

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

Bernardo Pires Sant Anna

**Do conceito jurídico de “casa” aplicado ao veículo automotor utilizado com propósito
laboral: uma abordagem baseada na privacidade e intimidade**

Florianópolis

2021

Bernardo Pires Sant Anna

**Do conceito jurídico de casa aplicado ao veículo automotor utilizado com propósito
laboral: uma abordagem baseada na privacidade e intimidade.**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cláudio Macedo de Souza.

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Anna, Bernardo Pires Sant

Do conceito jurídico de "casa" aplicado ao veículo
automotor utilizado com propósito laboral : uma abordagem
baseada na privacidade e intimidade / Bernardo Pires Sant
Anna ; orientador, Prof. Cláudio Macedo de Souza , 2021.
64 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. I. , Prof. Cláudio Macedo de Souza. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

Bernardo Pires Sant Anna

Do conceito jurídico de casa aplicado ao veículo automotor utilizado com propósito laboral: uma abordagem baseada na privacidade e intimidade.

Este estudo foi apresentado como trabalho de conclusão de Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, obtendo a nota final _____ atribuída pela banca examinadora constituída pelo professor orientador e membros abaixo mencionados.

Florianópolis, SC, 22 de setembro de 2021.

Banca examinadora:

Dr. Cláudio Macedo de Souza

Presidente

Me. Poliana Ribeiro dos Santos

Membro Titular 1

Andrey Lyncon Soares Bento

Membro Titular 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que fizeram parte e contribuíram nesta trajetória tão incrível da minha vida, em especial:

Aos meus pais, Sérgio e Andréa, e à minha irmã, Thayná, pelo amor, carinho, confiança e apoio em todos os momentos até aqui, principalmente por terem sido fundamentais neste sonho.

À minha namorada, Daniele, pelo amor, parceria e incentivo.

Ao orientador Prof. Dr. Cláudio Macedo, com papel fundamental, compartilhando toda a sua sabedoria e conhecimento.

Aos amigos e colegas de curso, em especial dos grupos 'Van' e 'Ius', pela amizade e parceria durante esses cinco anos de academia.

A todos os professores e servidores da UFSC que trabalham incessantemente por uma educação pública de qualidade.

RESUMO

Esta monografia objetiva compreender a interpretação extensiva do conceito jurídico de "casa" e sua relação com a arma de fogo de uso permitido apreendida em veículo automotor utilizado com propósitos laborais. As apreensões de armas letais têm sido cada vez mais frequentes pelas polícias rodoviárias no Brasil, sobretudo em situações em que no próprio veículo onde o artefato é apreendido o condutor desempenha sua atividade profissional. Embora a Suprema Corte reconheça a necessidade de se conferir a inviolabilidade domiciliar a estes recintos, com vistas a resguardar a intimidade e a privacidade do motorista, o Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado a tese de equiparação do veículo ao local de trabalho do condutor - quando utilizado profissionalmente -, para fins de tipificação do delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Assim, diante da existência de um aparente impasse na jurisprudência, a pesquisa trouxe o seguinte questionamento: "O espaço compreendido pelos veículos automotores deve ser considerado "casa" para fins de tipicidade penal da posse irregular de arma de fogo de uso permitido, quando utilizado como local de trabalho pelo seu condutor? Supõe-se que, com vistas a garantir a privacidade e a intimidade do motorista responsável pelo veículo, quando utilizado com vistas a desenvolvimento de atividade profissional, o espaço neste compreendido deve ser incorporado ao conceito de "casa" para fins de juízo de tipicidade de arma de fogo de uso permitido apreendida em seu interior, no mesmo sentido da inviolabilidade domiciliar reconhecida a estes recintos. Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se do exame do conceito legal, doutrinário e jurisprudencial de "casa" para, então, compreender os limites e as circunstâncias de sua interpretação extensiva, sobretudo onde alguém exerce atividade profissional, o que ocasiona diferentes reflexos na proteção jurídica.

Palavras-chave: posse de arma de fogo; inviolabilidade domiciliar; privacidade; intimidade.

ABSTRACT

The aim of this monograph is to comprehend the extensive interpretation of the legal concept of “home” and its relation to firearms of permitted use which are seized on motor vehicles used for labor purposes. The apprehension of lethal gun fires has been done more often by the highway patrol in Brazil, especially in situations in which the vehicle where the gun is found is used by its owner for work. Even though the Supreme Court recognizes the need to keep the inviolability of the home, to ensure that the drivers’ intimacy and privacy are guarded, the Superior Court of Justice has not been considering motor vehicles as a place of work for typifying the offense of illegal possession of firearms for permitted use. In this sense, considering an apparent impasse in the jurisprudence, the question of this study is: “Should the space occupied by motor vehicles be considered as “home” for criminal typicality purposes of irregular possession of a firearm of permitted use, when used as place of work by the conductor?”. It is supposed that, in order to guarantee the privacy and intimacy of the driver responsible for the motor vehicle, the space should be considered as “home” for typifying the offense of illegal possession of firearms for permitted use when the firearm of permitted use is seized inside the vehicle, considering the inviolability of the home. To conduct the survey, the deductive approach was used, first to analyse the legal, doctrinal and jurisdictional concept of “home” to, after that, understand the limits and the circumstances of its extensive interpretation, especially where one develops his professional activities, which results different interpretations in juridical protection.

Keywords: firearm possession; inviolability of the home; privacy; intimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DEFINIÇÃO LEGAL DE CASA.....	12
2.1 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE.....	12
2.2 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE “CASA”	15
2.3 COMPREENSÃO DA EXPRESSÃO “CASA” PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES	18
2.4 “CASA” PARA FINS DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO	21
2.5 RESERVAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À INVIOABILIDADE DOMICILIAR	24
2.5.1 Violação em caso de desastre ou para prestar socorro	25
2.5.2 Violação em ocasião de flagrante delito.....	25
2.5.3 Violação, durante o dia, em virtude de determinação judicial.....	27
3 O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO SOB DIFERENTES PERSPECTIVAS	31
3.1 DESDOBRAMENTOS DO FINALISMO PENAL NA CIÊNCIA CRIMINAL.....	31
3.1.1 O consentimento do ofendido sob a perspectiva da teoria finalista	34
3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O IMPLEMENTO DE NOVAS ELEMENTARES NA ANÁLISE DO CRIME	39
3.2.1 O consentimento do ofendido sob o espectro da teoria da imputação objetiva	43
4. COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A CONDUTA DE MANTER SOB GUARDA ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO EM VEÍCULOS AUTOMOTORES UTILIZADOS COM FINS LABORAIS E A RELAÇÃO COM O CONCEITO DE “CASA”	48
5 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo compreender a interpretação extensiva do conceito jurídico de "casa" desenvolvida pela jurisprudência e sua relação com a arma de fogo de uso permitido apreendida em veículo automotor utilizado com propósitos laborais.

As apreensões de armas letais têm sido cada vez mais frequentes pelas polícias rodoviárias no Brasil¹, sobretudo em situações em que no próprio veículo onde o artefato é apreendido o condutor desempenha sua atividade profissional, a exemplo do transporte de cargas.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que o automóvel não pode ser considerado “local de trabalho” daquele que o utiliza habitualmente como forma de prover o seu sustento, tem negado os apelos defensivos que requerem a compreensão da conduta de manter arma de fogo de uso permitido no interior do veículo utilizado profissionalmente como delito de posse irregular, previsto no artigo 12 da Lei 10.826/03².

Apresenta-se, dessa maneira, importante a verificação de eventual conflito do aludido entendimento - sob a perspectiva do direito à inviolabilidade domiciliar - com o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso ordinário constitucional n. 117.767/DF³.

Na ocasião, a Suprema Corte reconheceu ser ampla a interpretação do termo “casa”, previsto no art. 5, inciso XI, da Constituição Federal⁴, e considerou que a busca e apreensão em cabine de caminhão deve ser equiparada à busca domiciliar, isto é, exigindo-se autorização judicial para o ingresso não consentido, em virtude de o espaço demandar maior proteção à privacidade e à intimidade.

Assim, delimitou-se o seguinte problema de pesquisa: “O espaço compreendido pelos veículos automotores deve ser considerado "casa" para fins de tipicidade penal da posse irregular de arma de fogo de uso permitido, quando utilizado como local de trabalho pelo seu condutor? Supõe-se que, com vistas a garantir a privacidade e a intimidade do motorista

¹ Conforme resultados operacionais da PRF foram apontados recordes de apreensões e redução da violência no trânsito em 2020. Governo do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br/noticias/nacionais/resultados-operacionais-da-prf-apontam-recordes-de-apreensoes-e-reducao-da-violencia-no-transito-em-2020>. Acesso em: 01 set. 2021.

² BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm Acesso em: 01 ago. 2021.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.767. Recorrente Pterson Ramos Dos Santos. Recorrido Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2016. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa da República do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 ago. 2021.

responsável pelo veículo, quando utilizado profissionalmente, o espaço neste compreendido deve ser incorporado ao conceito de “casa” para fins de juízo de tipicidade de arma de fogo de uso permitido apreendida em seu interior, no mesmo sentido da inviolabilidade domiciliar reconhecida a estes recintos.

Para tanto, a pesquisa foi estruturada em três capítulos. No primeiro deles será realizada uma análise sobre a expressão “casa” contida no art. 5º, inciso XI, da CF/88, partindo-se do entendimento sobre os direitos que se constituem como corolários de defesa da inviolabilidade domiciliar, quais sejam a intimidade e a privacidade. Adiante, serão verificados os alcances e os limites da interpretação do conceito de “casa” no âmbito constitucional, pela perspectiva doutrinária e jurisprudencial. No terceiro item do capítulo, será analisada a compreensão penal sobre a expressão “casa”, para fins de tipificação do delito de violação de domicílio. Por último, serão apresentadas as hipóteses em que o direito constitucional à inviolabilidade domiciliar poderá ser excepcionado.

No segundo capítulo, será feita uma breve introdução à doutrina finalista e suas contribuições na ciência criminal, para, em seguida, analisar o entendimento dos adeptos da corrente finalista sobre o consentimento da vítima em conduta que infrinja o tipo penal do delito de violação de domicílio e seus reflexos jurídicos. Da mesma maneira, na sequência, será apresentada a teoria da imputação objetiva e seus avanços na análise do delito, com vistas a tratar, ao final, do assentimento do ofendido sob essa perspectiva e suas implicações práticas.

Já no terceiro capítulo, serão discutidos os julgados penais nos quais esteja em análise a conduta de manter sob guarda, em veículo automotor utilizado com propósito laboral, arma de fogo de uso permitido, extraíndo-se o entendimento jurisprudencial acerca da definição e dos limites da expressão “local de trabalho” contida no artigo 12, *caput*, do Estatuto do Desarmamento e relacionando-o com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a busca investigativa realizada em automóveis.

Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, já que se partirá do exame do conceito legal, doutrinário e jurisprudencial de “casa” para, então, compreender os limites e as circunstâncias de sua interpretação extensiva, sobretudo onde alguém exerce atividade profissional, o que ocasiona diferentes reflexos na proteção jurídica.

2 DEFINIÇÃO LEGAL DE CASA

Este capítulo objetiva examinar a definição legal, doutrinária e jurisprudencial da expressão "casa", sobretudo onde alguém exerce profissão ou atividade, para fins de proteção jurídico-constitucional, uma vez que, conforme adiante expor-se-á, interpretação em desalinho com os preceitos garantistas pode influir em restrição indevida de direitos fundamentais, a exemplo da liberdade, da privacidade, da intimidade e da segurança.

2.1 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

Sabe-se que os atos praticados pelos indivíduos, a depender do ambiente – público ou privado - e do conteúdo, podem receber uma tutela jurídica maior ou menor no que tange à privacidade e à intimidade. Evidentemente, aqueles que se efetivarem em locais privados ou que disserem respeito à esfera íntima do indivíduo merecem proteção mais firme pelo ordenamento.

Nesse sentido, faz-se importante discorrer e refletir sobre referidos direitos e seus alcances, para, posteriormente, abordar a definição legal de “casa”, uma vez que o bem jurídico tutelado por este instituto é a inviolabilidade domiciliar, que, em linhas gerais, diz respeito a um espaço físico delimitado em que o indivíduo desfruta da tranquilidade da vida privada e íntima⁵.

Antes de se adentrar na análise específica dos direitos acima em si, apresenta-se importante esclarecer, nas palavras de Alexandre de Moraes⁶, sobre os direitos e garantias fundamentais de todo ser humano:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais. O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais. A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação

⁵ BRANCO, Paulo G. Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 289.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. atualizada até a EC no 71/12 - São Paulo: Atlas, 2013.

aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universabilidade, efetividade, interdependência e complementaridade (MORAES, Alexandre. 2013, p. 94).

Em respeito, portanto, à dignidade humana contra o arbítrio estatal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷, em seu art. 5º, inciso X, preceitua que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em análise de tal dispositivo constitucional, impende destacar o entendimento do ilustre José Afonso da Silva⁸, que alerta para a dificuldade de se distinguir conceitualmente os direitos acima mencionados, ante a falta de preciosismo das terminologias e da proximidade dos bens jurídicos:

O dispositivo (art. 5º, X, da CF) põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão ‘direito à privacidade’, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o contexto constitucional em exame consagrou. Tomase, pois, a privacidade como ‘o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito’. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, ‘abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo’. A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: ‘Right to be alone’. ‘O right of privacy compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada’ (SILVA, José Afonso da. 2014, p. 106).

Não obstante a falta de precisão das terminologias, como visto, o direito à privacidade deve ser interpretado de modo amplo, com vistas a abranger as diversas peculiaridades mais restritas dos indivíduos, sobre as quais estes têm o poder de publicizá-las ou não, a depender da vontade individual. Com vistas a esclarecer a definição de ‘intimidade’ e de ‘vida privada’, assevera Flávio Martins⁹:

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa da República do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2021.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Edição. Malheiros Editores, São Paulo. 2014.

⁹ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo ; Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Por fim, indaga-se: qual a diferença entre intimidade e vida privada? Segundo Uadi Lammêgo Bulos, "a vida privada e a intimidade são os outros nomes do direito de estar só, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de riservatezza e os americanos privacy). [...] Amiúde, a ideia de vida privada é mais ampla do que a intimidade. Vida privada envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário etc. Intimidade diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal". Dessa maneira, podemos afirmar que intimidade e vida privada são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito: o direito à privacidade ou direito de estar só. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo às relações mais íntimas da pessoa e até mesmo à integridade corporal, não se admitindo as "intervenções corporais" (admitidas excepcionalmente em outros países). [...] Assim como os demais direitos, não se trata de um direito absoluto, encontrando várias hipóteses de limitação. Ora, como a intimidade e a vida privada são princípios (e não regras), devem ser aplicados na maior intensidade possível, e não de forma absoluta e irrestrita. Além dos casos previstos na própria legislação (em que pode ser decretada a interceptação telefônica, busca domiciliar e busca pessoal, quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico etc.), é possível que, havendo conflito entre a intimidade ou a vida privada e outro direito, prevaleça este último, no caso de sopesamento a ser feito no caso concreto (MARTINS, Flávio. 2017, p. 875).

Percebe-se que, apesar de próximas no que diz respeito aos bens jurídicos por elas tutelados, a privacidade e a intimidade possuem fins específicos diversos. O resguardo à vida privada, consoante se viu, objetiva a tutela de todas as relações pessoais do indivíduo, em um espectro amplo, enquanto a intimidade somente aquelas relações mais reservadas, em que eventual constrangimento causaria danos mais graves, como a esfera da própria integridade corporal.

