

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CCSJ
CAMPUS ITAJAÍ
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA - NPJ
SETOR DE MONOGRAFIA**

**A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E O QUARTO DE HOTEL: ANÁLISE
DOUTRINÁRIA**

JULIAN MENDES BLOHEM

Itajaí (SC), novembro de 2009.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CCSJ
CAMPUS ITAJAÍ
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA - NPJ
SETOR DE MONOGRAFIA**

**A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E O QUARTO DE HOTEL: ANÁLISE
DOCTRINÁRIA**

JULIAN MENDES BLOHEM

Monografia submetida à
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor MSc. Luiz Eduardo Cleto Righetto.

Itajaí (SC), novembro de 2009.

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus por me dar forças e saúde de poder chegar até aqui e prosseguir nesta longa batalha, que não acaba agora e que se seguirá por longos anos de minha existência. Agradeço principalmente ao meu pai Juarez, que sem a ajuda e apoio dele dificilmente eu estaria cursando essa faculdade. A minha mãe Rosa Maria pela compreensão e carinho e dedicação que teve comigo não só nesses últimos anos de faculdade, mas em toda a minha vida, que sem ela dificilmente eu seria a pessoa que sou hoje. A minha irmã Maria da Graça que mesmo morando distante faz parte de minha vida da forma mais positiva possível. Aos meus amigos de faculdade por fazerem parte junto comigo desta dura, mas prazerosa caminhada que é apenas o início de mais uma grande jornada. Agradeço também aos meus professores que ao longo desses anos me ensinaram toda a base de um conhecimento que busquei posteriormente e que com certeza fará a base de um pilar forte que levarei junto em toda a minha vida profissional.

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Juarez, uma pessoa que digo com a mais plena sinceridade que é um exemplo de pessoa honesta, digna e batalhadora. A minha mãe Rosa Maria que talvez durante os últimos 25 anos tenha se dedicado mais a vida de seus filhos do que a sua própria vida, uma mãe super amorosa que com certeza também é um grande exemplo de pessoa. Ao meu avô paterno Aristides Albuquerque Blohem, que mesmo tendo falecido antes de eu nascer tenho na mais plena convicção que ele foi um grande homem, digno e batalhador em todos aspectos possíveis, um homem que não só foi grande na sua fazenda de cacau, mas também na vida. A minha avó paterna e quase centenária Aydê mesmo vivendo muito longe torce por mim. Aos meus avós maternos José e Sebastiana que mesmo não estando entre nós lá de cima me enviam forças para seguir na vida. Aos meus irmãos Maria da Graça e Christian, por fazerem parte de minha vida e serem muito importante para ela. Aos meus grandes e verdadeiros amigos de infância Tiago e Diego , lhes digo que um homem não é um homem por inteiro se não tem verdadeiros amigos. Ao meu orientador Luiz Eduardo , pessoa pelo qual tenho grande admiração e com certeza é um exemplo de profissional que seguirei por toda minha vida. No mais a todos meu parentes pelo lado paterno e materno, não conseguiria descrever todos diante da imensidão de gente que há na minha família espalhada por todos os lados do nosso amado Brasil.

“Nunca perca a fé na humanidade, pois ela é como um oceano. Só porque existem algumas gotas de água suja nele, não quer dizer que ele esteja sujo por completo.”

Mahatma Gandhi

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

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

Itajaí (SC), novembro de 2009.

JULIAN MENDES BLOHEM
Graduando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pelo graduando **JULIAN MENDES BLOHEM**, sob o título **A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E O QUARTO DE HOTEL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA** foi submetida em 18 de novembro de 2009 à banca examinadora composta pelos seguintes professores: MSc. Luiz Eduardo Cleto Righetto (Orientador e Presidente da Banca), Guilherme Augusto Corrêa Rehder (Membro), e aprovada com a nota ____ .

Itajaí (SC), novembro de 2009.

Professor MSc. Luiz Eduardo Cleto Righetto
Orientador e Presidente da Banca

Professor MSc. Antônio Augusto Lapa
Coordenação da Monografia

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias¹ que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais².

