esteja permanentemente fixada em um local específico, incluindo-se espaços transitórios ou improvisados, como abrigos sob pontes ou quartos de pensões.

Conforme Hungria¹⁷⁸, também abrange como dependências:

¹⁷⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina. 553

¹⁷⁶ **Art. 150 § 4º** - A expressão "casa" compreende: **I** - qualquer compartimento habitado; **II** - aposento ocupado de habitação coletiva; **III** - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. (Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**)

¹⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II. p. 474.

¹⁷⁸ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI. p. 217.

embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita, serve ao exercício da atividade individual privada. Assim, o escritório do advogado, o consultório do médico, o gabinete do dentista, o laboratório do químico, o atelier do artista, a oficina do ourives etc. A atividade do cidadão, nos tempos modernos, é múltipla e não se exerce apenas no limite estrito da casa de moradia, e há necessidade de tutelar essa atividade em todos os lugares onde ela se abriga.

Cunha ¹⁷⁹sustenta que:

Alertamos que "casa" não é somente o recinto em que alguém, permanente ou transitoriamente, mora. É também qualquer construção, aberta ou fechada, imóvel ou móvel (ex.: um trailer), individual ou coletiva, dispensando a presença dos moradores. Contudo, quem toma a intimidade de casa vazia, à venda, não pratica o crime, vez que não habitada.

O conceito de casa deve ser interpretado de maneira ampla, englobando qualquer espaço habitável, mesmo que seja utilizado ocasionalmente, sem levar em consideração sua finalidade específica, bem como suas áreas adjacentes.

O § 5^{180º} esclarece o que não pode ser considerado como casa, abrangendo hospedarias, estalagens e outras habitações coletivas em funcionamento, bem como tavernas, casas de jogo e estabelecimentos similares.

Segundo Cunha¹⁸¹, “tais estabelecimentos, depois de fechados, tornam-se, obviamente, privados”, tendo caracterizada a proibição de entrada sem autorização. A lista é mencionada no inciso II é apenas exemplificativa, permitindo ao intérprete identificar outros tipos de estabelecimentos similares.

3.1.6 Ação Penal

¹⁷⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. p. 207

¹⁸⁰ **Art. 150 § 5º** - Não se compreendem na expressão "casa": I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.. (Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**)

¹⁸¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. p. 208

O artigo 150 do Código Penal estabelece pena de detenção ou multa para a violação de domicílio, podendo chegar a 2 anos se a violação for qualificada. A competência “pelo menos *ab initio*, para julgamento da infração penal prevista pelo tipo fundamental da violação de domicílio será do Juizado Especial Criminal”, ¹⁸²desde que a pena máxima não ultrapasse dois anos, exceto se cometida por funcionário público. Nesses casos, aplicam-se os institutos da Lei no. 9.099/95, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. A ação penal é pública e incondicionada.

3.2 DELIMITAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA MATÉRIA

A análise realizada tem como objetivo abordar as questões fundamentais relacionadas ao direito à inviolabilidade do domicílio, em casos semelhantes. Nesse sentido, é crucial examinar minuciosamente os aspectos legais jurisprudenciais envolvidos, garantindo uma interpretação consistente e precisa da legislação.

3.2.1 Exigência de Standard Probatório para Ingresso Policial em Domicílio Suspeito sem Mandado Judicial:

No Brasil, há uma progressiva adoção da teoria dos standards de prova, que são critérios para determinar o nível de confirmação necessário para que um fato seja considerado provado pelo julgador.

Badaró ¹⁸³leciona que, “standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado”. Em suma, isso é essencial para assegurar a justiça e a legitimidade das decisões.

Neste sentido Ministro Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do Habeas Corpus número 598051/SP ¹⁸⁴traz que:

¹⁸² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015. p. 555

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 236

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598051/SP**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão Julgador: 6ª T.. Julgado em 3 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, RSTJ vol. 261.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA

O voto do relator:

1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

No caso em questão a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que, nos casos de ingresso em domicílios para investigações criminais sem prévia autorização judicial, os agentes policiais devem documentar por meio de gravação audiovisual o consentimento do morador, visando assegurar a transparência e a conformidade com as normas legais.