Nesse sentido também, considerando a inviolabilidade de domicílio como uma das esferas mais secretas das relações dos indivíduos, sustenta o doutrinador José Afonso da Silva¹⁰ que a intimidade se caracteriza pela possibilidade de o ser humano privar os direitos por ela abarcados do acesso dos demais:

Segundo René Ariel Dotti, a intimidade se caracteriza como 'a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais', o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis, que define a intimidade (riservatezza) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à mesma pessoa. Abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional (SILVA, José Afonso da. 2014, p. 209).

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37a Edição. Malheiros Editores, São Paulo. 2014.

Importa salientar, ainda, o entendimento de Anderson Schreiber¹¹ que traz uma visão mais moderna sobre a abrangência dos direitos à vida privada e à intimidade, correlacionando-os com os avanços da sociedade. Aduz o autor:

O direito à intimidade e à vida privada são usualmente tratados como facetas do direito à privacidade. Parte da doutrina distingue os termos intimidade e vida privada, afirmando que a intimidade seria uma esfera mais restrita, correspondendo ao campo exclusivo que alguém reserva para si próprio, a salvo de qualquer intromissão social, enquanto a vida privada corresponderia a uma esfera mais ampla, que abrangeria também as relações pessoais mantidas pelo titular do direito. Nenhum dos dois conceitos afigura-se suficiente para dar conta da amplitude reservada, hoje, ao direito à privacidade, que passa a abranger também a faculdade de exercer controle sobre o uso, a circulação e o armazenamento dos seus próprios dados pessoais (DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 409). A concepção atual da privacidade, portanto, é mais alargada e não se limita ao direito de ser deixado só ou impedir a intromissão na sua vida íntima, transcendendo a esfera estritamente privada para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais. A relevância da privacidade no tecido constitucional pode ser percebida não apenas no dispositivo em comento, mas também na previsão da concessão de habeas data “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante” (art. 5, LXXII) (SCHREIBER, 2018, p. 68).

É evidente, assim, que a privacidade, para salvaguardar efetivamente o direito dos indivíduos, tem tomado amplitudes maiores com o decorrer dos anos, isso em razão da evolução de nossa sociedade, seja com a implementação de meios tecnológicos ou mesmo de outros avanços que ocasionam mudanças de hábitos no dia a dia.

Um exemplo claro, atrelado ao presente estudo, é a ocupação laboral do indivíduo que se utiliza de veículo automotor como meio de trabalho, tanto no transporte de cargas em caminhões, como também no transporte privado de passageiros, por meio de aplicativos, em veículos menores, situações que nos compelem a repensar as relações envolvidas em tais casos e as respectivas proteções jurídico constitucionais, ante a privacidade e a intimidade envolvidas no seio veicular.

2.2 A INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE “CASA”

¹¹ SCHREIBER, Anderson. Art. 5º, X. In: MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 67-70.

De acordo com os objetivos específicos, impende destacar que a inviolabilidade domiciliar se constitui como corolário de defesa da privacidade e da intimidade do indivíduo, ante a necessidade de se zelar pelo resguardo das atividades desenvolvidas em particular. Nesse norte, afirma Alexandre de Moraes¹²:

O preceito constitucional que consagra a inviolabilidade de domicílio é direito fundamental enraizado mundialmente e expressamente previsto no texto constitucional brasileiro, com base nas tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento Britânico: ‘o homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua Cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar’. A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade civilizada, pois engloba a tutela da Dignidade da Pessoa Humana, da Honra, da Intimidade e da Vida Privada, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder - salvo excepcionalmente - à persecução estatal, seja penal, civil ou tributária (MORAES, 2018, p. 171).

A inviolabilidade domiciliar, portanto, tem estrutura rígida, que não pode ser rompida em qualquer circunstância. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³ em seu art. 5º, inciso XI, dispõe 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 (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, art. 5º).

O bem jurídico tutelado no dispositivo acima, portanto, trata-se de um direito individual fundamental, qual seja a inviolabilidade domiciliar, que diz respeito a um espaço físico delimitado em que o indivíduo desfruta da tranquilidade da vida íntima¹⁴.

Com o decorrer dos anos, no entanto, diversos foram os impasses sobre a abrangência da expressão “casa” constante no artigo 5º da Carta Magna, que busca assegurar, como visto, sobretudo a vida privada e a intimidade dos indivíduos.

Na leitura de Marcelo Novelino¹⁵, o conceito jurídico de “casa” costuma ser

¹² MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada** [et al.]. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa da República do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2021.

¹⁴ BRANCO, Paulo G. Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 342.

interpretado de forma a abranger não apenas a moradia, mas qualquer espaço habitado e, em determinadas hipóteses, locais nos quais são exercidas atividades profissionais com exclusão de terceiros, tais como escritórios, consultórios, estabelecimentos industriais e comerciais (em áreas de acesso restrito ao público ou após o encerramento das atividades).

A posição de outrora, que restringia o conceito de casa à residência e, por consequência, sua proteção jurídico-constitucional, vê-se pouco sustentada atualmente, já que são diversos os ambientes frequentados que demandam o resguardo à vida privada e à intimidade humana.

Nesse sentido, segundo disciplina Alexandre de Moraes¹⁶, a expressão “casa” deve ser interpretada amplamente, não se limitando ao lar do indivíduo, com vistas a abranger, também, espaços que, embora destinados a outros fins, sejam utilizados com exclusividade:

O termo “CASA” é constitucionalmente considerado como todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preservam-se, mediamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo. Os direitos à intimidade e à vida privada - consubstanciados em bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de “CASA” - garantem uma salvaguarda ao espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, e contra flagrantes arbitrariedades. O conteúdo de bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de “CASA”, cuja proteção constitucional é histórica, se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade (INTIMIDADE), e, também, envolve todos os relacionamentos externos da pessoa, inclusive os objetos, tais como relações sociais e culturais (VIDA PRIVADA). (MORAES, 2013, p. 171).

Sobre o assunto, endossa a amplitude da expressão ‘casa’ o constitucionalista Flávio Martins¹⁷, citando, inclusive, espaços móveis, como *trailers e barcos*, ou ainda os quartos de hotéis e motéis ocupados, que são, na maioria das vezes, utilizados de forma temporária:

Casa envolve a residência da pessoa, com ou sem ânimo definitivo (englobando a casa na praia, na montanha, etc.), o local de trabalho reservado, o quarto de hotel ou motel ocupado, o trailer e o barco, caso sirvam de morada. Se o constituinte quisesse utilizar um conceito mais restritivo, utilizaria a expressão “domicílio em vez de casa (MARTINS, 2017, p. 881).

Por derradeiro, imprescindível trazer à baila o respeitável entendimento de Douglas

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. ed. 9. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁷ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Fischer¹⁸ que sustenta a necessidade de se tutelar, sobretudo, a privacidade e a intimidade dos indivíduos, independentemente da categorização do espaço em que se encontrem, vez que o intuito não é conceder a inviolabilidade tão somente ao ambiente doméstico:

A questão central protegida pelo dispositivo constitucional está no direito fundamental individual à privacidade, que, por evidente, não se revela absoluto. O vocábulo casa precisa ser compreendido como todo e qualquer local em que exista privacidade dos ocupantes, e que terceiros, para nela ingressarem, necessitam pelo menos do consentimento para adentrar no recinto. Portanto, o conceito normativo de casa revela-se o mais abrangente possível, estendendo-se, apenas exemplificativamente, a apartamentos de natureza coletiva (quartos de hotéis, por exemplo) e também escritórios e locais profissionais. Noutras palavras, segundo o STF, “muito embora a Constituição empregue o termo “casa”, a proteção contra a busca domiciliar não autorizada vai além do ambiente doméstico” (HC 106.566-SP) (FISCHER, 2018, p. 70).

A expressão “casa” contida no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, desse modo, se revela ampla no âmbito doutrinário, em razão dos fins a que almeja proteger, quais sejam a vida íntima e a privacidade dos indivíduos. Concede, assim, majoritariamente, o manto da inviolabilidade domiciliar para ambientes além dos domésticos, desde que requeiram a necessidade de se tutelar a tranquilidade e a exclusividade dos atos desenvolvidos pelos indivíduos.

2.3 COMPREENSÃO DA EXPRESSÃO “CASA” PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES

No que tange à compreensão jurisprudencial sobre a abrangência da expressão “casa”, é de se ressaltar que na mesma corrente anterior seguem os tribunais superiores, com vistas a alargar tal conceito de modo a permitir a efetivação plena do bem jurídico em questão. A propósito, destacou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar proferida nos autos do Mandado de Segurança 23.595/DF¹⁹:

[...] Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de 'casa', para os fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência

¹⁸ FISHER, Douglas. Art. 5º, XI. In: MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.70-74.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.595. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2004. **Informativo do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 24 set. 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo184.htm>. Acesso em: 05 ago. 2021.

de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de 'casa' revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual, de intimidade pessoal e de privacidade profissional (RT 214/409 - RT 277/576 - RT 467/385 - RT 635/341) (BRASIL, 2004).

Na decisão acima, como visto, ressaltou o Ministro a necessidade de se proteger a esfera da liberdade individual, de intimidade pessoal e de privacidade profissional, ao interpretar extensivamente a expressão “casa”, não sendo esta restrita, portanto, ao lar do indivíduo.

Ou ainda, nos autos do Habeas Corpus 82.788/RJ, julgado pela 2ª Turma do STF²⁰ em que a proteção jurídico-constitucional da expressão “casa” foi estendida a escritórios profissionais não abertos ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "*privilège du préalable*", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária (BRASIL, 2005).

De outro norte, importante trazer à análise em questão o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.767/DF²¹, no qual entendeu ser legal a busca investigativa - não precedida de autorização judicial - realizada em veículo

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82788. Relator: Ministro Celso de Mello. Rio de Janeiro, RJ, 12 de abril de 2005. **Diário de Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 02 jun. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92279/false>. Acesso em: 08 ago. 2021.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.767. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 11 de outubro de 2016. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Brasília, . Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268735>. Acesso em: 29 jul. 2021.

automotor com fins unicamente pessoais, ressalvando, contudo, os casos em que os ambientes abrangidos pelos veículos sejam destinados também à habitação, ainda que provisoriamente, da pessoa, como *trailers*, cabines de caminhão, barcos, *motor home*, etc, hipóteses às quais conferir-se-á a proteção jurídico constitucional da inviolabilidade à “casa”. Veja-se:

Conforme atesta doutrina especializada, a busca pessoal consiste na inspeção do corpo e das vestes de alguém para apreensão de elementos de convicção ocultados, incluindo-se objetos (bolsas, malas, pastas) e veículos (automóveis, motocicletas) compreendidos na esfera de custódia da pessoa (Mirabete, Júlio Fabrini. Processo Penal. 18ª edição. Pacelli, Eugênio. Fischer, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 7ª edição). Dito de outro modo, “o veículo (automóvel, motocicleta, navio, avião, etc.) é coisa pertencente à pessoa, razão pela qual deve ser equiparada à busca pessoal, sem necessitar de mandado judicial. A única exceção fica por conta do veículo destinado à habitação do indivíduo, como ocorre com os trailers, cabines de caminhão, barcos, entre outros” (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª edição.). Converte para esse mesmo entendimento, as bem colocadas elucidações da Procuradoria-Geral da República: (...) o espaço compreendido dentro de veículo automotor, salvo a hipótese em que consistir a habitação de seu titular (v.g. Trailers), não está abarcada no conceito jurídico de domicílio, ao qual a lei dispensa proteção especial (art. 5º, XI, CF/1988) em homenagem ao direito fundamental à intimidade e à vida privada. [...] Nessa linha de raciocínio, não se pode conceber o veículo automotor como um espaço reservado onde o indivíduo desenvolve livremente a sua personalidade – salvo, como alhures asseverado, quando se tratar de veículo com fim de habitação, seja ela de caráter permanente ou provisória –, senão como extensão de seu próprio corpo, porque, meiodo transporte que é, destinado ao mero deslocamento de seu condutor e muitas vezes empregado para ocultar vestígios de prática criminosa. Conceber-se o contrário, seria inviabilizar agentes policiais ou fiscais a realizar revista nos veículos por ocasião de ações de fiscalização (v.g., blitz). Por conseguinte, em sendo a busca em veículo espécie de busca pessoal, regula-se pelo art. 244 do Código de Processo Penal, que dispensa a existência de mandado judicial ante a fundada suspeita de que em seu interior esteja presente objeto consubstanciador do corpo de delito. (...) Essa é a hipótese vertente, em que, após informações obtidas por intermédio de interceptação de conversas telefônicas autorizada judicialmente, logo após a efetivação da busca e apreensão domiciliar, descobriu-se que no interior do veículo do recorrente estaria o caderno de anotações contendo dados de suma importância para a elucidação do crime de formação de cartel. É dizer, havendo a fundada suspeita da existência de vestígios do crime objeto das investigações policiais, estava devidamente autorizada a intervenção estatal sem mandado judicial específico para esse fim (BRASIL, 2016).

Essa diferença de tratamento jurídico-constitucional dos veículos, evidentemente, deve-se ao grau de privacidade e de intimidade demandados no interior do bem. No caso de serem utilizados para habitação, seja ela decorrente de fins laborais ou não, como é o caso da cabine do caminhão e do *trailer* - respectivamente -, é firme a jurisprudência em considerá-los como “casa” e em conferir-lhes o manto da inviolabilidade domiciliar.

Portanto, no mesmo sentido dos doutrinadores constitucionalistas, para os tribunais superiores a expressão “casa” deve ser interpretada de modo amplo, em razão dos fins a que almeja proteger o art. 5º, inciso XI, da Carta Magna.

2.4 “CASA” PARA FINS DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Sob a perspectiva do Direito Penal, há de se salientar que, com vistas a tutelar a privacidade e a intimidade das pessoas contra a invasão de terceiros (excluindo-se os funcionários públicos que agem no estrito cumprimento de dever legal, que seriam responsabilizados pela lei do abuso de autoridade em caso de excesso ou ilegalidade, conforme art. 1º da Lei 13.869/2019²²), o Código Penal brasileiro tipificou criminalmente a conduta de violação de domicílio alheio ou permanência nele não consentida em seu art. 150, que prevê o ser crime entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências²³.

Nas palavras de Cleber Masson²⁴, com a tipificação criminal da aludida conduta, busca-se tutelar:

a tranquilidade doméstica, abrangente da intimidade, da segurança e da vida privada proporcionadas pelo domicílio. O fundamento constitucional do delito encontra-se no art. 5º, inciso XI, da Lei Suprema: “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”. A incriminação da violação de domicílio não protege, porém, a posse ou a propriedade. A propósito, não se configura o delito em análise no ingresso em casa abandonada ou desabitada, podendo restar caracterizado o crime de esbulho possessório (CP, art. 161, § 1º, inc. II). Casa desabitada, entretanto, não se confunde com casa na ausência de seus moradores, pois nesse caso é possível o crime de violação de domicílio, uma vez que subsiste a proteção da tranquilidade doméstica” (MASSON, 2018, p. 289).

Vale destacar, como afirmado por Masson, que o tipo penal não objetiva combater a invasão a propriedades desabitadas ou abandonadas. No caso, poderia configurar outro crime, mas não o contido no art. 150 do Código Penal, justamente porque este tipo visa tutelar a vida

²² BRASIL. Lei nº 13869, de 05 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, 27 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

²³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. . Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

²⁴ MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**: arts. 121 a 212. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018.

privada e a intimidade dos habitantes. Inexistindo estes, não subiste vida privada ou intimidade a se resguardar, evidentemente.