Acomodação

O conceito de acomodação pode se dar de uma forma bem ampla por se tratar de um vocábulo de entendimento genérico, pode se entendido como uma acomodação o local onde uma pessoa esta residindo, assim como também pode ser entendido numa acepção mais genérica a um quarto de hotel, de uma pensão, uma hospedaria, resort e um motel, é uma palavra ampla mais que abrange todos esses locais.

Crime

Fato provocado por uma conduta humana tipificada anteriormente em Lei que atenta contra a objetividade jurídica, ou seja, o bem jurídico tutelado pela legislação, sendo que tal conduta, dotada de reprovabilidade, é impulsionada pelo sujeito ativo, agindo este com culpa em sentido estrito ou dolo, contra o sujeito passivo, isto é, a vítima.

Domicílio

Domicílio como é comumente estudado no direito civil é caracterizado como o lugar onde uma pessoa reside em ânimo definitivo, tornando-o em regra o local onde essa pessoa exerce suas atividades profissionais e também seus negócios jurídicos, no caso de empresas de um modo geral.

¹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 7. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. p. 229)

² “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. p. 229)

Hotel

O hotel se caracteriza pelo fato de ser um estabelecimento de cunho comercial onde se locam dependências mobiliadas a fim atender as necessidades primordiais de repouso e higiene de determinadas pessoas, Sendo que essas pessoas os podem necessitar por diversas razões, a trabalho, viagens de objetivos diversos, etc.,

Quarto

O quarto, de um modo mais genérico pode ser compreendido como um aposento que tem por característica mais comum na sua habitação o repouso das pessoas, sendo que esse pode existir além das residências comuns em pousadas, hotéis, motéis, resorts, pensões e outras hospedarias do gênero, sendo que esses último também gozam da mesma proteção jurídica que o quarto que faz parte de uma residência comum.

Suspensão Condicional do Processo

A suspensão condicional do processo é um instrumento de política criminal onde o condenado, tendo praticado crime e entendido que ao mesmo pode se aplicar esse instituto, mediante requisitos pré-determinados por lei, o condenado terá seu processo suspenso durante um certo lapso temporal onde ele cumprirá essa pena em liberdade mas tendo que obedecer os requisitos e fatos a ele impostos, e ao final desse prazo que lhe foi dado, não cometendo nenhuma falta ou não obstruindo fato que deveria ter sido observado terá sua pena extinta ao fim.

Transação Penal

A Transação Penal é um de política criminal que dispõe o Ministério Público, para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução sumaríssima do litígio penal, propor ao autor da ação de menos potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração de processo de pena não privativa de liberdade. Em outras palavras é definido também como um acordo que é proposto entre o Ministério Público e o condenado na ação penal.

Violação

Violar, numa acepção mais formal que expressar algo que foi forçado, algo que foi obstruído, infringido ou transgredido por força de determinada pessoa e ação. Pode ocorrer nas mais diversas situações, como violar um domicílio, o sigilo funcional de determinada empresa, como também em outras situações existentes

SUMÁRIO

RESUMO	XII
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1.....	4
DA TEORIA DO CRIME.....	4
1.1 CONCEITO DE CRIME	4
1.2 CONCEITO FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICO DO CRIME	6
1.3 FATO TÍPICO.....	8
1.3.1 TIPO	9
1.3.2 TIPICIDADE	11
1.3.3 CONDUTA.....	13
1.3.4 RESULTADO	15
1.3.5 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	16
1.4 ANTIJURIDICIDADE.....	17
1.5 CULPABILIDADE	20
1.6 SUJEITOS DO CRIME.....	23
1.7 OBJETO JURÍDICO.....	26
1.8 OBJETO MATERIAL	28
CAPÍTULO 2.....	30
VIOLAÇÃO DE DOMICILIO	30
2.1 OBJETO JURÍDICO E ELEMENTOS DO TIPO	30
2.2 AÇÃO NUCLEAR E ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO.....	32
2.3 OBJETO MATERIAL DO CRIME	34
2.4 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO DO CRIME.....	36
2.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO CRIME.....	38
2.6 MOMENTO CONSUMATIVO E MOMENTO TENTADO DO CRIME.....	40
2.7 FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA	42
2.8 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA E EXCLUSÃO DE ILICITUDE.....	44
2.9 CONCURSO DE CRIME E AÇÃO PENAL	47
CAPÍTULO 3.....	49
A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E O QUARTO DE HOTEL: Possibilidade de Crime?	49
3.1 HISTÓRICO DOS HOTÉIS	49
3.2 CONCEITOS	51
3.3 APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95	54
3.3.1 TRANSAÇÃO PENAL	57
3.3.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.....	60
3.4 JURISPRUDÊNCIAS COMENTADAS.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	78