O Ministro Rogerio Schietti Cruz¹⁸⁵, ainda aduz que:

Todas as restrições de direitos fundamentais devem ser fundamentadas e controláveis, garantindo que o julgador atue de forma independente e imparcial. Isso é essencial para assegurar a justiça e a legitimidade das decisões, inclusive em ações envolvendo órgãos de segurança pública, onde a conformidade com critérios legais e axiológicos determina a legalidade das ações.

A expectativa é que o julgador, ao limitar direitos fundamentais, use critérios objetivos para garantir independência e imparcialidade. Isso inclui fundamentar suas decisões em evidências sólidas e respeitar o direito aplicável.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598051/SP**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão Julgador: t6 - sexta turma. Julgado em 3 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, RSTJ vol. 261.

Esses critérios devem ser observados por todos os agentes estatais para assegurar a legalidade ao restringir direitos individuais.

3.2.2 Necessidade das fundamentações para o ingresso no domicílio:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO¹⁸⁶ definiu que a entrada coercitiva em domicílio sem ordem judicial, mesmo durante o período noturno, é válida apenas quando existirem justificativas sólidas que evidenciem a ocorrência de flagrante delito. Esta decisão estabelece que a falta de tais justificativas pode resultar na responsabilização do agente ou autoridade envolvida, bem como na anulação dos atos praticados.

Conforme exposto:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. [...]

2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.

3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.

4. Controle judicial a *posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5º, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.

5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.616/RO**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 5 de novembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, edição número 093.

Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. [...]

Em suma, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é válida apenas quando há fundadas razões, conforme o artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal. Essas razões devem ser justificadas pelas circunstâncias específicas do caso, indicando a ocorrência de flagrante delito dentro da residência, independentemente do horário.

No julgamento do RE n. 603.616/RO, os julgadores proferiram manifestações significativas, elucidando o cerne da questão em análise. O voto do Relator Ministro Gilmar Mendes¹⁸⁷, ressaltou a prática policial de abordagens em pessoas moradoras de "comunidades em situação de maior vulnerabilidade social", que são "especialmente suscetíveis de serem vítimas de ingerências arbitrárias e abusivas em domicílios". E completa:

Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia. Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação.

Na conclusão, ressaltou-se a importância de aprimorar a interpretação jurisprudencial para proporcionar mais segurança jurídica. Propondo definir a exigência de justa causa, passível de revisão posterior, para buscas domiciliares, visando proteger tanto os cidadãos quanto os policiais de abusos ou crimes.

Neste sentido o Ministro Rogerio Schietti Cruz¹⁸⁸, sustenta que:

É preciso, neste ponto, enfatizar que, ao contrário do que se dá em relação a outros direitos fundamentais, **o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência**. Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.616/RO**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 5 de novembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, edição número 093.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598051/SP**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão Julgador: 6ª T. Julgado em 3 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, RSTJ vol. 261.

ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência.

Portanto, a menos que seja possível evidenciar a urgência da medida extrema contra a inviolabilidade do domicílio, que dispensaria a obtenção do mandado judicial, não existirá justificativa válida para a redução dessa proteção constitucional.

3.2.3 A ausência do registro videográfico durante a abordagem policial e a invalidação a violação domiciliar:

O cerne desta questão é trazer uma análise da necessidade de uma postura assertiva por parte dos tribunais brasileiros na análise da comprovação do consentimento do morador em prisão em flagrante resultantes de invasões policiais em domicílios.