Para viabilizar melhor verificação de tipicidade da conduta, ante a imensa diversidade dos espaços e circunstâncias possivelmente tutelados pela norma, elencou o legislador, no §4º do art. 150²⁵, as hipóteses de compreensão da expressão “casa”, sendo elas:

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

Vale destacar, sobre o assunto, o entendimento do nobre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt²⁶, que sustenta que a expressão ‘casa’, para fins de tipificação do delito de violação de domicílio, ganha contornos amplos. Especialmente sobre a alínea ‘a’ do parágrafo acima, aduz que *qualquer compartimento habitado* abrange inúmeros ambientes em que se vislumbre a necessidade de se tutelar a exclusividade e a tranquilidade dos indivíduos, móveis ou imóveis. É o seu magistério:

Para configurar ‘casa’, no sentido de qualquer compartimento habitado, não é necessário que esteja fixa ou afixada em determinado local; pode ser móvel, flutuante, ‘errante’, como, por exemplo, barco, trailer, motor-home, cabina de um trem velho, vagão de metrô abandonado, abrigo embaixo de ponte ou viaduto etc., além de abranger, evidentemente, quarto de hotel, de pensão, de pensionato, etc (BITENCOURT, 2018, p. 439).

A seguir, sobre a alínea ‘b’ do aludido dispositivo, assevera Guilherme de Souza Nucci²⁷ que mesmo os aposentos de habitações coletivas devem ter o manto de inviolabilidade domiciliar resguardados, quando ocupados. Não à toa, para o autor, o legislador fez questão de mencionar no dispositivo legal tal circunstância específica. Em contrapartida, desocupados, poderiam ser, por exemplo, objeto de averiguações públicas independentemente de autorização judicial:

Em que pese alguns acreditarem ser redundante este dispositivo, a lei penal tem por meta, em várias oportunidades, ser o mais clara possível. A fim de evitar qualquer tipo de malícia na interpretação do inciso anterior (qualquer compartimento habitado), dando a entender tratar-se de compartimento particular, quis o legislador demonstrar que também gozam de proteção os compartimentos de habitação coletiva (hotéis, motéis, flats, pensões, “repúblicas”, etc) que estejam ocupados por alguém. Assim, um quarto vazio

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 2 : crimes contra a pessoa. 18. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

de hotel pode ser invadido, pois é parte de habitação coletiva não ocupada, mas o crime existe quando o aposento estiver destinado a um hóspede. (NUCCI, 2019, p. 903).

No que tange aos “compartimentos não abertos ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, constante na alínea ‘c’ do §4º, afirma o doutrinador Cleber Masson²⁸ que aqueles devem ter tuteladas a privacidade e intimidade que lhes demandam, o que não ocorre quando houver espaços abertos ao público em tais aposentos laborais, pois insubsistente seria o bem jurídico a que visa proteger o aludido tipo penal:

A interpretação desse dispositivo legal autoriza a seguinte conclusão: se o compartimento não é aberto ao público, ou ele é parte integrante de um local público, ou possui uma parte conjugada aberta ao público. E, se alguém exerce profissão ou atividade nesse espaço, o compartimento pode ser considerado seu domicílio. A pessoa que ali entrar ou permanecer contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito incidirá no crime tipificado pelo art. 150 do Código Penal. Exemplos: escritório do advogado, consultório do médico ou dentista, balcão do padeiro etc. Esses locais normalmente possuem uma parte aberta ao público, na qual as pessoas podem entrar e permanecer livremente, sem a interferência do Direito Penal. Exemplo: salão da padaria ou sala de recepção do escritório ou consultório (MASSON, 2018, p. 291).

Na mesma esteira, visando tornar o objeto do tipo penal mais claro, elencou o legislador, no §5º do art. 150 do Código Penal²⁹, também o que não se pode compreender na expressão “casa”, excluindo aqueles aposentos que, com base no bem jurídico tutelado pelo artigo - qual seja a tranquilidade doméstica dos ocupantes -, não merecem referida proteção jurídica:

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.

Nesses casos, nota-se, em regra, a ausência de proteção pela norma - no tocante à inviolabilidade domiciliar - em virtude, também, da livre circulação por terceiros, sem necessidade de consentimento por parte do proprietário ou do possuidor. Cessados o livre acesso e circulação de terceiros, ressurge a proteção jurídica em questão, ocasião em que o ingresso por pessoas desautorizadas faz-se permitido apenas nas hipóteses constitucionais, asquais serão

²⁸ MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**: arts. 121 a 212. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018.

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

tratadas no item adiante. Preleciona Cléber Masson³⁰:

Enquanto a hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva estiver aberta, o local será considerado como de livre acesso ao público, e, conseqüentemente, não poderá ser objeto material do crime de violação de domicílio. Se, porém, encontrar-se fechado, com acesso restrito, à pessoa que ali ingressar ou permanecer contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, será imputado o crime em análise. A ressalva contida na parte final do dispositivo legal serve para proteger o aposento ocupado de habitação coletiva. Destarte, um hotel, enquanto permanecer aberto ao público, não pode ser objeto material de violação de domicílio, ao contrário do quarto ocupado por um hóspede. [...] Taverna é o local em que são vendidas e servidas refeições e bebidas. Exemplos atuais: bares e restaurantes. Casas de jogo são, em regra, proibidas no Brasil (exemplo: cassinos), mas, mesmo quando permitidas (exemplo: fliperamas), não se encaixam no conceito de domicílio, pois se assegura livre acesso ao público. Finalmente, a regra genérica representada pela expressão “outros do mesmo gênero” incide para os demais lugares de diversão pública. Exemplos: cinemas, teatros e casas de espetáculos (MASSON, 2019, p. 293).

Por evidente, a expressão ‘casa’ para fins de tipificação do delito de violação de domicílio, no mesmo sentido da doutrina constitucional e da jurisprudência majoritárias ao tratar dos aposentos protegidos pelo manto da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, inc. XI, da CF/88), deve ser interpretada de forma ampla, com vistas a conferir a devida proteção jurídica penal aos ambientes nos quais haja a imprescindibilidade de se resguardar a vida privada e a intimidade dos indivíduos que os ocupam.

2.5 RESERVAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Não obstante a proteção jurídica constitucional da inviolabilidade domiciliar conferida a todos os aposentos compreendidos pela expressão “casa”, nos termos do art. 5º inciso XI, da Carta Magna, considerada um direito fundamental individual, há de se frisar que, consoante se extrai da própria leitura do dispositivo, a inviolabilidade pode ser relativizada nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial³¹ Vale, assim, discorrer um pouco acerca de tais hipóteses, as quais, em síntese,

³⁰ MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**: arts. 121 a 212. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018.

³¹ Vide: Art. 5º, inciso XI, Constituição Federal de 1988: “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, 1988).

excepcionam o consentimento do morador para a entrada no recinto por terceiros.

2.5.1 Violação em caso de desastre ou para prestar socorro

As exceções para prestar socorro ou para o caso de desastre se revelam intuitivas, no entendimento de Douglas Fischer³², pois não haveria sentido lógico alguém necessitar de socorro no interior de uma casa (sofrendo um ataque epilético ou soterramento, por exemplo) e exigir-se desta mesma pessoa o seu consentimento, caso fosse a única no interior da residência, assim como diligenciar em busca de uma ordem judicial para, então, realizar o ingresso sem autorização do morador. O perecimento do bem jurídico que se quer proteger nessas circunstâncias seria inevitável.

Vale ressaltar que, em caso de desastre, ou mesmo para prestar socorro, o particular que invade casa alheia com uma dessas finalidades atua acobertado pelo estado de necessidade, nos termos do art. 23, inciso I, do Código Penal, afastando-se, portanto, a ilicitude de seu comportamento. Em se tratando de um agente público que possua a obrigação de assistir a vítima, como é o caso do bombeiro militar, tem sua conduta amparada pelo estrito cumprimento de dever legal, é o entendimento de Rogério Greco³³.

O rompimento da inviolabilidade domiciliar, em ambos os casos, é plenamente compatível com os direitos e garantias fundamentais de todo ser humano, tendo em vista que não faz sentido algum exigir-se o sacrifício do direito à vida de alguém em apuros para salvaguardar os da privacidade e da intimidade.

2.5.2 Violação em ocasião de flagrante delito

Já no que diz respeito ao flagrante delito no interior da residência, como forma de violar a privacidade do indivíduo, deve-se atentar para o fato de o constituinte ter ampliado a causa de justificação para a entrada ou permanência não consentida no local, sendo possível tanto na ocorrência de contravenção penal quanto de crime, em comparação ao art. 150, §3º, do Código Penal, que só excepciona a ilicitude no caso da ocorrência de crime³⁴.

³² FISHER, Douglas. Art. 5º, XI. In: MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 73.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2015. p. 536.

³⁴ Art. 150, §3º, Código Penal: Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências, a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (BRASIL, 1940).

Especialmente sobre os crimes permanentes³⁵ em curso no interior da residência, que são aqueles que seus resultados se protraem ao longo do tempo enquanto não cessar a atividade criminosa por vontade do agente, vale trazer à baila o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 603.616/RO (Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 5/11/2015, DJe-093), com repercussão geral previamente reconhecida, em que se aperfeiçoou o antigo posicionamento da própria Corte Suprema. Na oportunidade, o Plenário fixou a seguinte tese, referente ao Tema 280³⁶:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados (BRASIL, 2015).

Portanto, vê-se atualmente rechaçada a antiga aceitação de situações em que, simplesmente por denúncias anônimas dando conta da ocorrência de crime permanente no interior de determinadas residências, sem ao menos investigar e verificar indícios de validade do que fora informado, policiais adentravam no recinto sem o consentimento do morador e lá de fato encontravam substâncias ou objetos que constituíam flagrante de crime.

Vale salientar, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou - no julgamento do Habeas Corpus nº 364.359/SP³⁷ - no sentido de que a fuga de indivíduo suspeito para dentro de sua residência, por mais que não revele o ato ser uma boa conduta, não se apresenta suficiente para indicar a ocorrência de flagrante delito no interior do recinto e, assim, permitir a entrada dos agentes públicos. Na oportunidade, restaram anuladas as provas lá dentro obtidas. Senão veja:

HABEAS CORPUS. NULIDADE. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

³⁵ MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**: arts. 121 a 212. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018. p. 218.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de novembro de 2015. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 04 de ago. 2021.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 364359. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Brasília, 19 de fevereiro de 2019. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91508514&num_registro=201601964233&data=20190312&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

EVIDÊNCIA. 1. A inviolabilidade do domicílio consubstancia direito fundamental previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal. O seu desrespeito, na seara do processo penal, acarreta a nulidade das provas obtidas a partir dessa violação, bem como de todas aquelas que forem delas decorrentes, nos termos dos arts. 5º, LVI, da Constituição Federal, e 157 do Código de Processo Penal. 2. Segundo o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo incontroverso que nos delitos permanentes o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, deve ser demonstrada a presença de fundadas razões que demonstrem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito para que reconhecida a legalidade da busca domiciliar realizada (REsp n. 1.714.910/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/4/2018) 3. Na hipótese, os policiais franquearam a própria entrada no imóvel sem possuírem quaisquer indícios objetivos de que lá, no interior do domicílio, haveria a ocorrência de crimes. Apesar da conduta suspeita do paciente – abandonar a moto e empreender fuga diante da visualização da equipe policial –, ela, per si, não se apresenta como suficientemente idônea para denotar a fundada suposição de que estivesse ocorrendo a prática de infrações penais dentro da residência. 4. Ordem concedida para, reconhecida a ilicitude do ingresso dos policiais no domicílio do paciente, anular as provas obtidas a partir da busca domiciliar considerada ilícita e, conseqüentemente, a condenação proferida contra o paciente. Prejudicados os demais pedidos (BRASIL, 2019).

Por fim, impende destacar que, a depender de quem realize a prisão em flagrante, em situação que se necessite adentrar na “casa” de alguém, poderá, de acordo com o ilustre doutrinador Rogério Greco³⁸, verificar-se a incidência de uma ou de outra causa excludente de ilicitude sobre o caso. Em sendo a medida efetivada por funcionários públicos, estaremos diante da causa de justificação relativa ao estrito cumprimento de dever legal. Sendo a prisão em flagrante realizada por um particular, nos termos da primeira parte do art. 301 do Código de Processo Penal, estaremos diante da causa de exclusão da ilicitude correspondente ao exercício regular de um direito.

2.5.3 Violação, durante o dia, em virtude de determinação judicial

Neste tópico em específico, cumpre ressaltar que as determinações judiciais, via de regra, têm por objetivo o cumprimento de diligências, como buscas e apreensões, nos termos do art. 240, §1º, do Código de Processo Penal, a efetivação de prisões cautelares decretadas no curso do processo penal ou da investigação policial, e etc.

No caso específico das buscas domiciliares, frise-se, somente poderá ser cumprida a ordem judicial durante o dia, nos termos do artigo 245 do Código de Processo Penal³⁹. Assim,

³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2015. p. 536.

³⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 07 ago. 2021.

por exemplo, tendo sido expedido mandado de busca domiciliar investigativa, o oficial de justiça ou outra autoridade encarregada de cumpri-lo somente poderá fazê-lo durante o dia, entendendo-se aqui por dia o período normal no qual são realizados os atos processuais, nos termos preconizados pelo art. 212 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) - ante o silêncio do diploma processual penal -, que diz: “*os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas*”, é a compreensão de Rogério Greco⁴⁰

Entretanto, impende mencionar que não há uma definição uníssona na doutrina sobre os horários de início e fim abrangidos pela expressão “dia”. Em contraponto a Rogério Greco, por exemplo, cita-se o ilustre Renato Brasileiro de Lima⁴¹, adepto da posição do constitucionalista José Afonso da Silva, no sentido de que deve ser considerado “dia” o período compreendido entre 6:00h e 18:00h.

Em um posicionamento mais ponderado, vê-se Alexandre de Moraes⁴², que, compatibilizando os critérios do Ministro Celso de Mello - para o qual deve ser levado em conta o critério físico astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo - e o de José Afonso da Silva - citado no parágrafo anterior -, entende que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo, após as 18 horas, desde que, ainda, não seja noite (por exemplo: horário de verão).

No presente estudo especificamente, a devida compreensão sobre a busca domiciliar, nos termos do §1º do art. 240 do CPP, possui relevante papel, uma vez que está estritamente relacionada com a proteção jurídico constitucional da inviolabilidade conferida aos aposentos compreendidos na expressão “casa”.

Destaca-se que, para Guilherme de Souza Nucci⁴³, deve haver um maior rigor no tocante às medidas invasivas deferidas pelo Poder Judiciário, cujas decisões devem ser, nos termos da Carta Magna, sempre fundamentadas e atender à razoabilidade e à proporcionalidade:

As medidas mais restritivas à liberdade individual de alguém devem ser cautelosamente deferidas pelo Judiciário, dependendo sempre de existir substrato probatório suficiente, anterior à medida, para justificá-la. Não é possível iniciar a investigação policial, por exemplo, a partir da expedição de um mandado de busca e apreensão. Antes disso, outras provas precisam ser

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2015. p. 536.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 750.

⁴² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. atualizada até a EC no 71/12 - São Paulo: Atlas, 2013. p. 177.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

produzidas. Afinal, a invasão ao domicílio de alguém é diligênciacausadora de perturbação e humilhação, merecendo uma ponderação judicial efetiva.

A respeito de ‘casa’, entende Nucci⁴⁴ que a expressão deve ser tida no ordenamento como um conceito amplo, de modo a proporcionar o resguardo à intimidade e à privacidade dos indivíduos:

Deve ser interpretada com a maior amplitude possível, e não como se faz, restritivamente, no Código Civil (art. 70, referindo-se à residência com ânimo definitivo). Equipara-se, pois, domicílio à casa ou à habitação, isto é, ao local onde a pessoa vive, ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais. Serve, ainda, para cômodos de um prédio, abrangendo o quintal, bem como envolve o quarto de hotel, regularmente ocupado, o escritório do advogado ou de outro profissional, o consultório do médico, o quarto de pensão, entre outros lugares fechados destinados à morada de alguém (NUCCI, 2019, p. 704).