RESUMO

Antes de entender a problemática do crime de violação de domicílio e de seus desdobramentos nas mais diversas situações há de se compreender uma pequena, mas grandiosa estrutura de base que dará entendimento ao estudos dos crimes de um modo geral , a teoria do crime, partindo desse ponto base entendemos melhor como se sucederão os mais variados tipos de crime e suas ramificações. O crime de violação de domicílio está inserido em nosso ordenamento jurídico e tipificado no artigo 150 do nosso Código Penal, em seu capítulo VI: Dos Crimes contra a liberdade Individual – seção II – Dos crimes contra a inviolabilidade de domicílio, tendo como objetivo prevenir e resguardar o domicílio das pessoas em todas as suas extensões. Mas há de se analisar esse conceito de domicílio e a amplitude que esse mesmo pode ter. Fazendo uma análise superficial de seus parágrafos e incisos tem-se as variações dentro desse mesmo crime como questões relacionada a horários do dia em que ele é cometido e também em relação a pessoas, como por exemplo, no caso do funcionário público. E também os casos onde haverá exclusão da culpabilidade como no disposto nos incisos I e II do artigo 3º desse mesmo dispositivo legal. Mas agora se chega a outro ponto de reflexão, a relação da aplicação desse crime com o entendimento de domicílio no âmbito da hotelaria, das hospedagens de um modo geral, até que ponto as normas, a legislação hoteleira pode interferir na vida na de seus hóspedes até o ponto que possa supostamente se dar a ocorrência desse delito, como sabemos e lei maior penal sempre ficará acima de qualquer regulamentação de hotéis, hospedaria e casas do gênero, mas problemas decorrentes desses dois pólos certamente poderão ocorrer na vida prática.

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto mostrar os principais pontos caracterizadores e formadores da teoria geral do crime e do crime de violação de domicílio e sua relação aplicativa no âmbito hoteleiro.

O seu objetivo é analisar o crime em espécie bem como a resolução nos conflitos decorrentes de sua análise aplicada a situações vivenciadas no âmbito hoteleiro e suas extensões .

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando da teoria do crime, alguns de seus fundamentos e caracteres que ajudem o melhor possível a sua compreensão.

Analisar-se-á a teoria do crime, para entender-se como funciona toda a estrutura base dos crimes de um modo geral, entender um pouco dessa teoria significa a mesma coisa que estudar a parte geral do nosso Código penal para posteriormente prosseguir com a parte especial.

Mais adiante, no Capítulo 2, tratar-se-á da parte do crime de violação de domicílio em espécie, buscando de forma delimitada nos diversos aspectos, e também objetivamente caracterizar-lo e trazendo conceitos importantes, formadores e caracterizadores do mesmo para formar um entendimento que auxilie a fazer a ponte com o tratado do capítulo 3.

Por fim, no Capítulo 3, tratar-se-á da parte da parte da análise jurisprudencial concernente e fazendo uma análise comparativa da aplicação da legislação hoteleira de um modo geral com o crime em espécie, de modo que se possa buscar soluções para conflitos decorrentes desse binômio analisativo entre o crime de violação de domicílio e sua aplicação em situações que possam ocorrer no âmbito das relações em meio hoteleiro.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o crime de violação de domicílio e sua possível caracterização em situações no meio domiciliar hoteleiro.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses, as quais, após o desenvolvimento da pesquisa, poderão ser confirmadas nas Considerações Finais:

a) O Crime de Violação de Domicílio está plenamente configurado no diploma penal brasileiro, tendo uma abrangência total da solução de conflitos, inclusive tendo aplicação superior as normas gerais da hotelaria, quando da violação de uma acomodação ocupada de um hotel.

b) Pode existir algum tipo de conflito entre as normas gerais de hotelaria , regulamentos gerais de hotéis com a norma penal .

c) A tendência atual da jurisprudência é de dar abrangência e extensão do conceito de casa aos quartos de hotéis.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo³, na fase de tratamento de dados o método cartesiano⁴, e, o relatório dos resultados expresso na presente monografia é composto na base lógica Indutiva.

³ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. p. 238)

⁴ “[...] base lógico-comportamental proposta por *Descartes*, muito apropriada para a fase de Tratamento dos Dados Colhidos, e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. p. 237)

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as técnicas, do referente⁵, da categoria⁶, do conceito operacional⁷ e da pesquisa bibliográfica⁸.

⁵ “[...] explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. p. 241)

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. p. 229)

⁷ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. p. 229)

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. p. 240)

CAPÍTULO 1

DA TEORIA DO CRIME

1.1 CONCEITO DE CRIME

O crime é uma das ações mais antigas presentes na humanidade, sendo punido nas mais diversas formas entre os países ao longo dos séculos da história recente e antiga.

É de grande relevância ressaltar o conceito de crime na visão de Leal:⁹

O crime é a conduta humana, podendo ser ação propriamente dita, como também em alguns casos a omissão. Este tipo de comportamento pode ser objeto de estudo da Sociologia, da Filosofia, da Psicologia, e principalmente da Criminologia, que o examina como um fenômeno humano biológico ou sociológico. Assim, dependendo da natureza do enfoque, poderemos ter um conceito sociológico, moral, psicológico ou criminológico de infração criminal.

Esta visão de Leal é muito importante para ressaltar a abrangência conceitual que o crime pode alcançar seja na seara psicológica, filosófica, criminologia entre outros meios de estudo e análise pelas mais diversas áreas.

Ainda sobre o conceito de crime, leciona Bitencourt:¹⁰

A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-lei n. 3.912/41) faz a seguinte definição de crime: “ Considera-se Crime

⁹ LEAL, João José. **Direito Penal** Parte Geral – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. Pg. 180 e 181.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, volume 1, 10.ed. São Paulo, Saraiva, 2006, pg. 263.

a infração penal a que a lei comina pena de detenção ou reclusão, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples e de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente.

Analisando-se agora o conceito do crime através daquela visão tripartida muito comumente difundida entre diversos doutrinadores e que de certo modo dá margem a uma base analisativa de grande compreensão está disposto no que ensina Falconi¹¹ como sendo o conceito de crime:

Crime é um fato (injusto punível) provocado por uma conduta humana que, juridicamente relevante, é tipificada e tem como componente o agente e como conteúdo, a figura da ilicitude, tornando possível a apuração da culpabilidade, derivando daí uma justa punibilidade, uma vez provada aquela culpa .

Sobre a conceituação de crime ensina Mirabete¹²:

Em consequência do caráter dogmático do direito penal, o conceito de crime é essencialmente jurídico. Entretanto, ao contrário das leis antigas, o Código Penal vigente não contém uma definição de crime, que é deixada à elaboração da doutrina. Nesta tem-se procurado definir o ilícito penal sob três aspectos diversos. Atendendo-se ao aspecto interno, puramente nominal de fato, obtem-se uma definição formal, observando o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial, e examinando-se as características do aspecto do crime, chega-se a um conceito também formal, mas analítico da infração penal.

O crime certamente pode ser caracterizado como um fato injusto e que quando praticado certamente deve ser punido para que se mantenha em ordem o anseio social de justiça que existe, visto que a norma penal brasileira tem um caráter intimidativo e não punitivo.

¹¹ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002. pg.152.

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral** . 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. pg.81.

Deste modo se adotará nesta pesquisa o conceito estrutural dominante em relação ao crime na sua forma tripartida sendo que ele é um fato típico, porque está previamente descrito e tipificado dentro da norma legal, sendo que não haverá crime sem prévia cominação legal. Será antijurídico pois este ato ofenderá o ordenamento jurídico vigente e como consequência disso será culpável em relação a autoria de uma pessoa e esta terá que responder pelo atos que tenha cometido.