Atualmente, não existem requisitos claros para evitar abusos em buscas domiciliares, exceto a advertência do art. 248 do CPP¹⁸⁹. Isso é especialmente relevante em casos de suposto flagrante por tráfico de drogas, onde a autorização do morador ou do suspeito para entrada no domicílio é informada pelo auto de flagrante.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se a indagação do Ministro Ricardo Lewandowski¹⁹⁰, durante a análise da já mencionada RE n. 603.616/RO:

A minha preocupação é que, se não colocarmos alguma limitação ou alguma responsabilização, sabemos como as coisas acontecem na vida real. A Polícia invade, arrebenta, sobretudo, com casas mais humildes, e depois dá uma justificção qualquer, a posteriori, de forma oral, na delegacia de polícia. Eu penso que seja necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis.

¹⁸⁹ **Art. 150 § 5º** - Não se compreendem na expressão "casa": I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.. (Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**)

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.616/RO**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 5 de novembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, edição número 093.

A jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, ainda não estabeleceu uma posição definitiva sobre esse assunto. No STJ, há precedentes desde 2017 que propõe critérios para validar o consentimento do morador:

Diz a ementa:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DA ACUSADA. RECURSO NÃO PROVIDO ¹⁹¹.

A análise foi baseada na fragilidade das suspeitas de tráfico de drogas que motivaram a ação policial. Não havia indícios concretos da prática delitiva, apenas vagas suposições baseadas em informações genéricas sobre a rua onde a ré residia. A abordagem policial, portanto, não encontrou respaldo na realidade dos fatos, violando a inviolabilidade do domicílio e carecendo de fundamentação legal.

Diante o exposto, o voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz determinara que os elementos probatórios obtidos mediante a violação do direito constitucional à inviolabilidade do domicílio são considerados ilícitos:

Portanto, pelo contexto fático delineado nos autos, em que pese a eventual boa-fé dos policiais militares, entendo que não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a invasão de domicílio. Eis a razão pela qual, dado que a casa é asilo inviolável do indivíduo, desautorizado estava o ingresso na residência da recorrida, de maneira que as provas obtidas por meio da medida invasiva são ilícitas, bem como todas as que delas decorreram, tal como decidiu o acórdão recorrido, ao concluir pela absolvição por ausência de prova da materialidade do crime imputado (fl. 235).

Em suma, a suspeita de tráfico de drogas não justifica busca sem ordem judicial. Descobertas acidentais durante invasões ilegais não validam

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.004 - RS**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão Julgador: 6ª T. Julgado em 7 de agosto de 2017. Data da publicação: DJe 31/08/2017.

provas, demonstrando que as provas obtidas por meio da violação da inviolabilidade do domicílio são ilícitas.

Os julgamentos recentes desta Corte evidenciam a insuficiência dos elementos para justificar a nulidade das provas obtidas mediante violação da inviolabilidade do domicílio:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. REEXAME DAS TESES JURÍDICAS. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Apenas se admitem embargos de declaração quando evidenciada deficiência no acórdão recorrido com efetiva obscuridade, contradição, ambiguidade ou omissão, conforme o art. 619 do CPP. 2. A decisão embargada, claramente, apontou que esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso desautorizado na residência do agente. Então, a abordagem dos agentes no quintal de uma residência, em local conhecido como ponto de tráfico, sendo que um deles empreendeu fuga para dentro do imóvel e o outro permaneceu parado, sendo encontrado com ele uma certa quantidade de entorpecentes, não autoriza o ingresso na residência, por não demonstrar os fundamentos razoáveis da existência de crime permanente dentro do domicílio. 3. Embargos de declaração rejeitados¹⁹²

Os embargos de declaração foram rejeitados, pois a decisão original ressaltou a necessidade de fundamentos razoáveis para justificar a entrada não autorizada em uma residência, especialmente em casos de crime permanente.

Ainda neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DENÚNCIA ANÔNIMA E FUGA DE INDIVÍDUO PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO PACIENTE, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 586.474/SC**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T, julgado em 22 de setembro de 2020, Data da publicação: DJe 29/09/2020.

admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista do flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte.