Nesse mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima⁴⁵ destaca também que o conceito de ‘casa’, para fins penais e processuais, diverge daquele do Código Civil, sendo o mais amplo possível, extraído da análise do art. 150, §4º, do Código Penal. Aliás, ressalta:

Insere-se no conceito de ‘casa’, portanto, não só a casa ou a habitação, mas também o escritório de advocacia, o consultório médico, o quarto ocupado de hotel ou motel, o quarto de hospital, empresas e lojas (do balcão para dentro), pátios, jardins, quintal, garagens, depósitos, etc. Não se exige para a definição de ‘casa’ que ela esteja fixada ao solo, pois o conceito constitucional abrange as residências sobre rodas (trailerresidenciais), barcos-residência, a parte traseira do interior da boleia do caminhão, etc (BRASIL, 1940).

Importante frisar novamente, no que diz respeito aos procedimentos de busca investigativa realizados em veículos, que estes poderão, a depender dos fins para os quais são utilizados, caracterizar ou busca domiciliar ou busca pessoal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alhures colacionada.

Na busca pessoal, para a qual se dispensa a autorização judicial, nos termos do artigo 244 do Código de Processo Penal⁴⁶, o carro serve tão somente como meio de transporte para o seu possuidor. Não à toa possuem as blitz policiais respaldo para realização de revistas veiculares, em caso de suspeita de que no carro estejam sendo ocultados objetos que constituam

⁴⁴ Ibid., p. 750.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 751.

⁴⁶ Conforme o artigo 244 do Código de Processo Penal brasileiro, a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

corpo de delito.

Tal tratamento, em contrapartida, não se verifica com veículos automotores que sejam utilizados com fins habitacionais - seja decorrente da atividade laboral ou não - ainda que provisoriamente, conforme interpretação extensiva admitida pela doutrina majoritária e jurisprudência, uma vez que se busca tutelar justamente a tranquilidade da vida íntima do ocupante. Nesse caso, é imprescindível a expedição de autorização judicial para que se realize o procedimento de busca investigativa.

Assim, reitera-se, foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.767/DF⁴⁷, como visto no terceiro item deste capítulo, no qual entendeu ser legal a busca investigativa - não precedida de autorização judicial - realizada em veículo automotor com fins unicamente pessoais, ressalvando, contudo, os casos em que os locais compreendidos nos veículos sejam destinados também à habitação, ainda que provisória, da pessoa, como *trailers*, cabines de caminhão, barcos, *motorhome*, etc, hipóteses às quais conferir-se-á a proteção jurídico constitucional da inviolabilidade à “casa”.

Tal entendimento, de certa forma, mostra-se interessante no presente estudo, pois acaba considerando que um compartimento habitado, mesmo que móvel, como um veículo automotor, tem de ter os preceitos da inviolabilidade domiciliar observados, quando utilizados com fins habitacionais, seja em decorrência do labor ou não, em consonância como art. 150, §4º, inciso III do Código Penal - cujo *caput* prevê a tipificação do crime de violação de domicílio -, que preceitua que “a expressão “casa” compreende compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.767. Recorrente Pterson Ramos Dos Santos. Recorrido Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2016.

3 O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO SOB DIFERENTES PERSPECTIVAS

Este capítulo objetiva discutir a tipicidade penal do crime de violação de domicílio na perspectiva das teorias finalista e da imputação objetiva, em virtude de o dissentimento ser um elemento do tipo penal previsto no artigo 150, *caput*, do Código Penal. A análise sobre cada uma das correntes, frise-se, influi diretamente no correto entendimento sobre o consentimento da vítima em conduta que infrinja o tipo penal do delito de violação de domicílio e nos seus reflexos jurídicos. Ressalte-se, contudo, que não se pretende esgotar, neste trabalho, o estudo do consentimento sob a ótica de tais teorias, mas tão somente introduzi-lo de forma a perfectibilizar a análise da tipicidade do crime de violação de domicílio, tendo em vista que a inviolabilidade domiciliar, sim, é que se aproxima mais do cerne da pesquisa.

3.1 DESDOBRAMENTOS DO FINALISMO PENAL NA CIÊNCIA CRIMINAL

Inicialmente, vale salientar que o conceito de crime possui diferentes respostas e concepções a depender da teoria que se aplique na sua compreensão. Por ora, deter-se-á, sobretudo, ao conceito analítico de crime, no qual, ressalta-se, residem as maiores divergências doutrinárias. A função do conceito analítico é, segundo Rogério Greco⁴⁸, a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime apresenta-se, portanto, como um todo unitário e indivisível. Assim, ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato será considerado um indiferente penal.

Pois bem. Antes de se adentrar à análise do consentimento em si e da sua interpretação jurídica pela doutrina finalista, impende colacionar os ensinamentos do ilustre Cezar Roberto Bitencourt⁴⁹ sobre o finalismo penal, que o destaca como sendo uma corrente crucial no processo de sistematização e elaboração dedutiva das categorias do delito, o que culminou com mudança metodológica na elaboração da dogmática jurídico-penal:

Welzel desenvolveu sua doutrina finalista (entre 1930 e 1960) sustentando a formulação de um conceito pré-jurídico de pressupostos materiais, dentre os quais a conduta humana, precedentes a qualquer valoração jurídica. Para contrapor-se ao subjetivismo epistemológico do neokantismo, afirmava Welzel que não é o homem, com a colaboração de suas categorias mentais,

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2015. p. 196.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 2: crimes contra a pessoa. 18. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

quem determina a ordem do real, mas sim o próprio homem que se encontra inserido numa ordem real correspondente a estruturas lógico-objetivas (não subjetivas). Indiscutivelmente o Direito Penal se ocupa de fatos dotados de significado valorativo e tais fatos lhe importam exatamente por seu significado e não por sua dimensão físico-naturalística. No entanto, destaca Mir Puig, não foi esse o objeto da crítica de Welzel ao neokantismo, mas seu ponto de partida metodológico subjetivista segundo o qual o caráter valorativo de um fato não está no fato em si, mas naquilo que lhe é atribuído pelos homens. Contrariamente, sustentou Welzel que o significado dos fatos procede da sua forma de ser. Assim, uma vez descobertas as estruturas lógico-objetivas permanentes do ser, o método de produção do conhecimento será de natureza dedutivo-abstrata. E qual a repercussão dessa mudança metodológica na elaboração da dogmática jurídico-penal? Essa nova perspectiva deve ser entendida a partir do significado da ação humana para Welzel, que, diferentemente dos neokantianos, é concebida como uma “estrutura lógico-objetiva” cuja natureza consistia em estar guiada pela finalidade humana. Com efeito, para Welzel, “ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer ‘final’ e não puramente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente”. A atividade final — prosseguia Welzel — é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. Esse ponto de partida foi decisivo no processo de sistematização e elaboração dedutiva das categorias sistemáticas do delito, oferecendo um referente estável para a interpretação e aplicação das normas penais, e a consequente garantia de segurança jurídica das decisões judiciais em matéria penal. [...] a contribuição mais marcante do finalismo, aliás, que já havia sido iniciada pelo neokantismo, foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo, assim, uma concepção puramente normativa. O finalismo deslocou o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização — aculpabilidade —, levando, dessa forma, a finalidade para o centro do injusto. Concentrou na culpabilidade somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação situa-se no injusto (BITENCOURT, 2018, p. 278).

Nota-se, portanto, que a alegada repercussão dessa mudança metodológica na elaboração da dogmática jurídico-penal se deu justamente na concepção de ação humana pelos adeptos da aludida teoria, pois passaram a entender que a finalidade de todo ato tinha como pressuposto o fato de o homem ter ciência do seu poder e saber causal, o que também lhe permitia prever, dentro da normalidade, as consequências possíveis da sua ação e, assim, dirigí-la conforme sua vontade e meios de execução. Nesse sentido também, colaciona-se o magistério de Eugênio Raul Zaffaroni e de José Henrique Pierangeli⁵⁰:

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Nos últimos anos da década de 1920 observa-se, acertadamente, que a culpabilidade como juízo de reprovabilidade ao autor não podia conter a relação psicológica, isto é, o conteúdo da vontade, que desde os positivistas (e com o retoque de RADBRUCH) havia sido arrebatado do injusto. Percebeu-se que era incoerente julgar um ato como contrário ao direito, sem atender ao conteúdo da vontade com que este ato se realizava. [...] A partir da década de 1930, a formulação deste esquema começa a aperfeiçoar-se por obra de HANS WELZEL, que se volta decididamente ao esquema aristotélico, a partir da afirmação - a nosso juízo muito certa - de que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e todavontade tem um fim. Esta é a chamada teoria finalista da ação, por oposição à teoria causalista, que é a que dá origem às estruturas anteriores. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2019, p. 358).

O surgimento do finalismo penal, portanto, no que se refere aos ensinamentos sobre a ‘conduta humana’, decorreu da percepção de que um resultado lesivo não poderia prescindir da análise da vontade do seu agente causador, pois levava à incoerência, consoante disciplinam Zaffaroni e Pierangeli acima, de julgar um ato contrário ao direito sem verificar se o mesmo havia sido dirigido a tal fim. Justamente por isso, passou a ser questionada a análise do dolo ou culpa no âmbito da culpabilidade, como ocorria na teoria causalista, idealizada no século XIX por Liszt, Beling e Radbruch⁵¹, em que a caracterização da conduta criminosa dependia somente da circunstância de o agente produzir fisicamente um resultado previsto em lei como infração penal. Ademais, são as observações de Cléber Masson⁵² sobre o finalismo penal:

Tem como ponto de partida a concepção do homem como ser livre e responsável pelos seus atos. Consequentemente, as regras do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente, ou então a omissão de tais atos. Para essa teoria, conduta é o comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a um fim. Daí o seu nome finalista, levando em conta a finalidade do agente. Não desprezou todos os postulados da teoria clássica. Ao contrário, preservou-os, a eles acrescentando a nota da finalidade. Uma conduta pode ser contrária ou conforme ao Direito, dependendo do elemento subjetivo do agente. [...] O Código Penal em vigor, com a Reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, parece ter manifestado preferência pelo finalismo penal. Uma forte evidência se encontra no art. 20, caput: “O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Ora, se a ausência de dolo acarreta na exclusão do fato típico (ainda que somente na forma dolosa), é porque o dolo está na conduta do agente, que deixa de ser dolosa para ser culposa. (MASSON, 2018, p. 246).

Desse modo, percebe-se que os finalistas consideravam a ação humana como ponto central da estrutura analítica do delito, razão pela qual passaram a entender a necessidade de se

⁵¹ MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**: arts. 121 a 212. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018. p. 245.

⁵² Ibid. p. 246.

analisar a vontade (dolo ou culpa) do agente no âmbito da tipicidade, e não no da culpabilidade. Como pressuposto disso, viam o indivíduo como um ser livre e responsável por suas condutas, consciente e voluntariamente dirigidas a um fim. Ademais, urge trazer à baila as lições de Ricardo Antonio Andreucci⁵³:

Para Welzel, a ação humana é considerada exercício de uma atividade finalista, apresentando-se a vontade consciente do fim, diretiva de todo acontecer causal, como elemento fundamental da ação, baseando a estruturação analítica do delito. Merece destacar, no entanto, que a finalidade da ação não se confunde com o dolo. No dizer de Fernando A. N. Galvão da Rocha (Direito penal: curso completo - parte geral, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 141), “a vontade finalista que orienta a ação é verificada no sentido natural, sem a necessária incidência da valoração jurídica. O dolo, por sua vez, é conceito jurídico relacionado com o tipo legal e retrata valoração do legislador sobre a vontade natural”. Para a Teoria Finalista, crime é fato típico, antijurídico e culpável. Entretanto, ao contrário da Teoria Causal, na Teoria Finalista o dolo e a culpa foram retirados da culpabilidade e passaram a integrar o fato típico. Para a culpabilidade remanesceram a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme o Direito (ANDREUCCI, 2019, p. 81).

Houve, portanto, com o surgimento do finalismo penal, considerável mudança na forma de se analisar a estrutura analítica do delito, em virtude da mudança metodológica na elaboração da dogmática jurídico-penal, proposta, sobretudo, por Hans Welzel, que concedeu maior grau de relevância à consciência e vontade do agente na prática do ato delitivo. Assim, vislumbrou-se indissociável a existência do crime à verificação inicial da vontade dirigida pelo praticante.

3.1.1 O consentimento do ofendido sob a perspectiva da teoria finalista

Passados os esclarecimentos introdutórios sobre a teoria finalista, cumpre relacionar as contribuições trazidas por tal dogmática à análise de tipicidade penal do crime de violação de domicílio, previsto no artigo 150, *caput*, do Código Penal (Decreto-Lei 2.848 de 1940), vez que o dissentimento da vítima apresenta-se como elementar essencial para a caracterização do referido delito.

Antes de se adentrar à discussão, contudo, vale trazer a literalidade do artigo que

⁵³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

incrimina a violação de domicílio no direito brasileiro⁵⁴, vez que, no primeiro capítulo deste trabalho, mais especificamente no item “2.4”, teve-se à interpretação doutrinária sobre a expressão “*casa*” contida no artigo 150 do Código Penal, sem maiores discussões sobre o tipo penal em si:

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)

§ 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 nº. II do parágrafo anterior;

II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

No que se refere ao tipo objetivo do delito de violação de domicílio, que são aqueles elementos que identificam e delimitam a proibição penal, duas condutas podem caracterizar o delito em análise, destacam Julio Mirabete e Renato Fabbrini⁵⁵:

Duas são as condutas típicas no crime de violação de domicílio: a de entrar, que significa invadir, transpor integralmente os limites da casa ou de suas dependências; e a de permanecer, ou seja, de não sair, não deixar a casa ou

⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

suas dependências quando, tendo o agente ingressado legitimamente, se recusa a acatar a vontade do titular para que se retire. A entrada (MIRABETE; FABBRINI, 2019, p. 703).

Mais adiante, sobre o tipo subjetivo, que são - de forma sucinta - os aspectos subjetivos da conduta proibida, explicam os mesmos doutrinadores, também, que a invasão de domicílio com vistas à prática de crime mais grave acaba por este sendo absorvida:

O dolo é a vontade de ingressar ou permanecer na casa contra a vontade de quem de direito, não sendo necessário indagar qual a sua finalidade última. Há ponderável corrente jurisprudencial no sentido de que é exigido o dolo específico, ou seja, a vontade de invadir o domicílio como propósito único da ação, o que torna o crime vazio de conteúdo. Quando o agente tem por finalidade a prática de crime, iniciada ao menos sua execução, a violação de domicílio é absorvida. Pode-se reconhecer o erro que exclui o dolo (quanto a estar a casa abandonada, quanto aos limites de suas dependências, quando autorizado por um dos moradores etc.) (MIRABETE; FABBRINI, 2019, p. 704).

Ainda sobre o elemento subjetivo, destaca o doutrinador Guilherme de Souza Nucci⁵⁶ a impossibilidade de verificação de dolo eventual no crime de violação de domicílio, que é aquela modalidade em que o agente assume o risco, conforme o artigo 18, inciso I, do Código Penal⁵⁷, com a prática de sua conduta e pelas circunstâncias, de produzir o resultado, embora não aja com essa finalidade:

É o dolo. Não há forma culposa, 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 (NUCCI, 2019, p. 898).

Dos excertos acima, colhe-se que, sendo o dolo a vontade de ingressar ou permanecer na casa, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade de quem de direito, o consentimento da vítima ganha especial relevância na análise do crime de violação de domicílio, sobretudo pelo prisma da teoria finalista, em que a verificação do dolo ou culpa se dá no âmbito da tipicidade, e não no da culpabilidade. E a mencionada relevância ocorre justamente porque apresenta-se incompatível a violação de domicílio (“*contra a vontade de quem de direito*”) se

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 898.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

o proprietário ou o possuidor do recinto consentir com a entrada do terceiro.