1.2 CONCEITO FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICO DO CRIME

Para que haja um melhor entendimento sobre o crime em sua totalidade e em seus diversos aspectos na sua parte conceitual a doutrina de modo geral procurou dividir o ilícito penal sobre três aspectos, o formal , o material e por último um conceito analítico da infração penal.

Acerca do conceito formal de crime conceitua Mirabete¹³:

Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena¹⁴. Essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário a norma penal, não penetram, portanto, em sua essência, em seu conteúdo, em sua matéria.

Como se verá a seguir os doutrinadores seguem a mesma linha no que tange definir o conceito formal de crime, tal qual, como destaca Leal¹⁵:

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral . 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.81 a 82.

¹⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p.2.

¹⁵ LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. p. 181.

Crime é a conduta proibida e sancionada pela lei penal. É exatamente esse caráter de pura contrariedade formal ao Direito, que é acentuado nessa definição: crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena. É como se a nocividade, a perversidade, a imoralidade ou o caráter anti-social da conduta ilícita surgisse da promulgação da norma incriminadora ou fosse pura criação desta.

Sob o aspecto formal entende Jesus¹⁶ que “o crime é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade constituirá somente um pressuposto da pena”.

Percebe-se, portanto, que a caracterização do crime em sua parte formal está intimamente ligada a relação a conduta delituosa de uma pessoa que será diretamente sancionada pela lei existente, ou praticamente dizendo que é atribuída a toda conduta delituosa uma pena, uma sanção que será aplicada de acordo com os meios e procedimentos legais existentes.

Em se tratando de crimes materiais ou crimes com eventos materiais há de se destacar o que ensina Leal¹⁷:

São crimes materiais aquele que o legislador distingue, na sua configuração objetiva, além da conduta, um resultado dela dependente. É insuficiente a atividade ou inatividade do agente ou omitente. Faz parte também da espécie do fato legal um evento naturalístico que integra o tipo, como elemento necessário e indispensável.

“Em relação ao aspecto material do crime entende Noronha¹⁸ que” crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo bem jurídico protegido pela lei penal”.

Entendimento praticamente compartilhado por Fragoso dizendo que “crime é a ação ou omissão que a juízo do legislador, contrasta

¹⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**, 1º volume, 27 ed. Ver., Atual. São Paulo, Saraiva. 2003. p.151.

¹⁷ LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. P. 181.

¹⁸ NORONHA, E. Magalhães. Ob. Cit p.105.

violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir que seja proibida sob ameaça de pena ou que se considere afastável somente através de sanção penal”.¹⁹

Diferenciadamente da análise do crime sob o aspecto formal, em sua materialidade aqui se destaca o bem jurídico ofendido como ponto principal de destaque, pois no outro aspecto somente se analisa a conduta que é proibida e sancionada por lei, na materialidade a abrangência vai ser o objeto que pode ser lesado resultante da conduta da pessoa independente da pena que possa a receber.

Já acerca da análise do delito de forma analítica, dispõe Zaffaroni:

O conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela a sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias é reprovável (culpável).

Visto tais disposições, tem-se caracterizado a conceituação doutrinária majorante acerca da conceituação de crime em seus mais diversos aspectos.

1.3 FATO TÍPICO

Sobre uma primeira perspectiva o crime como fato típico é um fato que está descrito na norma penal incriminadora, sendo que cada item da

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. Cit. 149.

partes especial do diploma penal brasileiro corresponderia a um tipo. Acerca do entendimento de fato típico dispõe Marques²⁰:

O fato típico, como primeiro elemento constitutivo da noção formal de delito, compreende, portanto, a ação mais o evento, com seus componentes materiais, desde que ligados por uma relação de causa e efeito. Existem, no entanto, delitos de mera conduta em que a lesividade do comportamento típico tem por suporte, no mundo natural, apenas a ação ou omissão considerada punível. Neste caso, o fato típico circunscreve a ação ou omissão e aos elementos que a esta integram dentro da descrição legal da figura delituosa.