3. "a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida." (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

4. A existência de denúncia anônima de tráfico de drogas no local associada ao avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constituem fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: "campana que ateste movimentação atípica na residência"). Precedentes: RHC 89.853/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020; RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018; RESp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020; AgInt no HC 530.272/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 18/06/2020.

5. No caso concreto, a leitura do auto de prisão em flagrante demonstra que os policiais adentraram a residência do Paciente sem sua prévia permissão e sem prévia autorização judicial, baseados apenas em conhecimento prévio de que o local seria ponto de drogas, desacompanhada tal informação de outros elementos preliminares indicativos de crime, e no fato de que, ao ver a viatura policial, um rapaz que estava em frente à residência do Paciente teria corrido para o pátio de sua casa.

6. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião (23,8 gramas de cocaína, uma balança de precisão e um celular) deve ser considerada ilícita.

7. Já tendo havido condenação do paciente transitada em julgado, ancorada unicamente nas provas colhidas por ocasião do flagrante, deve a sentença ser anulada, absolvendo-se o paciente, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

8.

Agravo regimental do Ministério Público de Santa Catarina a que se nega provimento¹⁹³

Novamente nota-se ausência de justa causa e a nulidade das provas obtidas devido à invasão domiciliar sem permissão prévia ou ordem judicial. A entrada na residência ocorreu somente com base em uma denúncia anônima, sem outros elementos que indicassem a ocorrência de crime além da informação de que o local era um ponto de drogas.

O consentimento livre do morador para a entrada em seu domicílio é crucial, assim como o registro desse consentimento, garantindo a integridade do procedimento para suspeitos e policiais. O Superior Tribunal de Justiça desempenha um papel crucial na interpretação da lei federal, não apenas respondendo aos pedidos das partes, mas também estabelecendo precedentes para orientar julgamentos futuros semelhantes.

3.2.3.1 Do registro videográfico

Pitombo¹⁹⁴, ao discutir o assunto, destaca a importância da concordância do morador para a entrada de terceiros em sua residência:

há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresse. Inadmissível a simples autorização tácita. A menos que, de modo muito inequívoco, se possa constatar-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração, ou de ostensiva não-oposição à entrada. Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume

Nesta mesma linha é de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a utilização de câmeras nos uniformes policiais contribuiria para a comprovação de fundadas razões nas diligências.

Neste sentido mostra-se o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2101494/SP julgado em 2 de abril de 2024:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 585.150/SC**, Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, julgado em 04 de agosto de 2020, Data da publicação: DJe 13/08/2020.

¹⁹⁴ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 118

(25,62 G DE COCAÍNA). RECONHECIDA NULIDADE. PROVAS ILÍCITAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. BUSCA PESSOAL. NERVOSISMO. CARÁTER PERMANENTE DO CRIME. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CARÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NÃO VERIFICADA INVESTIGAÇÃO PRÉVIA OU CAMPANA NO LOCAL. AGRAVADO QUE SE CONTRAPÔS À VERSÃO APRESENTADA PELOS POLICIAIS QUE O APREENDERAM. ÓRGÃO ACUSADOR QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE COMPROVAR O QUANTO ALEGADO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior entende ser necessária investigação prévia, ainda que breve, ou campana no local para a configuração do imprescindível flagrante a justificar a abordagem pessoal. 2. No caso concreto, o Tribunal de origem asseverou que policiais militares estavam em patrulhamento quando perceberam que o acusado, ao avistar a viatura, começou a correr e desfez-se da sacola que portava, no terreno do imóvel vizinho à sua casa. Dessa forma, o que teria motivado a abordagem pessoal seria apenas um possível nervosismo do agravado bem como o fato do mesmo ter abandonado uma sacola, o que, em tese, poderia justificar a busca impugnada. 3. Consta, porém, da sentença condenatória, que o agravado sustentou que, na data dos fatos, estava em frente a sua residência para esperar a entrega de um açaí que havia pedido. Então, visualizou os policiais militares. Na ocasião estava apenas de bermuda. Os policiais militares o abordaram e nada de ilícito foi localizado. Durante a abordagem, passou a ser agredido pelos policiais militares, em razão de seu histórico criminal. Tocou a campainha para buscar a ajuda de sua mãe, sem sucesso. Voltou a ser agredido e, por medo, saiu correndo. Subiu no telhado da residência de um vizinho e acabou caindo. Não trazia droga consigo. Não comercializa nem faz uso de entorpecente. Não arremessou nenhuma sacola com cocaína. Fugiu porque foi agredido pelos policiais militares (fl. 366). 4. Há, assim, um confronto de versões, inexistindo prova outra que não a palavra policial, de que o agravado teria tentado fugir e abandonado uma sacola. Nesse contexto, caberia ao órgão acusador apresentar provas que corroborassem o que foi alegado pelos agentes do estado, o que não ocorreu. 5. A necessidade de provas outras que não apenas o depoimento dos policiais responsáveis pela abordagem, principalmente nos casos onde tal versão é contestada, se justifica não só em razão da exigência de provas irrefutáveis e suficientes para condenação como também pelo fato de que hoje existem meios suficientes de que tais provas venham a ser produzidas sem maiores dificuldades. O uso de câmeras corporais por ocasião da abordagem certamente deixaria claro qual das versões no caso efetivamente ocorreu. Fica evidente que o Estado optou por não se aparelhar de forma suficiente para produzir provas necessárias para eventual condenação. 6. Agravo regimental desprovido¹⁹⁵