Então, sobre o consentimento da vítima, discorre Francisco de Assis Toledo⁵⁸ que ele pode ter diferentes reflexos jurídicos na análise do crime, a depender das elementares essenciais do tipo para a caracterização do delito. Elucidativo, nesse sentido, é o seu magistério:

Em relação às denominadas causas supralegais de exclusão da ilicitude, silenciou-se a reforma penal brasileira, tal como o Código de 1940. Isso, entretanto, não deverá conduzir o intérprete a afirmar o caráter exaustivo das anteriormente citadas causas legais de justificação, como fez Bataglini, em relação ao Código italiano. É que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal. Assim, por exemplo, como recusar-se efeito excludente da ilicitude ao consentimento expresso do ofendido, em relação a danos que atingem bens plenamente disponíveis? Vejamos dois exemplos. Destruir coisa alheia caracteriza o crime de dano do art. 163 do Código Penal. Se, contudo, o proprietário da coisa, que a possua livre e desembaraçada, autoriza a sua destruição, quem executa essa destruição não pratica ato ilícito, por encontrar-se ao abrigo da causa da justificação supralegal - o consentimento do ofendido. Privar alguém da liberdade mediante cárcere privado constitui o crime do art. 148 do Código Penal. Se, todavia, esse alguém consentiu no encarceramento para submeter-se a uma experiência científica, o fato não será um ilícito penal, pois a ilicitude se exclui pelo consentimento do ofendido. E assim por diante. Ante o exposto, colocando-nos em divergência com Hungria, defendemos a existência, no direito brasileiro, do consentimento do ofendido, como causa supralegal de justificação. Note-se, contudo, que nos referimos ao consentimento justificante, isto é, àquele que se impõe de fora para a exclusão da ilicitude (em alemão, 'Einwilligung'), não ao consentimento que exclui a adequação típica, quando a própria norma incriminadora pressuponha o dissenso da vítima (exemplo: invasão de domicílio) ou quando o consentimento seja elemento essencial do tipo (exemplo: rapto consensual) (TOLEDO, 1994, p. 171-172).

Evidente que, para Assis Toledo, o consentimento da vítima pode ser interpretado de diferentes maneiras. Não havendo o dissenso como elemento essencial do tipo e sendo o bem jurídico atingido pela conduta lesiva disponível, o assentimento válido do ofendido deve ser interpretado como causa supralegal de justificação, com vistas à exclusão do crime, mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro não o tenha assim previsto.

Assim, embora detentora de todas as elementares essenciais para a caracterização do delito, a conduta deixaria de ser ilícita, a exemplo, como citado, da danificação de um objeto

⁵⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

por um terceiro, ordenada pelo seu proprietário.

Por outro lado, constituindo o dissenso da vítima elemento essencial do tipo, como nos crimes de introdução de animais em propriedade alheia, art. 164, e de apropriação indébita, art. 168, o consentimento anula a própria tipicidade⁵⁹. No mesmo norte da teoria dualista do consentimento da vítima, que o concebe ora como causa excludente da ilicitude, ora como causa de atipicidade, impende destacar as lições de Cezar Roberto Bitencourt⁶⁰ sobre este instituto no direito brasileiro:

O ordenamento jurídico brasileiro, como já afirmamos, não faz qualquer referência às causas supralegais de justificação. Mas o caráter dinâmico da realidade social permite a incorporação de novas pautas sociais que passam a integrar o cotidiano dos cidadãos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas. Por isso, condutas outrora proibidas adquirem aceitação social, legitimando-se culturalmente. Como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, em que pese alguma resistência oferecida por parte da doutrina e da jurisprudência. A concepção do conteúdo material da antijuridicidade tornou possível a admissão de causas supralegais de justificação, como têm sustentado a doutrina nacional e estrangeira. Na verdade, para se reconhecer uma causa supralegal de justificação pode-se recorrer aos princípios gerais de direito, à analogia ou aos costumes, afastando-se a acusação de tratar-se de um recurso metajurídico. Convém destacar que, ao contrário do que pensam alguns penalistas, a admissão de causas supralegais de justificação não implica necessariamente a aceitação, a contrario sensu, de injustos supralegais, diante da proibição patrocinada pelos princípios de legalidade e da reserva legal⁶¹. As hipóteses relacionadas no art. 23 do nosso Código Penal, embora não sejam exaustivas, deixam pouco espaço, na verdade, para causas supralegais, nada impedindo que, configurada sua ocorrência, seja reconhecida naturalmente. Caso típico é o consentimento do ofendido, mas somente aquele que se impõe de fora para dentro, para excluir a ilicitude, sem integrar a descrição típica. [...] A valoração jurídica do consentimento — destaca Lélío Calhau — “depende da seriedade do consentimento, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores, e não terá aquela força se se verificarem razões de ordem pública contra o seu reconhecimento”. No entanto, ao se examinar a natureza e importância do consentimento do ofendido, deve-se distinguir aquelas situações que caracterizam exclusão de tipicidade das que operam como excludentes de antijuridicidade. Na verdade, se fizermos uma análise, ainda que superficial, constataremos que em muitas figuras delituosas, de qualquer Código Penal, a ausência de consentimento faz parte da estrutura típica como uma característica negativa do tipo⁶². Logo, a presença de consentimento afasta a tipicidade da conduta que, para configurar crime, exige o dissenso da vítima, como, por exemplo, era o caso do crime de rapto (art. 219, já revogado),

⁵⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 214

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 25. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

da invasão de domicílio (art. 150), do aborto provocado sem consentimento da gestante (art. 125) etc. Outras vezes, o consentimento do ofendido constitui verdadeira elementar do crime, como ocorria, por exemplo, no rapto consensual (art. 220, também já revogado) e no aborto consentido (art. 126). Nesses casos, o consentimento da vítima é elemento essencial do tipo penal. Enfim, são duas formas distintas de o consentimento do ofendido influir na tipicidade: para excluí-la, quando o tipo pressupõe o dissenso da vítima; para integrá-la, quando o assentimento da vítima constitui elemento estrutural da figura típica. De qualquer sorte, nenhuma dessas modalidades de consentimento configura o consentimento justificante, isto é, com aquela função, suprallegal, de excluir a antijuridicidade da ação. Mas o consentimento justificante poderá existir quando decorrer de vontade juridicamente válida do titular de um bem jurídico disponível. O consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como causa justificante suprallegal, afastando a proibição da conduta, isto é, a antijuridicidade, como, por exemplo, nos crimes de lesão corporal (art. 129), cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), dano (art. 163) etc (BITENCOURT, 2019, p. 417).

O consentimento, por evidente, não tem amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, o que não o impede de se consagrar como um importantíssimo instituto na análise do crime, em decorrência das infinitas situações surgidas de casos concretos que o legislador acaba não conseguindo dar conta de prevê-las e tampouco regulá-las, o que acaba ocorrendo pela doutrina e jurisprudência.

Portanto, especificamente no que se refere ao crime de violação de domicílio, a existência de consentimento por quem de direito - seja proprietário ou possuidor -, no que se refere à entrada ou permanência no imóvel, induz, sob a perspectiva finalista, à atipicidade da conduta, uma vez que o dissenso da vítima, expresso (“*contra quem de direito*”) ou implícito (“*clandestina ou astuciosamente*”), constitui elementar essencial do tipo penal previsto no artigo 150, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Aliás, vale frisar, nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶³, que ressalta ser desprovida de fundamento no ordenamento jurídico brasileiro a entrada não consentida em domicílio de terceiros e fora das exceções constitucionais, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso:

Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79512. Relator: Ministro Selpúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 16 maio 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1775823>. Acesso em: 23 ago. 2021.

penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca (BRASIL, 1999).

3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O IMPLEMENTO DE NOVAS ELEMENTARES NA ANÁLISE DO CRIME

Neste momento, com vistas à discussão - mais adiante - do consentimento do ofendido sob a ótica da teoria da imputação objetiva, que diverge da posição dualista apresentada anteriormente, em que o consentimento pode ter implicações tanto na exclusão da tipicidade (quando o dissenso for elementar do tipo penal) como da ilicitude (quando não houver o dissenso como elementar e o bem jurídico lesado seja disponível), prudente discorrer, para melhor compreender a corrente unitária do consentimento, sobre a imputação objetiva e suas contribuições na teoria do crime, sobretudo no âmbito da relação de causalidade.

Assim, destaca-se o magistério de Jairo José Gênova⁶⁴:

Na Teoria do Crime, um dos mais antigos e intrincados problema é o da relação de causalidade, o elo entre a conduta humana e o resultado material, a aferição da "causa" do resultado. [...] Daí surgirem diversas teorias, visando precisar a noção de causa, investigando e debatendo acerca do maior ou menor realce a ser conferido a umas ou outras forças produtoras do evento. O Código Penal pátrio adotou a teoria da "conditio sine qua non", que atribui relevância a todos os antecedentes do resultado naturalístico. Na maioria dos casos, a aferição do nexos causal é simples, mas há fatos que se apresentam com grandes dificuldades para a fixação da relação causal, principalmente quando surgem as chamadas "concausas". Outro tema complexo dentro da Teoria do Crime é o consentimento e a conduta do ofendido. Na doutrina clássica, o consentimento do ofendido atua como causa de exclusão da tipicidade, quando o dissentimento for elementar do tipo e, como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, enquanto o bem jurídico for disponível. Mas se o consentimento da vítima ou o seu comportamento (atirar-se de um veículo em movimento porque ameaçada de estupro, p. ex) atingir bens jurídicos indisponíveis (integridade física ou a vida), terá alguma consequência no campo penal? Em razão das dificuldades inerentes a esses temas, tem sido proposta a adoção da Teoria da Imputação Objetiva, desenvolvida na Alemanha por vários doutrinadores, destacando-se para Claus Roxin e Hans Joachim Rudolphi, e difundida no Brasil pelo professor Damásio Evangelista de Jesus. Sustentam seus defensores que a responsabilidade do autor só pode ir até os limites de sua atuação, ou seja, um resultado lesivo só pode ser imputado a uma pessoa, quando constituir obra de sua conduta, impedindo a responsabilidade baseada na mera causalidade, na má sorte ou no destino. [...] Como se nota, a imputação objetiva não se satisfaz com a causalidade material, exigindo que, além dela, deva ficar

⁶⁴ GENOVA, Jairo José. O Comportamento Da Vítima E A Teoria Da Imputação Objetiva. **Caderno Jurídico**, v. 1, n. 01, p. 38-50, Imprensa Oficial do Estado. São Paulo, abr. 2001. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

comprovado que a ação, no momento de sua execução, constituía um perigo juridicamente reprovável e, que esse perigo, concretizou-se no resultado típico (GENOVA, 2001, p. 38).

Nota-se, portanto, que a teoria da imputação objetiva surgiu com vistas a aprimorar o entendimento sobre a relação de causalidade entre conduta e resultado, fugindo da simples relação de causa e efeito, como ocorria na teoria da equivalência dos antecedentes, para a qual causa é todo comportamento humano, comissivo ou omissivo, que de qualquer maneira concorreu para a produção do resultado naturalístico, pouco importando o grau de contribuição⁶⁵.

Desse modo, foram implementados, com o advento da imputação objetiva, determinados aspectos com vistas a limitar a responsabilização penal e torná-la mais segura. Nessa toada, impende colacionar os ensinamentos do ilustre Cleber Masson⁶⁶:

Em uma perspectiva clássica, o tipo penal apresentava apenas aspectos objetivos, representados na relação de causalidade. Considerava-se realizado o tipo toda vez que alguém causava o resultado nele previsto, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes. A causalidade gerava, assim, o problema do 'regressus ad infinitum', cuja restrição só podia ser efetuada no âmbito da ilicitude, ou, na maior parte das vezes, da culpabilidade, que englobava o dolo e a culpa. Para resolver esse problema, o sistema finalista conferiu ao tipo penal também uma feição subjetiva, com a inclusão na conduta do dolo e da culpa. Exemplo: Se "A", fabricante de armas de fogo, produz aquela que posteriormente foi adquirida por "B" para matar "C", não poderá ser penalmente responsabilizado. Para a teoria clássica, por ausência de culpabilidade; para a teoria finalista, porque o fato é atípico (uma vez ausente o dolo ou aculpa). Para os adeptos da teoria da imputação objetiva, contudo, o sistema finalista, ao limitar o tipo objetivo à relação de causalidade, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes, não resolve todos os problemas inerentes à imputação. Vejamos o exemplo apresentado por Claus Roxin: Imaginemos que "A" venda heroína a "B". Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; "A" o faz, porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e "B", por considerar sua vida já estragada e só suportável sob estado de entorpecimento. Deve "A" ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de "B" realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de "A" para a morte de "B", bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição. Assim, para resolver o caso narrado, entre outros sem solução possível pelo sistema finalista, a teoria da imputação objetiva insere duas novas elementares (criação de um risco proibido e realização do risco no resultado) no tipo objetivo, que deixa de ser só causalidade. Logo, com a adoção da teoria da imputação objetiva, a relação de causalidade somente estaria caracterizada quando ultrapassadas três etapas: 1ª etapa: teoria da equivalência dos antecedentes; 2ª etapa: imputação

⁶⁵ MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**: arts. 121 a 212. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018. p. 258.

⁶⁶ Ibid, p. 271.

objetiva; 3ª etapa: dolo ou culpa (causalidade psíquica). Ao contrário do que seu nome parece em princípio indicar, não se confunde com a responsabilidade penal objetiva. Sua função é completamente diversa: limitar a responsabilidade penal, pois a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinada pela relação de causalidade, mas é necessário outro nexos, de modo que esteja presente a realização de um risco proibido pela norma. Seria mais apropriado, portanto, falar em teoria da não imputação objetiva, pois a sua missão precípua é evitar a atribuição indevida e objetiva de um resultado típico a alguém. Essa teoria é aplicável exclusivamente aos crimes materiais, nos quais pode ser produzido um resultado naturalístico cuja imputação deve ser cautelosamente atribuída ao agente. Não tem cabimento nos crimes formais e de mera conduta, já que neles inexistem resultado naturalístico ligado à conduta. Portanto, sequer é necessária a utilização da teoria da equivalência dos antecedentes (MASSON, 2018, p. 271).

Então, vê-se que a teoria da imputação objetiva apresenta-se com o objetivo de sanar controvérsias (a exemplo do *'regressus ad infinitum'*) decorrentes da aplicação, em determinados casos de crimes materiais, de teorias pautadas tão somente na relação de causalidade entre conduta e resultado (a exemplo da teoria da equivalência dos antecedentes causais, como citada anteriormente), as quais não se mostravam suficientes para dirimi-los, pois possuíam malha muito larga na responsabilização dos atos antecedentes ao delito, sem distingui-los.

Com o advento da teoria da imputação objetiva, desse modo, a verificação da relação de causalidade se torna mais robusta e qualificada, pois, como defendido por Masson, insere duas novas elementares no tipo objetivo (criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado).