Portanto, percebe-se com base na definição de Marques, que o fato típico é caracterizado de uma forma mais ampla, pois dentro de sua caracterização são encontrados determinados elementos caracterizadores que vem a tornar consistente o fato criminoso em toda a sua extensão.

1.3.1 TIPO

Primeiramente há de se frisar que tipo e tipicidade não são a mesma figura como se verá a seguir.

Descreve Maggio acerca da teoria do tipo:

Tipo Penal é a descrição concreta da conduta proibida, feita por lei. O Tipo é um esquema, uma fórmula que serve de modelo para avaliar se determinada conduta está incriminada ou não. O que não se ajusta ao crime não é tipo.

E estudo do tipo penal, assim como de outros elementos constantes e mesmo configuradores de um determinado ato ilícito está subdividido entre alguns elementos e requisitos para que haja a sua plena configuração, o

²⁰ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, Campinas, Editora Millennium, 2002. P.38.

tipo apresentará elementos objetivos, subjetivos e normativos, assim como dispõe Maggio²¹:

Elementos Objetivos do tipo – Também denominados elementos descritivos são os que se referem a materialidade do fato. O Principal elemento objetivo do tipo é a ação indicada pelo verbo (matar, subtrair, ofender, ameaçar, seduzir, etc.), acompanhado por circunstâncias e complementos relativos ao sujeito ativo, ao sujeito passivo, ao resultado, etc.

Elementos subjetivos do tipo – Também denominados elementos subjetivos do injusto, são os que, com a exclusão do dolo genérico e da culpa, se refere a certas particularidades psíquicas da ação. Situam-se além do dolo, e se referem a um motivo, a uma tendência, ou a algum dado intelectual ou psíquico do agente .

São classificados em:

- a) Dolo específico
- b) As tendências Subjetivas da ação
- c) Certas características psíquicas do agente

E sobre o último dos elementos do tipo penal, o elemento normativo define Führer²²:

São expressões, empregadas pela lei, que exigem um avaliação de seu significado jurídico ou social, como os conceitos de documento, cheque, ato obsceno, mulher honesta, indevidamente, sem justa causa, sem autorização, etc.

O tipo penal como mais um dos elementos caracterizadores do crime , é fato determinante e de primeira margem de análise para se saber se uma determinada conduta é incriminadora ou não, pois como se sabe o sistema jurídico penal brasileiro vem a adotar o principio da anterioridade e da legalidade, justamente que , esses tem uma aplicação direta na caracterização do tipo penal.

²¹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal, Parte Geral** – Código Penal arts 1º ao 120 – Bauru, SP: EDIPRO, 3ª Ed., ver., atual. E ampl., 2002.p 79-82.

²² FÜHRER, Cláudio Américo e Maximiliano Ernesto. **Resumo de Direito Penal** – Parte Geral. São Paulo: Editora Malheiros, 15ª Edição, 1999, p. 25-27.

1.3.2 TIPICIDADE

Como já havia sido anteriormente citado, para criar um melhor entendimento da estrutura do crime foi criada uma divisão tripartida em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, o tipo penal se caracterizará por sendo o fato resultante de punibilidade que estará implícito na norma penal vigente.

Sobre a teoria da tipicidade é de importante ressalva o que leciona o Prof. Bittencourt²³:

Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento punitivo. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou por interpretação extensiva.

É de importante redundância a análise do Professor Bittencourt no que tange a teoria do tipo, pois a sua definição limitando cada tipo a ter suas características e elemento próprio torna cada um diferente do outro não dando, de certo modo, margem a análise equivocada que venha a confundir o tipo de cada delito, assim tornando cada um único, com suas características e especialidades próprias.

Seguindo uma linha de raciocínio um pouco diferente entende Falconi que “Para que se possa entender a tipicidade, torna-se necessário compreender a natureza do fato injusto, que é o pressuposto essencial de certas condutas humanas, as quais, por isso mesmo, se transformam em normas jurídicas, irrelevante, agora, de acordo com sua classificação.”²⁴

De acordo com a análise do Prof. Falconi percebe-se que neste caso, ele vai afundo no estudo da teoria do tipo, fazendo primeiro uma

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, volume 1, 10.ed. São Paulo, Saraiva, 2006, pg. 322.