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 2101494/SP**, Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, 6ª T, julgado em 2 de abril de 2024, Data da publicação: DJe 25/04/2024

No caso exposto, o Superior Tribunal de Justiça anulou as evidências derivadas de uma incursão à residência de um indivíduo suspeito de envolvimento com o tráfico de entorpecentes. A maioria dos membros do colegiado decidiu que, em caso de dúvida entre as versões apresentadas, deve-se privilegiar a versão do suspeito. O ministro Sebastião Reis Júnior, relator do caso, ressaltou que:

Não há comprovação do quanto alegado pelos policiais militares. Com efeito, verifica-se uma contraposição de versões. Caberia, então, ao órgão acusador provar a circunstância que autorizou a busca, fato este que não ocorreu. Tenho dito com frequência que situações como esta, em que há conflito de narrativas, poderiam ser solucionadas caso a polícia utilizasse de meios modernos de controle de sua atividade, como o uso de câmeras. Se registrada a abordagem, bem como seus momentos anteriores, não teríamos dúvida se os fatos ocorreram de acordo com o que foi descrito pelos policiais ou de acordo com o que foi narrado pelo recorrente. Havendo dúvidas, entendo não estarem provadas as alegações do órgão acusador que afastariam a alegação de falta de justa causa para a busca pessoal.

A argumentação teve como referência um precedente marcante alterando a interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o já mencionado o HC 598.051, julgado em 3 de março de 2021. Nesse caso, a 6ª Turma estabeleceu que a comprovação da autorização do morador para a entrada da polícia em sua residência deve ser feita pelos próprios agentes policiais.

No caso em referência, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estipulou que não apenas a obtenção de provas de maneira ilegal é condenável, mas também que a transgressão das normas e condições legais e constitucionais para ingresso em domicílio pode resultar em responsabilidade penal para os agentes públicos que realizaram a diligência.

Remetendo em situações de ilicitude na entrada em domicílio realizada por agentes das forças de segurança. Nesses casos, observa-se a possibilidade da prática do crime descrito no artigo 22 da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019), que consiste na invasão, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências.

Além disso, há a possibilidade da configuração do crime descrito no artigo 23, inciso II, da mesma lei, que tipifica a conduta de omitir dados ou

informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

Diante da análise realizada sobre a ausência de registro videográfico durante a abordagem realizada pelo agente policial e a invalidação a violação domiciliar, é possível concluir que tal prática não configura uma violação dos limites legais e constitucionais impostos a essa instituição. Isso se dá pelo fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal admite a entrada coercitiva em domicílio sem ordem judicial, mesmo durante o período noturno, quando existirem justificativas sólidas que evidenciem a ocorrência de flagrante delito.