Mais especificamente sobre os requisitos estabelecidos para a imputação objetiva do resultado, preleciona o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt⁶⁷, em síntese, que as pessoas só podem ser responsabilizadas pelo que fizeram, e não pelo produto do azar, rechaçando, portanto, a imputação de resultados decorrentes de condutas socialmente permitidas, ou, ainda que não permitidas, não tenham se realizado no resultado:

Para a teoria da imputação objetiva, o resultado de uma conduta humana somente pode ser objetivamente imputado a seu autor quando tenha criado a um bem jurídico uma situação de risco juridicamente proibido (não permitido) e tal risco se tenha concretizado em um resultado típico. [...] A teoria objetiva estrutura-se, basicamente, sobre um conceito fundamental: o risco permitido. Permitido o risco, isto é, sendo socialmente tolerado, não cabe a imputação; se, porém, o risco for proibido, caberá, em princípio, a imputação objetiva do resultado. Na concepção de Roxin, a teoria da imputação objetiva estabelece três requisitos

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 25. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

básicos para a imputação objetiva do resultado, que representam, em realidade, três grandes grupos de problemas: a) a criação de um risco jurídico-penal relevante, não coberto pelo risco permitido; b) a realização desse risco no resultado; e c) que o resultado produzido entre no âmbito de proteção da norma penal.[...] A responsabilidade pelo delito consumado deve ser inicialmente inferida pela constatação da relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado típico. Além disso, é necessário demonstrar se o resultado típico representa, precisamente, a realização do risco proibido criado ou incrementado pelo agente. Quanto ao terceiro requisito, (iii) âmbito de proteção da norma, trata-se de um limitador da imputação objetiva, que visa à interpretação restritiva dos tipos penais, de tal modo que, em determinados casos, seja possível negar a imputação do resultado, inclusive quando os outros dois requisitos estejam presentes. Como adverte Roxin, no momento de valorar se o resultado é a realização do risco não permitido, é necessário estabelecer uma correspondência entre a finalidade, o alcance da norma de cuidado (sob a perspectiva ex ante) e o resultado, de modo que não se pode imputar o resultado à conduta se a norma de cuidado era insuficiente ou inadequada para evitar o resultado finalmente produzido. Ou seja, apesar de a conduta gerar um risco tipicamente relevante, não amparado por um risco permitido, não haverá imputação se se verificar, ex post, que os cuidados exigidos, ex ante, não eram suficientes nem adequados para evitar o resultado desvalorado, na medida em que fatores imprevisíveis ou desconhecidos (ex ante) também interferiram na produção do resultado típico (BITENCOURT, 2019, p. 341).

A análise do delito pela teoria da imputação objetiva, então, ganha contornos mais profundos, pois, além da tipicidade formal exigida para a configuração do delito, isto é, a prática de uma conduta penalmente relevante, apresenta-se necessário também a verificação da criação de um risco proibido e que esse risco seja relevante no resultado.

3.2.1 O consentimento do ofendido sob o espectro da teoria da imputação objetiva

Este tópico tem por finalidade discutir a interpretação dada pelos adeptos da teoria da imputação objetiva ao consentimento da vítima e verificar em qual plano este deve influir quando da análise do crime, com vistas a revelar a sua natureza jurídica. Isso porque, como visto anteriormente, segundo a doutrina dominante (dualista), o consentimento do ofendido pode ter tratamento diverso dentro da teoria do crime. Ora exclui a tipicidade, ora é tratado como causa supralegal de exclusão da ilicitude.⁶⁸

No entanto, em contraponto à teoria clássica, debatida anteriormente, tem ascendido no âmbito doutrinário a teoria unitária do consentimento da vítima (orientada pelos adeptos da

⁶⁸ ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Causa de Exclusão da tipicidade**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2008. p. 82.

teoria da imputação objetiva), que sustenta que este teria, nas hipóteses de disponibilidade do bem jurídico, o condão de excluir a tipicidade, ainda que o dissenso não seja uma elementar do tipo penal incriminador. Nesse sentido, lecionam Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina⁶⁹:

O consentimento válido da vítima nos casos em que produz efeitos penais afasta a conflitividade, que é barreira intransponível da incidência do Direito penal. Sem conflitividade (e afetação desvalorada de bens jurídicos alheios) não há delito. a) Exclusão da tipicidade formal: quando o tipo penal exige o dissentimento da vítima, expresso (estupro, invasão de domicílio), havendo consentimento válido, não há dúvida de que fica excluída a tipicidade, mais precisamente a tipicidade formal (porque não concretizados todos os requisitos objetivos formais do tipo). [...] b) Exclusão da tipicidade material: quando se trata de bem jurídico disponível (mas não tendencialmente vital) e a vítima consente validamente, há exclusão da dimensão axiológica do fato típico, isto é, da tipicidade material (o dono autoriza a destruição do seu veículo, v.g.). Não há crime quando a vítima consente validamente (*Volent non fit iniuria*) e o bem jurídico é disponível. [...] Zaffaroni diz que nesse caso fica excluída a tipicidade conglobante; para nós fica excluída a tipicidade material. O fundamento dogmático para a exclusão da tipicidade seria a falta de antinormatividade para Zaffaroni e, para nós, a ausência de risco proibido. Não gera risco proibido a conduta que foi consentida validamente pela vítima. Sintetizando: no estupro, na violação de domicílio etc., havendo consentimento válido da vítima não se realiza formalmente a conduta proibida. Logo, não há a dimensão fática ou tipicidade formal. No caso de pequena lesão corporal consentida, o que exclui é a dimensão normativa ou material (a desaprovação da conduta, que não cria risco proibido, ao contrário, risco permitido e consentido). Também é o caso de risco permitido e consentido quando a pessoa doa sangue, quando há intervenção cirúrgica terapêutica ou estética, lesões esportivas, tatuagens, vasectomia, laqueadura, corte de cabelo etc. (GOMES; MOLINA, 2009, p. 244-245).

A mudança, por conseguinte, trazida pela teoria da imputação objetiva, qual seja a inclusão de duas novas elementares no tipo objetivo (criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado), permite que o consenso da vítima, mesmo no caso em que o dissentimento não seja uma elementar essencial, exclua a tipicidade, haja vista não se caracterizar como uma ação delitiva que produza risco proibido, pelo contrário, o risco criado no resultado é evidentemente permitido, nos casos em que o bem jurídico seja disponível - socialmente aceitáveis -.

Vale ressaltar que, segundo Roxin, como fundamento para a aplicação da teoria unitária do consentimento do ofendido, isto é, admiti-lo única e exclusivamente como causa de exclusão da tipicidade da conduta, somente é possível com base na teoria liberal do bem jurídico

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha.

referida ao indivíduo, que destaca o caráter utilitário dos bens jurídicos. Citado por Patrícia Vanzolini e Gustavo Junqueira⁷⁰:

Se os bens jurídicos devem servir para o livre desenvolvimento do particular, não pode existir uma lesão do bem jurídico quando a ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não afeta seu livre desenvolvimento, mas ao contrário, constitui sua expressão (VANZOLINI; JUNQUEIRA, 2019, p. 117).

Em consonância, necessário destacar o magistério de Juarez Cirino dos Santos - um dos defensores da posição unitária do consentimento do ofendido no Brasil -, em que aduz ser o assentimento manifesto da vítima, mesmo não havendo o dissenso como elementar do tipo, causa de exclusão da tipicidade, quando for o bem jurídico disponível, em respeito à liberdade constitucional de ação⁷¹. Aliás, faz Juarez a ressalva de que bens jurídicos públicos não são passíveis de disposição por meio de consenso de particular:

O consentimento real do ofendido, no caso de bem jurídico disponível, tem eficácia excludente da tipicidade da ação, porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa exercício de liberdade constitucional de ação. Com exceção da vida, todos os bens jurídicos individuais, inclusive a integridade e saúde corporais - mesmo no caso de lesões graves, como mostra a prática de esportes marciais -, são disponíveis. [...] Finalmente, o consentimento real é ineficaz em relação à vida humana, bem jurídico indisponível - tabu só quebrado pela legítima defesa e por certas situações do estado de necessidade -, valendo o consentimento real apenas como redução de pena (a eutanásia, por exemplo); igualmente, o consentimento real é ineficaz em relação a bens jurídicos da comunidade, como a falsificação de documento, que fere a credibilidade da circulação jurídica etc. (SANTOS, 2008, p. 272-273).

No mesmo norte, leciona Damásio de Jesus⁷², que trata também dos impactos práticos positivos decorrentes da adoção da corrente unitária do consentimento, amparado em um Direito penal célere e justo:

Hoje, porém, verifica-se na teoria da imputação objetiva, que passamos a adotar, forte tendência, ainda minoritária, de conceder ao consenso da vítima relevância em nível de tipicidade e não de antijuridicidade, isto é, os autores estão passando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não contém o dissentimento (2º caso), deve produzir efeito no plano da tipicidade,

⁷⁰ VANZOLINI, Patrícia; Junqueira, Gustavo. **Manual de direito penal** : parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** : parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

⁷² JESUS, Damásio. O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Ministério Público do Rio de Janeiro. v. 12. Rio de Janeiro <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2782/>. Acesso em: 02 de ago. 2021.

excluindo-a, e não na área da ilicitude, com excludente supralegal. [...] Com efeito, conceituando o delito como fato típico e antijurídico (e culpável, segundo parte da doutrina), a exclusão do comportamento numa ou em outra fase (da tipicidade ou da ilicitude) tem importância prática. Atribuindo-se efeito de atipicidade ao consenso válido, impede-se a persecução criminal, atendemos a reclamos de um Direito penal democrático e garantista. Como só é admissível passar à apreciação de uma categoria a outra, isto é, do fato típico à ilicitude e desta à culpabilidade, "medida em que fiquem perfeitamente delineados os elementos pertencentes a cada uma", a imputação final, com as conseqüentes condenação e aplicação de pena, ganha foros de confiança e firmeza. Realmente, a apreciação do delito sob diversas fases de valoração, quais sejam, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, estruturadas em seqüência, "proporciona alto grau de racionalidade e segurança na aplicação do Direito e, ao diferenciar" essas etapas, "possibilita além disso, um resultado final justo. E esse "resultado final justo" pode ocorrer já no plano do fato típico, sem aguardar a fase da apreciação da ilicitude, em momento posterior (JESUS, 2000, p. 55-57).

São, portanto, distintos os efeitos da apreciação do consenso na esfera da tipicidade ou da ilicitude, sobretudo do ponto de vista de um Direito penal democrático e garantista. Ademais, sobre as implicações práticas do reconhecimento do consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade, seja quando o dissenso da vítima se apresente como elemento do tipo penal incriminador ou mesmo quando o assentimento seja decorrente da livre vontade do indivíduo de dispor do bem jurídico tutelado, vale colacionar os ensinamentos de Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho⁷³:

O primeiro ponto a ser destacado neste capítulo é a possibilidade de a autoridade policial se valer dos critérios de exclusão da tipicidade para fundamentar a não-instauração de procedimento inquisitório sobre o fato constante de peça de informação, que, no seu entender, é atípico. Nesses casos, o delegado de polícia não é obrigado a instaurar formalmente o inquérito policial por portaria. Basta fundamentar que o procedimento não foi iniciado tendo em vista que o fato comunicado não é crime, em razão da exclusão da tipicidade em virtude da insignificância da lesão, da adequação social da conduta, do risco socialmente tolerado, do princípio da confiança, do consentimento da vítima, ou pela utilização da atipicidade conglobante. Dentro de uma visão de efetividade e instrumentalidade do processo penal, o intérprete necessita munir-se de elementos interpretativos, para que o direito penal "possa vir refletir os valores do Estado Democrático de Direito, expressos na Constituição Federal", conforme aponta Márcia Dometila Lima de Carvalho "com a adoção dessa nova mentalidade, afastam-se, de plano, os processos estéreis, fins em si mesmos, sem qualquer funcionalidade". A autora continua sua lição: "Na prática não é o que se vê, ainda, no processo penal pátrio. É comum o Ministério Público, investindo-se de acusador implacável, usar de todos os recursos para levar avante processos de somenos importância. Tanta energia e tempo são gastos em processos contra débeis acusados, e faltam tempo e pauta para a persecução dos grandes crimes econômicos, dos crimes que agridem, verdadeiramente, os valores constitucionalmente postos" (ISOLDI FILHO, 2008, p. 87-90).

⁷³ ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Causa de Exclusão da tipicidade**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2008. p. 87-90.

Nota-se, assim, por parte dos filiados à teoria da imputação objetiva e, portanto, à teoria unitária do consentimento do ofendido, a crítica direcionada ao excesso de formalismo no processo penal, sobretudo com a promoção de ações penais que não levarão a fim algum, em razão da existência de circunstâncias que, a despeito de influírem frontalmente na prossecução da apuração e responsabilização delitivas, só poderão ser levadas a cabo mais adiante, quando do julgamento final do caso, após a instrução criminal. Isoldi Filho continua sua lição⁷⁴

O titular da ação penal pública não deve ser formalista a ponto de dar início a processos em todas as situações nas quais há uma subsunção formal do fato ao tipo penal, sem fazer uma valoração que possibilite a exclusão da tipicidade material que fundamenta o pedido de arquivamento. O excesso de formalismo adotado por alguns membros do Ministério Público não possibilita que sua atuação direcione-se a fatos realmente significantes, o que gera prejuízo à sociedade. Isso porque “os formalistas não permitem a consideração de fatos concretos em sua análise dogmática” [...] É forçoso concluir que não se chega a uma sentença justa tão somente pela independência do juiz e sua submissão ao direito, visto que é necessário, ainda, que o processo penal seja conduzido, do começo ao fim, sob as ópticas da efetividade e da instrumentalidade. Somente uma mudança de mentalidade, inclusive por parte dos intérpretes, “poderá trazer a eficácia que o processo penal necessita para bem cumprir sua função, tendo em vista os resultados jurídicos substanciais, determinados pela Constituição”. A nosso ver, é com a utilização dos critérios de exclusão da tipicidade material que o aplicador do direito penal poderá racionalizar o seu trabalho, evitando ou não dilatando processos com fatos sem importância para, em consequência disso, despendar mais tempo com questões de maior relevância (ISOLDI FILHO, 2008, p. 89-90).

Diante de todo o exposto, percebe-se que, com o implemento, pela teoria da imputação objetiva, das duas elementares essenciais no tipo objetivo (criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado), possibilita-se ao processo penal ser mais célere quando da existência de consentimento da vítima mesmo no caso em que o dissentimento não seja uma elementar essencial do delito, haja vista não poder se concluir pelo preenchimento da faceta da tipicidade material ante a inexistência do risco proibido criado no resultado, em homenagem à liberdade de ação e de disposição do ofendido - nos casos em que o bem jurídico seja disponível.

Consequentemente, tal interpretação do consenso leva a um processo penal mais eficiente e econômico, com vistas a focar nos casos que demandem apuração mais detida e detalhada, em consonância com o Estado Democrático de Direito.

⁷⁴ ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Causa de Exclusão da tipicidade**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2008.

4. COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A CONDUTA DE MANTER SOB GUARDA ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO EM VEÍCULOS AUTOMOTORES UTILIZADOS COM FINS LABORAIS E A RELAÇÃO COM O CONCEITO DE “CASA”

Este capítulo objetiva investigar julgados penais nos quais a arma de fogo de uso permitido encontrada em veículos automotores utilizados com fins laborais tenha relação com o conceito de ‘casa’.

A análise se dá porque, conforme amplamente explanado no primeiro capítulo, determinados veículos automotores são compreendidos, doutrinária e jurisprudencialmente, no conceito da referida expressão, dados os fins a que almejam proteger tanto o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 quanto o art. 150 do Código Penal.

Vale ressaltar que não serão objeto de discussão quais os calibres de arma de fogo são compreendidos como de uso permitido pelo ordenamento jurídico, pois indiferente para o fim almejado no presente estudo e até porque essa definição tem sido modificada sucessivamente ao longo dos últimos anos.

Antes, no entanto, imprescindível trazer a literalidade das condutas incriminadas pelos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/03⁷⁵ (posse e porte de arma de fogo de uso permitido, respectivamente), para verificar suas elementares essenciais e distingui-las:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

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

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Da leitura dos artigos acima, extrai-se que o crime de posse de arma de fogo de uso permitido resta configurado apenas quando o núcleo do tipo penal for realizado no interior da residência do agente ou dependência desta, ou ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa, enquanto o delito de porte de arma de fogo de uso permitido se satisfaz, sobretudo, quando o agente mantém sob guarda os referidos artefatos bélicos fora dos recintos abrangidos pelo artigo 12 do Estatuto do

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm Acesso em: 01 ago. 2021.