²⁴ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002. p. 154.

análise mais extensiva, procurando primeiro entender os motivos ensejadores do crime para depois ver a sua classificação dentro da norma penal, esse estudo mais aprofundado do fato injusto para posterior enquadramento dentro da norma penal serve como um ponto de balança para a caracterização do crime e de sua extensão punitiva que será posteriormente aplicada.

Para uma melhor compreensão da tipicidade em toda sua amplitude vale salientar o ensinamento de Damásio²⁵:

Tipicidade, num conceito preliminar, é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. O Tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva. Todavia, o tipo legal não se confunde com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza subjetiva e objetiva, ocasionadas ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento.

Visto isso, tem-se em conta que segundo Damásio²⁶ o “tipo legal não pode descrever todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da conduta, que variam de um para outro”.

Resultante das duas análises anteriormente citadas percebe-se claramente que a definição mais prática em relação ao sentido da caracterização do tipo de delito se propõe no sentido de fazer uma correspondência entre a ação que é cometida por uma determinada pessoa e a sua correspondência e enquadramento dentro da norma penal incriminadora vigente.

²⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**, 1º volume, 27 ed. Ver., Atual. São Paulo, Saraiva. 2003 p.260.

²⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**, 1º volume, 27 ed. Ver., Atual. São Paulo, Saraiva. 2003 p.261.

Fechando a linha de raciocínio no que tange a teoria do tipo, ensina Mirabete²⁷:

Como o estado, através do ordenamento jurídico, quer sancionar coma as penas as condutas intoleráveis para a vida em comunidade, tutelando os bens jurídicos fundamentais, poderia fazê-lo como uma norma geral que permitisse a aplicação de sanções penais a todos aqueles que praticassem um fato profundamente lesivo a seus bens. Nessas condições, porém, os destinatários da norma não poderiam saber exatamente quais as condutas que estariam proibidas nem o juiz poderia saber quais asa penas deve impor. Por isso a lei deve especificar exatamente a matéria de suas proibições, os fatos que são proibidos sob ameaça de sanção penal, ou seja, o que é considerado crime, e isto é feito através dos tipos penais.

A tipicidade, então como outro elemento constitutivo do delito, basicamente vem a trazer a correspondência existente entre a conduta e o tipo penal.

1.3.3 CONDOTA

Outro elementos a ser estudado dentro do complexo estrutural do fato típico é a conduta , esse elemento em um primeira acepção dá um margem sobre o ato e a sua devida amplitude da pessoa o qual cometeu o fato descrito na norma penal incriminadora.

Na visão de Jesus²⁸ a conduta é uma ação ou omissão humana consciente a determinada finalidade.

Esse ato da conduta do agente deve estar imbuído nas seguintes características , assim como é apresentado por Maggio²⁹:

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral** . 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.81 a 86.

²⁸ JESUS, Damásio, E. de. **Direito Penal – Parte Geral**, 1º Volume. São Paulo, Editora Saraiva, 23ª Edição, 1999, p. 227.

A conduta é um comportamento humano, não estando incluídos, portanto, os fatos naturais (raio, chuva, terremoto), os do mundo animal e os praticados por pessoas jurídicas. Caso um cão morda alguém, a mando de uma outra pessoa, a conduta é praticada por esta e não pelo animal. Respondem penalmente pelos atos criminosos os diretores ou prepostos da pessoa jurídica envolvida no ilícito penal. Não constituem conduta simples pensamento, a cogitação, o planejamento intelectual da prática de um crime. A conduta exige a necessidade de uma repercussão externa da vontade do agente.

A conduta, como é amplamente definida doutrinariamente apresenta três formas distintas, existindo a conduta comissiva, a conduta omissiva e a comissiva por omissão, assim como é demonstrado por Maggio³⁰:

Conduta Comissiva é o movimento corpóreo humano, consistente em fazer alguma coisa, ou seja, é um comportamento ativo, como por exemplo, atirar, subtrair, ofender, etc.

Conduta Omissiva consiste na inatividade, na abstenção de movimento, é o não fazer alguma coisa que devia ser feita. Exemplos: crime de omissão de socorro; crime de omissão de notificação de doença.