No entanto, é fundamental ressaltar que essa prerrogativa deve ser exercida dentro dos limites legais, justificando a real necessidade de tal violação e munidos de provas já exemplificadas do consentimento do morador, ou seja, na falta de quaisquer destas prerrogativas será cabível a invalidade da violação domiciliar e qualquer demais provas que possam resultar desta prática ilegal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo investigar, analisar e compreender as implicações, legalidade e impacto da inviolabilidade de domicílio no Brasil sem o consentimento gravado em vídeo pelo morador, realizada pelo agente federal brasileiro, visando fornecer uma contribuição significativa para o debate sobre a invalidade de tal ação no sistema de justiça criminal e na segurança pública.

Para seu desenvolvimento lógico, o trabalho foi dividido em três capítulos:

O primeiro capítulo, foi destinado a realizar uma análise aprofundada do direito penal, sua origem, evolução histórica, enquadramento legal e função na sociedade, tendo em vista que o contexto inviolabilidade de domicílio como garantia fundamental na constituição.

Adentrou-se nas raízes históricas e legais do direito penal, revelando sua trajetória ao longo dos anos, bem como os detalhes sobre suas fases históricas adentrando em seus períodos mais importantes e suas escolas penais e a sua relevância para o entendimento e a formalização do código penal atual. Além disso, foi mergulhado nos princípios fundamentais do direito penal, e a necessidade da compreensão de tais princípios como a base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito conforme as diretrizes legais em vigor. Por fim, foi explorado a questão crucial da inviolabilidade de domicílio como garantia fundamental delineado, conforme previsão legal no artigo 5º, XI da Constituição Federal de 1988, realizando uma análise tal como controle externo da autorização constitucional para a violação de residência, e garantindo uma atuação eficiente e dentro dos parâmetros legais.

O segundo capítulo, apresentou as bases conceituais e jurídicas necessárias do processo penal e a produção de provas para compreender o contexto da inviolabilidade de domicílio como garantia fundamental na constituição, sendo apresentada uma introdução inicial das noções do processo penal com foco na noção histórica e o conceito do processo penal brasileiro.

De acordo com o estabelecido neste capítulo, foram apresentadas as bases essenciais do processo penal, abordando de forma detalhada as diferentes modalidades com sua relação aos seus princípios. Ainda assim, foram mencionadas sobre a produção de provas no processo penal com foco no conceito e objeto da prova. Essa análise proporcionou um entendimento amplo sobre as nuances do sistema penal brasileiro, preparando o terreno para a compreensão mais aprofundada das temáticas subsequentes.

O terceiro e último capítulo, abordou de maneira detalhada a legalidade da ilegalidade da violação de domicílio sem autorização do morador, explorando aspectos fundamentais que envolvem essa questão complexa.

Inicialmente, explorou-se uma análise minuciosa do tipo penal de violação de domicílio previsto no artigo 150 do código penal, destacando cada inciso e observando demais aspecto no qual visa proteger não apenas a posse ou propriedade, mas especialmente a liberdade privada e doméstica do indivíduo, punindo a perturbação ilegal dessa esfera. Destacando a ligação do presente artigo como um direito fundamental do indivíduo, conforme estabelecido pela própria Constituição Federal, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XI.

Por fim, foram exploradas as nulidades dos atos praticados pelo agente, com ênfase na jurisprudência relacionada à ausência do consentimento durante a abordagem policial invalida a violação domiciliar e a necessidade do de registro videográfico para tal comprovação, baseando na interpretação do Código de Processo Penal e pela própria Constituição Federal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, retoma-se a hipótese básica de pesquisa:

a) Observa-se a necessidade de comprovar a legalidade e a voluntariedade do consentimento do morador por meio de registros em áudio-vídeo para ingressar na residência do suspeito, evidenciando a responsabilidade do Estado, especialmente em cenários de incerteza. Essa medida, mesmo adotada por uma parcela reduzida de agentes em algumas áreas, evidencia a urgência de modernização do processo penal na Era da Informação. A crescente integração tecnológica e o acesso à internet ressaltam a importância de meios probatórios mais

confiáveis e menos suscetíveis a influências externas, em contraposição à dependência tradicional de testemunhos suscetíveis a subjetividades.