Desarmamento, além das demais condutas, como transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar etc.

A análise da jurisprudência, por conseguinte, visa esclarecer a interpretação dos tribunais acerca dos casos em que motoristas sejam flagrados mantendo sob sua guarda arma de fogo de uso permitido, nas dependências de veículos que utilizem com propósitos laborais.

O problema, dessa forma, está justamente na definição do que pode ser compreendido extensivamente por “local de trabalho” e, conseqüentemente, ter a proteção jurídico-constitucional conferida à expressão “casa”, para que a conduta de manter sob guarda a arma de fogo de uso permitido no veículo configure crime de posse.

Vale rememorar que, conforme amplamente discorrido no primeiro capítulo, para grande parte dos doutrinadores o manto da inviolabilidade domiciliar deve ser estendido inclusive a locais de trabalho não abertos ao público, móveis ou não, em homenagem à privacidade e à intimidade demandadas no recinto, assim como a tipificação do delito de violação de domicílio considera estes locais como objetos materiais a se proteger.

Inicialmente, impende destacar o julgamento do Habeas Corpus n. 116.052/MG pelo Superior Tribunal de Justiça⁷⁶. No caso, o acusado havia sido condenado na origem pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, cuja condenação fora mantida pelo tribunal de justiça local. Perante o STJ, a defesa do impetrante pugnou pelo reconhecimento da *vacatio legis* indireta estabelecida pelo Estatuto do Desarmamento (arts. 31 e 32), argumentando que o acusado apenas mantinha sob sua guarda, no interior da cabine do caminhão, arma de fogo de uso permitido, não tendo sido flagrado portando-a.

Para tanto, sustentou que tal cabine é seu local de trabalho, vez que é caminhoneiro e, portanto, a cabine teria a mesma conotação de “casa” para fins legais, razão pela qual requereu a desclassificação do fato para a conduta prevista no art. 12, *caput*, da Lei 10.826/03.

No entanto, por unanimidade, os Ministros da Sexta Turma denegaram a ordem do Habeas Corpus. A propósito, colhe-se do voto da Relatora:

Segundo o apelante, o fato de que ele foi flagrado com a arma apreendida dentro de seu carro enquanto viajava não caracteriza seu porte, mas tão-somente a posse. Porém, não se pode considerar o veículo do agente como sendo uma mera extensão de seu domicílio com a finalidade de interpretar sua ação como sendo a de simples posse da arma apreendida. Caso ela se encontrasse guardada em sua residência, certamente estaríamos diante de simples posse. Porém, ela foi encontrada dentro do carro do agente, enquanto

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 116.052/ MG. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargadora Jane Silva. Brasília, 20 de novembro de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 2008.

ele o dirigia. Assim, ele não apenas demonstrava ter a disposição de tal bem, mas também o que o transportava para local diverso, conduta também tipificada no artigo 14 da Lei 10.826/2003. [...] O caminhão, ainda que seja instrumento de trabalho do motorista, não pode ser considerado extensão de sua residência, nem local de seu trabalho, mas apenas instrumento de trabalho que, na hipótese, estava fora daqueles locais anteriormente citados. Deste modo, acertados estão a sentença e o acórdão ao condenar o paciente por porte ilegal de arma e não por posse do mesmo objeto, sendo totalmente inaplicável ao caso dos autos a alegada *vacatio legis*, devendo ser denegado o *habeas corpus*. (BRASIL, 2008).

É de se ressaltar que, no caso retratado acima, a arma apreendida estava sob a guarda do acusado enquanto o veículo se encontrava em movimento. Isso, aos olhos da Relatora, configura nitidamente o transporte do artefato bélico, conduta expressamente contida entre os verbos do artigo 14 da Lei 10.826/06.

Independentemente disso, restou rechaçada a ideia de se considerar a cabine do caminhão como “local de trabalho”, tampouco como “residência” do agente. E isso, por evidente, não seria acolhido mesmo que o indivíduo passasse vinte e quatro horas do seu dia dentro do automóvel, pois não foi sequer objeto de enfrentamento eventual falta de prova no sentido de que o acusado utilizava o veículo também com fins habitacionais.

Nesse mesmo sentido, em que a arma fora encontrada em situação de transporte no interior de veículo automotor utilizado com fins laborais, destaco o julgamento do Recurso Especial n. 1.219.901/MG, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁷⁷

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INTERIOR DE CAMINHÃO. CONFIGURAÇÃO DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 14 DA LEI 10.826/2003. 1. Configura delito de porte ilegal de arma de fogo se a arma é apreendida no interior de caminhão. 2. O caminhão não é um ambiente estático, não podendo ser reconhecido como local de trabalho. 3. Recurso especial provido (BRASIL, 2012, p. 685).

Do voto do Ministro Relator no aludido REsp, ressalto o seguinte, que vai ao encontro do acórdão no HC alhures colacionado, no sentido de não reconhecer o espaço de veículo automotor utilizado pelo motorista, com propósito laboral, como extensão do seu local de trabalho, mas tão somente instrumento de trabalho, ante à mobilidade do ambiente:

A questão está em estabelecer o alcance da expressão "local de trabalho" descrita no tipo do art. 12 da Lei n. 10.826/2003. O significado da palavra local, no dicionário Aurélio, é: relativo ou pertencente a determinado lugar [...] ou circunscrito a uma área ou região, limitado a uma parte específica de

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.219.901 / MG. Recorrente Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido Odemar Kovalski de Freitas. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. **Revista Superior Tribunal de Justiça**. vol. 235 p. 685. Brasília, 2012.

um todo, ou restrito a um campo ou domínio determinado. Dessa forma, local de trabalho indica um lugar determinado, não móvel; precisa ser um lugar conhecido, sem alteração de endereço. O caminhão, por sua vez, não é um ambiente estático, não podendo, portanto, ser reconhecido como local de trabalho. A expressão "local de trabalho" não pode abranger todo e qualquer espaço por onde o caminhão transitar, porque aí estaria adentrando no significado de porte de arma de fogo, em que o agente não está limitado a um único ambiente (BRASIL, 2012).

No entanto, vale salientar que, não obstante o Ministro Relator se valha de um dicionário para estabelecer o significado de "local" e o alcance da expressão "local de trabalho", o Direito não comporta tão somente interpretações engessadas, ao pé da letra. Não à toa a doutrina majoritária e, inclusive, a jurisprudência dos próprios tribunais superiores consideram a expressão "casa" como sendo um conceito extremamente amplo, consoante explanado no primeiro capítulo deste trabalho.

Então, a decisão aparenta ter sido tomada com vistas a atender à política criminal do desarmamento, muito embora a fundamentação careça de argumentos para afastar a interpretação dos veículos automotores que sejam utilizados com fins habitacionais - decorrente da atividade laboral - como "local de trabalho", uma vez que nesses locais há também a tranquilidade da vida íntima do ocupante a se tutelar, por mais que móveis.

No âmbito dos tribunais de justiça estaduais, a grande maioria dos julgamentos têm sido, também, no mesmo sentido jurisprudencial da Corte Superior de Justiça, ou seja, negando o reconhecimento dos espaços compreendidos nos veículos automotores como local de trabalho para fins de tipificação do crime de posse de arma de fogo de uso permitido, por mais que o condutor passe a maior tempo do seu dia no automóvel e nele exerça sua atividade profissional.

No julgado a seguir, revela-se o caso concreto bastante peculiar, pois o responsável pelo veículo automotor - que o conduzia no momento da abordagem policial -, detinha o registro da arma de fogo apreendida no veículo e também seu direito à posse regularizado e válido. Apesar disso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina posicionou-se no mesmo sentido da jurisprudência do STJ e manteve a condenação do caminhoneiro pelo crime de porte de arma de fogo de uso permitido, sob o argumento de que a cabine do caminhão não pode ser considerada seu local de trabalho, mas tão somente instrumento para o fim laboral. A propósito⁷⁸:

Apelação Criminal. Crime contra a incolumidade pública. Porte ilegal de

⁷⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0001090-85.2016.8.24.0051. Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Florianópolis, SC, 10 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2019.

arma de uso permitido (art. 14, caput, da Lei N. 10.826/2003). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Pleito de desclassificação da conduta de porte para a de posse de arma de uso permitido. Impossibilidade. Acusado surpreendido portando arma de fogo no interior do caminhão. Veículo que é considerado tão somente instrumento de trabalho e não local de trabalho ou extensão da residência, como faz crer a defesa. Porte do instrumento bélico comprovado. Precedentes. Sentença irreparável. [...] Pedido de restituição da arma. Inviabilidade. Ilicitude do porte. Efeito da condenação. Exegese do art. 91, II, a, do código penal. Recurso conhecido EM PARTE e PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001090-85.2016.8.24.0051, de Ponte Serrada, rel. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 26-11-2019) (SANTA CATARINA, 2019).

Aliás, da análise do voto do Desembargador Relator, não se vislumbra qualquer fundamentação pormenorizada no sentido de avaliar os bens jurídicos em discussão, a despeito de o acusado ter dito que apenas mantinha referido artefato bélico em seu veículo porque, como trabalhava sozinho no caminhão e já havia sido assaltado diversas vezes na estrada, optou por resguardar a sua segurança pessoal e privacidade no ambiente contra ataques externos. Um dos julgados citados pelo nobre Relator para indeferir o pleito defensivo, salienta-se, alude sobretudo para o alcance imediato da arma pelo acusado, no caso concreto, o que evidencia, aos olhos da Corte Suprema⁷⁹ o delito de porte previsto no art. 14 da Lei 10.826/03:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA ENCONTRADA NO INTERIOR DE CAMINHÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA. IMPOSSIBILIDADE. ABOLITIO CRIMINIS. INAPLICABILIDADE. PLEITO SUPERADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Caracteriza-se o delito de posse irregular de arma de fogo quando ela estiver guardada no interior da residência (ou dependência desta) ou no trabalho do acusado, evidenciado o porte ilegal se a apreensão ocorrer em local diverso. 2. O caminhão, ainda que seja instrumento de trabalho do motorista, não pode ser considerado extensão de sua residência, nem local de seu trabalho, mas apenas instrumento de trabalho. 3. No caso concreto, o recorrente foi surpreendido com a arma na cabine do caminhão, no interior de uma bolsa de viagem. Assim sendo, fica evidente que ele portava, efetivamente, a arma de fogo, que estava ao seu alcance, possibilitando a utilização imediata. 4. Ante a impossibilidade de desclassificação do crime de porte de arma para o delito de posse, está superada a irresignação no tocante à incidência da abolitio criminis temporária. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 31.492/SP, rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), j. 13/08/2013 - grifou-se) (BRASIL, 2013).

Ocorre que o alcance imediato do artefato não deveria ser um parâmetro para verificar-se a tipificação penal da conduta em comento. Se fundamento hígido fosse, haveria de se

⁷⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 31492/SP. Relator: Ministro Campos Marques. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 2013.

extinguir o direito à posse de arma de fogo, pois em nenhuma ocasião a lei impediria o cidadão habilitado à posse de ter o alcance imediato do artefato e de cometer uma atrocidade perante seus pares no seio de sua residência ou do seu local de trabalho, pelo qual é responsável.

Então, evidentemente, o alcance imediato não se apresenta um bom parâmetro para sopesamento dos delitos de posse e de porte de arma de fogo de uso permitido. A análise aparenta ser mais justa quando direcionada aos bens jurídicos tutelados no caso concreto.

Assim, é perceptível que, em uma loja de intensa circulação de clientes, o responsável pelo estabelecimento, com o regular direito à posse, pode obter de forma imediata o alcance ao artefato regularizado em seu nome para evitar um roubo, por exemplo, da mesma maneira que um caminhoneiro, no interior do seu automóvel, poderia se utilizar da arma para assegurar sua privacidade e tranquilidade doméstica contra algum delito que as infrinja, devendo as ilegalidades e os excessos serem apurados como em qualquer outra ocasião, no âmbito do Direito penal.

Pois bem. No sentido contrário aos julgados até aqui expostos, observam-se alguns posicionamentos isolados de tribunais estaduais, ocasiões em que, mesmo tendo sido a apreensão da arma de fogo de uso permitido realizada em veículo automotor utilizado com propósito laboral, decidiu-se pela condenação da conduta de manter sob guarda o artefato bélico com base no artigo 12, *caput*, do Estatuto do Desarmamento, a exemplo dos autos de apelação n.70053757035⁸⁰, da Terceira Câmara Criminal do Rio Grande do Sul, em que se considerou a cabine do caminhão como local de trabalho de seu condutor. A propósito, a ementa do acórdão:

APELAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA. LOCAL DE TRABALHO. CAMINHÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE IRREGULAR. A posse de arma de fogo no interior do caminhão, quando comprovado ser este o local de trabalho do acusado, que nele tem seu escritório móvel, configura situação fática cuja adequação típica se amolda ao artigo 12 da Lei 10.826/03. Interpretação da expressão local de trabalho conforme ao sentido da norma penal. Imputação penal desclassificada, vencido o Relator. RECURSO PROVIDO EM PARTE.(Apelação Crime, Nº 70053757035, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em: 09-05-2013) (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

É de se salientar que o voto do Relator fora vencido pelo voto dissidente do Desembargador Nereu José Giacomolli, que assim aduz:

⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70053757035 RS. Relator: Desembargador Nereu José Giacomoli. Porto Alegre, RS, 19 de junho de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 2013.

Com efeito, a interpretação da expressão local de trabalho não pode ser restritiva, de modo a ampliar o espectro punitivo. Como regra, essa expressão está associada a estabelecimento ou à empresa, mas tanto não impede que outros locais sejam também compreendidos como local de trabalho, nos termos do artigo 12 da Lei 10.826/03. Se comprovada nos autos a mobilidade do local de trabalho da pessoa, entendo não ser possível afastar a incidência desse tipo penal apenas por não se tratar de um local fixo, imóvel. Ademais, no caso, restou demonstrado que o caminhão é o próprio escritório do acusado, é o local onde ele guarda seus instrumentos de trabalho e também todos os documentos referentes à atividade desempenhada. Tanto é assim que as armas estavam guardadas dentro de pastas que ficavam organizadas no interior do veículo. Assim, considerado o caso concreto, porque demonstrado ser o caminhão o local de trabalho do recorrente, entendo encontrar o fato denunciado adequação típica no artigo 12 da Lei 10.826/03 e, por isso, estou votando por dar provimento em parte ao recurso, para desclassificar a imputação do artigo 14 para o artigo 12 da lei 10.826/03. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Como visto, considerou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no caso acima que, embora a característica de ser um local móvel, não deixa ser o espaço do veículo utilizado pelo motorista - com fins laborais - seu local de trabalho, uma vez que suas atividades são todas ali desenvolvidas, além de ser o responsável legal pelo automóvel.