Entende-se que a invasão do domicílio sem o consentimento do morador realizada pelo agente, ao realizar prisões em flagrante, tem uma extensão substancial no contexto brasileiro, levando as implicações legais e práticas significativas. Esta ato pode afetar os direitos individuais dos cidadãos, gerar questionamentos sobre a legitimidade e levantar desafios para o sistema de justiça criminal, incluindo questões relacionadas à eficácia, à proteção dos direitos e à harmonização das funções das forças de segurança com a legislação vigente.

Como resultado de pesquisa, houve a confirmação da hipótese, pois conforme os entendimentos jurisprudenciais brasileiros, não ocorre necessariamente a violação desse direito quando a o agente realiza tal prisão mediante a uma justificativa posterior.

Contudo, é crucial ressaltar que essa necessidade de registro videográfico para tal comprovação merece reconhecimento e deve ser adotada como exemplo por todos os governos estaduais. Implementar o uso de equipamentos de registro para policiais pode contribuir significativamente para a redução da criminalidade, garantindo uma maior eficiência na coleta de provas e prevenindo abusos. Além disso, essa prática pode proteger os policiais contra falsas acusações e assegurar que as ações, como autuações em flagrante delito e ingresso em domicílio, sejam realizadas com justificativa adequada, incluindo a verificação do consentimento voluntário dos moradores

Essa medida, mesmo que adotada por apenas uma pequena parte dos agentes em algumas regiões, reflete a necessidade de modernização do processo penal na Era da Informação. A crescente integração tecnológica e o acesso à internet destacam a importância de novos meios probatórios mais confiáveis e menos suscetíveis a subjetividades, em contraste com a tradicional dependência de testemunhos que podem ser influenciados por diversos fatores.

Ao encerrar este trabalho, é inevitável refletir sobre a importância do tema abordado e o impacto que ele pode ter em diversos âmbitos da sociedade. Ao longo desta pesquisa, pudemos observar a necessidade de comprovar a

legalidade e a voluntariedade do consentimento do morador com um simples registro em áudio-vídeo para entrar na residência do suspeito e como tal evidência recai sobre o Estado, especialmente em situações de incerteza.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito pena**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal** . - Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. Decreto nº 678/1992. **Garantias Judiciais**. Brasília, DF, 6 de novembro de 1992.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, De 21 de outubro de 1969..** Dispõe sobre o

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848. Código Penal.**, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Define o crime de violação de domicílio**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasília, DF, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 585.150/SC**, Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, julgado em 04 de agosto de 2020, Data da publicação: DJe 13/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598051/SP**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão Julgador: 6ª T.. Julgado em 3 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, RSTJ vol. 261.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.004 - RS**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão Julgador: 6ª T. Julgado em 7 de agosto de 2017. Data da publicação: DJe 31/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 109.676** do Rio de Janeiro, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 14 de agosto de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 81.963**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado em Diário da Justiça em 28 de outubro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.616/RO**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 5 de novembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, edição número 093.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967 t. 1.

Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 10 mai 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 7. ed., rev., ampl. e atual., 2. Salvador, JusPODIVM. 2015.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo; Saraiva, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral**: São Paulo, Revista dos Tribunais, IELF, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. Pagina 16 - **Curso de Direito Penal - parte especial**. 12. ed. Vol 2. Rio de Janeiro. Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: Campinas, Bookseller, 1991.v. I. - Tratado de direito processual penal., v. 1. São Paulo, Saraiva, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal - Parte Especial**. v 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. - **Manual de processo penal e execução penal**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** -Parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.456- 457

SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.