Nesse mesmo norte, destaco o julgamento da Apelação Criminal n. 1.0322.06.000174-8/001⁸¹ pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reconheceu o veículo utilizado por um taxista como seu local de trabalho, oportunidade em que desclassificou sua conduta para o delito de posse irregular de arma de fogo. A propósito, trecho do voto do Relator Desembargador Antônio Armando dos Anjos, da Terceira Câmara Criminal:

Como visto alhures, pugna o apelante, em síntese, pelo reconhecimento do táxi como local de trabalho, desclassificando-se a conduta para a prevista no art. 12 da Lei 10.826/03, e conseqüentemente sua absolvição, por ser a conduta atípica à época dos fatos. [...] De igual modo, a autoria é também incontestada, vez que, além de confessada pelo próprio apelante nas duas fases da persecução criminal (ff. 08 e 44-45), esta encontra apoio nos demais elementos de provas constantes dos autos. Logo a questão dos autos cinge-se em verificar se táxi pode ser considerado como local de trabalho. O art. 12 da Lei 10.826/03, ao estabelecer o crime de posse irregular de arma de fogo, assim dispõe, in verbis: Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável pelo estabelecimento ou empresa: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Conforme se depreende da redação do artigo supracitado, não se pode confundir posse de arma de fogo com o porte de arma de fogo, já que como o advento do Estatuto do Desarmamento, tais

⁸¹ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0322.06.000174-8/001 MG. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 08 de julho de 2008. Belo Horizonte, 2008.

condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho. A meu ver, data venia, a irresignação merece prosperar, pois, na espécie a garrucha foi apreendida no interior do táxi, o que segundo o apelante é o seu local de trabalho, configurando essa conduta o delito de posse e não de porte, já que, repita-se, o táxi é o seu único local de trabalho. Sobre o tema, com propriedade, anota Guilherme de Souza Nucci: "Local de trabalho: qualquer lugar onde alguém exerce, lícitamente, uma profissão ou ofício. Ex.: escritório de empresa, consultório médico. Exige a lei, no entanto, que a manutenção da arma no lugar de trabalho diga respeito ao seu proprietário, titular do estabelecimento ou responsável por ele. Ilustrando, o médico pode manter uma arma no seu consultório, mas não pode fazer o mesmo a sua secretária. O dono de uma empresa pode manter a arma no seu escritório, mas não tem aplicação a autorização aos funcionários do estabelecimento" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, 1.^a ed., 2.^a tiragem., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 252.) No caso em tela, o apelante encontrava-se no seu local de trabalho, ou seja, no interior do seu táxi transportando passageiros, onde também se encontrava a garrucha apreendida, quando foi abordado pelos policiais, o que, a meu ver, comporta, ainda que por analogia *in bonam parte*, ser o táxi considerado seu local de trabalho, segundo o estabelecido no art. 12 da Lei 10.826/03. Nesse sentido decidiu o nosso Tribunal de Justiça: "ARMA DE FOGO - POSSE E PROPRIEDADE - ARMA APREENDIDA NO INTERIOR DE VEÍCULO - TÁXI - ANALOGIA - LOCAL DE TRABALHO - ARTIGO 12 DA LEI 10.826/03 - ATIPICIDADE DA CONDUTA - TIPO PENAL ABRANGIDO PELA ANISTIA TEMPORÁRIA ("VACATIO LEGIS").

Ao Magistrado cabe interpretar a lei, invocando, inclusive, a figura da analogia, quando aplicável a determinado fato. Pela analogia, é possível considerar o táxi como local de trabalho do taxista, ou seja, um prolongamento de sua casa, mormente se ele, taxista, passa o dia inteiro - cerca de dez a doze horas - no interior do veículo. Por outro lado, é atípica a conduta, se ocorrida no período da "vacatio legis" a que se refere a Lei 10826/2003 - Estatuto do Desarmamento, beneficiando aquele que é flagrado na posse de arma de fogo, de uso permitido ou não, mesmo em desacordo com a determinação legal." (TJMG, 2.^a C.Crim., Ap 1.0702.04.138114-7/001, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. 02.08.2007; in DOMG de 17.08.2007.) Sendo assim, hei por bem acolher o pedido da defesa e desclassificar a conduta do apelante para a prevista no art. 12 da Lei 10.826/03, passando ao exame do pedido de absolvição, com fulcro no art. 386 inciso III do Código de Processo Penal, em face da "vacatio legis" indireta, instituída pelos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/03. [...] (MINAS GERAIS, 2008).

Assim, entendeu por bem a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconhecer o táxi como local de trabalho do seu responsável, onde fora apreendida uma arma de fogo de uso permitido. Tal interpretação, como frisado pelo Desembargador Relator, fundamenta-se na analogia *in bonam partem*, justamente pelo fato de ser o único local de trabalho do taxista, onde se encontram todas suas ferramentas e documentos laborais. Ademais, é o lugar onde permanece durante todo o seu dia em busca do sustento familiar.

Sobre a abrangência da expressão "local de trabalho", votou o Desembargador Antônio Armando dos Anjos no sentido de não se interpretar restritivamente referido termo, isto é, não

deve-se chegar à conclusão de ser ou não determinado ambiente um local de trabalho pela sua condição de imobilidade.

Então, percebe-se que, muito embora para boa parte dos constitucionalistas o conceito da expressão “casa” deva ser interpretado amplamente, a ponto de abranger locais de trabalho, móveis ou não, a jurisprudência majoritária não tem reconhecido os veículos automotores, ainda que utilizados pelo seu responsável legal com fins laborais, como “local de trabalho”, a ponto de enquadrar a conduta de manter arma de fogo de uso permitido no automóvel como infração ao artigo 12, *caput*, da Lei 10.826/03.

Tem-se visto na jurisprudência um posicionamento forte no sentido de reconhecer tais veículos, sim, como instrumento de trabalho, isto é, como sendo um meio necessário para o fim laboral, o que por si só impede o reconhecimento do delito de posse de arma de fogo de uso permitido nos casos em comento.

Ainda, na maioria dos casos analisados, as situações concretas davam conta da abordagem do condutor enquanto o veículo estava em trânsito. Assim, evidentemente, sustentavam alguns julgadores que as armas estavam sendo transportadas de um local para o outro, cuja conduta é incriminada pelo artigo 14 do Estatuto do Desarmamento.

No entanto, se formos considerar que este seja o único empecilho para a condenação pelo delito de posse quando o responsável estivesse transportando referido artefato, teria-se que condená-lo, quando o veículo estivesse estacionado e a arma fosse nele encontrada, pelo delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, pois inexistente a conduta do ‘transporte’. Ocorre que, como visto, a jurisprudência rechaça referida tese logo de início, ao sequer considerar como local de trabalho o automóvel utilizado com fins laborais.

Vale rememorar, em contraponto ao posicionamento visto na maioria dos acórdãos acima, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.767/DF⁸², entendeu ser legal a busca investigativa - não precedida de autorização judicial - realizada em veículo automotor com fins unicamente pessoais (preenchidos os requisitos da busca pessoal, nos termos do Código de Processo Penal), ressalvando, contudo, os casos em que os ambientes abrangidos pelos veículos sejam destinados também à habitação, ainda que provisoriamente, da pessoa, como *trailers*, cabines de caminhão, barcos, *motor home*, etc, hipóteses às quais conferir-se-á a proteção jurídico constitucional da inviolabilidade à

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.767. Recorrente Pterson Ramos Dos Santos. Recorrido Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2016.

“casa”. Insta destacar, nos termos do voto do Ministro Relator, que a habitação pode inclusive ser decorrente do labor, como é o caso do caminhoneiro que utiliza a cabine frequentemente para seu descanso.

Essa diferença de tratamento jurídico constitucional dos veículos, evidentemente, deve-se ao grau de privacidade e de intimidade demandados no interior do bem. Disso, portanto, decorre a necessidade de se resguardar a segurança e a tranquilidade doméstica do ocupante contra atos criminosos. Assim, a não equiparação de um veículo automotor utilizado com propósito laboral ao local de trabalho do seu responsável apresenta-se, aparentemente, equivocada, impedindo, mesmo quando estacionado o automóvel, que a conduta de manter sob guarda a arma de fogo de uso permitido em seu interior configure o delito de posse, além de omitir-se a jurisprudência majoritária de esclarecer sobre o alegado liame entre o instrumento e o local de trabalho.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada permite que se chegue à conclusão de que a inviolabilidade domiciliar acaba sendo um corolário de defesa dos direitos à privacidade e à intimidade do indivíduo, para que este possa estabelecer condições mínimas de desenvolvimento da personalidade humana em detrimento do arbítrio estatal e das intromissões privadas.

Nesse sentido, pode-se vislumbrar que, a despeito de próximas no que diz respeito aos bens jurídicos por elas tutelados, a privacidade e a intimidade possuem fins específicos diversos. Enquanto o resguardo à vida privada objetiva a tutela de todas as relações pessoais do indivíduo, em um espectro amplo, a intimidade visa somente àquelas relações mais reservadas, em que a lesão configuraria dano mais intenso.

Da mesma maneira, após detida análise doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que a expressão “casa”, contida no teor do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, deve ser interpretada extensivamente, a ponto de resguardar os espaços físicos delimitados em que o indivíduo desfruta da tranquilidade da vida privada e íntima, com vistas a abranger também espaços - móveis ou imóveis - que, embora destinados a fins não domésticos, como os laborais, sejam utilizados com exclusividade.

Referida expressão, por se tratar de um direito individual fundamental em nosso ordenamento, deve ter o manto da inviolabilidade domiciliar relativizado tão somente em situações excepcionais previstas na Carta Magna, quais sejam nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

No caso específico da busca domiciliar determinada por autoridade judicial, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal distinguiu os veículos automotores utilizados com fins pessoais, que se enquadram nos termos da busca pessoal, daqueles utilizados com fins habitacionais - seja decorrente do labor ou não -. Nestes casos, apresenta-se evidente que há um bem maior que deve prevalecer perante a intromissão estatal fora das hipóteses constitucionais autorizadas, quais sejam a intimidade e a privacidade do ocupante, revelando, novamente, a amplitude interpretativa que deve ser conferida à expressão “casa”.

Ademais, pode-se concluir que a tipificação do delito de violação de domicílio no Código penal consagra os fins e a interpretação pensada pelo Constituinte ao tratar da inviolabilidade domiciliar, isso porque no tipo penal não se objetiva combater a invasão a propriedades desabitadas ou abandonadas, mas sim a vida privada e a intimidade dos habitantes nos diversos ambientes lá previstos, com exclusão de locais abertos ao público, ainda que privados.

Do segundo capítulo pode-se depreender que a análise sobre eventual consentimento da vítima na conduta de entrar ou permanecer em domicílio alheio ganha contornos diversos a depender da corrente doutrinária que se aplique. Sendo a da imputação objetiva, percebe-se que, com o implemento das duas elementares essenciais no tipo objetivo (criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado), possibilita-se ao processo penal ser mais célere quando da existência do assentimento da vítima mesmo no caso em que o dissentimento não seja uma elementar essencial do delito, haja vista não se poder concluir pelo preenchimento da faceta da tipicidade material ante a inexistência do risco proibido criado no resultado, em homenagem à liberdade de ação e de disposição do ofendido - nos casos em que o bem jurídico seja disponível -, em contraposição à teoria clássica, que o analisaria tão somente na esfera da ilicitude da conduta.

Já em relação aos tipos penais em que o dissentimento do titular do bem jurídico seja uma elementar essencial, como é delito de violação de domicílio, o consenso da vítima, para ambas as teorias, encaminha para a atipicidade da conduta, por não preencher escorreitamente o tipo objetivo.

Ao final, no terceiro capítulo, após a verificação de julgados penais nos quais estavam em análise a conduta de manter sob guarda, em veículo automotor utilizado com propósito laboral, arma de fogo de uso permitido, e relacioná-los com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a busca investigativa realizada em automóveis, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.767/DF, pode-se concluir pela incoerência existente na jurisprudência ao compreender àqueles utilizados como habitação - em decorrência do labor -, a exemplo da cabine do caminhão, como “casa” para fins de proteção da inviolabilidade domiciliar, isto é, exigindo-se autorização judicial para neles adentrar, e ora não considerando-os sequer como local de trabalho do responsável legal, para fins de tipificação do delito previsto no artigo 12, *caput*, do Estatuto do Desarmamento.

Em um dos casos apresentados, inclusive, o responsável legal pelo caminhão possuía o direito à posse válido e a arma regularizada, isto é, tendo passado por todos os testes e cursos exigidos para a concessão desse direito, mas o Superior Tribunal de Justiça considerou que a disposição e o alcance imediatos da arma de fogo, por si só, também configuram o porte, a despeito de uma das elementares do artigo 12 da Lei 10.826/03 ser o indivíduo possuir o artefato dentro do estabelecimento empresarial pelo qual é responsável, onde, eventualmente, podem circular diversos consumidores. Assim, não houve qualquer fundamentação pormenorizada que distinguisse tais situações.

Então, a jurisprudência majoritária tem adotado um conceito engessado de “local de

trabalho”, a começar pela sua imobilidade, desconsiderando os bens jurídicos tutelados em cada hipótese, pois sequer enfrentados nos julgados, a despeito de, em um casos, o acusado - que possuía o regular direito à posse - ter dito que mantinha referido artefato bélico em seu veículo porque, como trabalhava sozinho no caminhão e já havia sido assaltado diversas vezes na estrada, optou por resguardar a sua segurança pessoal e privacidade no ambiente contra ataques externos. Ou seja, utilizava o ambiente como habitação nos mesmo moldes da interpretação dada pelo STF no RHC nº 117.767/DF.

Conclui-se, por fim, que, não obstante em alguns dos casos os julgadores tenham frisado o fato de o veículo utilizado com fins laborais ter sido abordado enquanto transitava, isto é, evidenciando o transporte da arma de fogo de uso permitido nele apreendida - conduta incriminada especialmente pelo art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03, certo é que, na hipótese de tal artefato ser apreendido enquanto o automóvel esteja estacionado, a tipificação da conduta de manter sob guarda arma de fogo de uso permitido, aos olhos da jurisprudência majoritária, não se alteraria, uma vez que tais veículos podem ser interpretados tão somente como instrumento para o fim laboral, e não como local de trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial - crimes contra a pessoa**. 18. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 25. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa da República do Brasil. . Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. . Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 07 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. . Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Resultados operacionais da PRF apontam recordes de apreensões e redução da violência no trânsito em 2020**. 2021. Polícia Rodoviária Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br/noticias/nacionais/resultados-operacionais-da-prf-apontam-recordes-de-apreensoes-e-reducao-da-violencia-no-transito-em-2020>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 116.052/ MG. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargadora Jane Silva. Brasília, 20 de novembro de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.219.901 / MG. Recorrente Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido Odemar Kovalski de Freitas. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. **Revista Superior Tribunal de Justiça**. vol. 235 p. 685. Brasília, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.767. Recorrente Pterson Ramos Dos Santos. Recorrido Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 364359. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Brasília, 19 de fevereiro de 2019. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 2019. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91508514&num_registro=201601964233&data=20190312&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 31492/SP. Relator: Ministro Campos Marques. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 2013. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de novembro de 2015. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 04 de ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.595. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2004. **Informativo do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 24 set. 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo184.htm>. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82788. Relator: Ministro Celso de Mello. Rio de Janeiro, RJ, 12 de abril de 2005. **Diário de Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 02 jun. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92279/false>. Acesso em: 07 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.767. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 11 de outubro de 2016. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Brasília, . Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268735> Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79512. Relator: Ministro Selpúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 16 maio 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1775823> Acesso em: 23 ago. 2021.

BRANCO, Paulo G. Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FISCHER, Douglas. Art. 5º, XI. In: MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.70-74.

GENOVA, Jairo José. O Comportamento Da Vítima E A Teoria Da Imputação Objetiva. **Caderno Jurídico**, v. 1, n. 01, p. 38-50, Imprensa Oficial do Estado. São Paulo, abr. 2001. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha.

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

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Causa de Exclusão da tipicidade**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2008

JESUS, Damásio. O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Ministério Público do Rio de Janeiro. v. 12. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2782/> Acesso em: 03 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 750.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**: arts. 121 a 212. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0322.06.000174-8/001 MG. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 08 de julho de 2008. Belo Horizonte, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. ed. 9. São Paulo: Atlas, 2013.
_____. **Constituição Federal Comentada** [et al.]. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70053757035 RS. Relator: Desembargador Nereu José Giacomoli. Porto Alegre, RS, 19 de junho de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0001090-85.2016.8.24.0051. Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Florianópolis, SC, 10 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** : parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37a Edição. Malheiros Editores, São Paulo. 2014.

SCHREIBER, Anderson. Art. 5º, X. In: MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

VANZOLINI, Patrícia; Junqueira, Gustavo. **Manual de direito penal : parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.