Conduta Comissiva Omissiva – Neste caso a conduta descrita no tipo é comissiva de fazer (matar, por exemplo), mas o resultado ocorre porque o agente não o impediu. Para que o sujeito responda pelo crime, porém, é necessário que tenha o dever jurídico de impedir o resultado.

Mirabete³¹ ressalva sobre a conduta omissiva que “ o fundamento de todo crime omissivo constitui-se em uma ação esperada e na não realização de um comportamento exigido do sujeito”.

A conduta, portanto, dentro da consecução de uma ação delituosa nada mais vem a expressar do que o modo ao qual o agente dessa

²⁹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal, Parte Geral** – Código Penal arts 1º ao 120 – Bauru, SP: EDIPRO, 3ª Ed., ver., atual. E ampl., 2002.p 86.

³⁰ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal, Parte Geral** – Código Penal arts 1º ao 120 – Bauru, SP: EDIPRO, 3ª Ed., ver., atual. E ampl., 2002.p 87.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral – Volume 1. São Paulo: Editora Atlas, 15ª Ed., 1999, p. 105.

determinada ação procede , obviamente com o objetivo de alçar algum resultado diretamente ou não, pois não havendo uma conduta não haverá o crime.

1.3.4 RESULTADO

O resultado, como sendo o objeto de uma determinada ação delituosa basicamente pode se incorporar como o fim obtido por meio dessa ação, como por exemplo num crime de homicídio o resultado vai ser a morte de uma pessoa e no crime estudado aqui, do delito tipificado no artigo 150 do Código Penal seria como resultado alguém ter seu domicilio violado.

No que tange a caracterização do resultado no evento típico aponta Marques³²:

A conduta delituosa projetada no plano exclusivamente natural do mundo externo em que se desenvolve, pode provocar multifários efeitos os conseqüências. Se um homem desfere um tiro contra o outro e não atinge, não poucos são os resultados do homicídio praticado: além da morte da vitima, toda uma série de eventos materiais e morais que se desenrolam. A viuvez e orfandade que descem sobre o lar da morte; as dificuldades econômicas que sua família irá padecer, a mutação de vida daí decorrente – todos esses são resultados do crime perpetrado pelo homicida.

Como é acima apresentado por Marques o resultado , não é apenas a consecução da caracterização do objeto do tipo, ele apresenta uma amplitude muito maior pois se relativiza com todas as conseqüências que a pratica de um crime pode atingir, não só para o agente e a vitima mas como também para todos que os cercam e estão ao seu redor.

Ainda, sobre a questão do Resultado, explana Jesus³³“que o resultado é o segundo elemento do fato típico. Resultado é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário”.

³² MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, Campinas, Editora Millennium, 2002. P.65.

Maggio³⁴ ainda exemplifica mais alguns casos de caracterização do resultado : [...] a morte da vítima (no homicídio), a conjunção carnal (no estupro), à ofensa a integridade corporal (na lesão corporal), a destruição, inutilização ou deteriorização de coisa (no dano), o temor da vítima (na ameaça), o sentimento do ofendido (na injúria),etc.

1.3.5 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

O nexu causal ou relação de causalidade é mais um dos elementos do fato típico que vem a determinar a relação da ação praticada pelo agente da ação delituosa com o fato descrito na norma penal incriminadora.

Na relação de causalidade ou nexu causal há de se verificar se realmente a conduta do agente realmente foi o fato que determinou o resultado final da ação, uma pessoa que comete tentativa de homicídio contra a outra, e esse outro ferido , mas não com risco de morte é levado de ambulância ao hospital e no caminho o veiculo sofre acidente e ele morre por traumatismo craniano não há esse nexu entre a ação e a *causa mortis* da pessoa.

Sobre esse ponto de vista, descreve a teoria da equivalência, por Marques³⁵:

A teoria da equivalência é a que nosso Código pretendeu adotar: todas condições são igualmente necessárias para o resultado para o resultado in concreto, porquanto, se uma delas for suprimida mentalmente, o efeito desaparecerá. Donde a impossibilidade de distinguir-se entre as condições, a que foi a causa do evento, afastando as demais e não as tendo como relevantes para o resultado. Através da supressão da conduta de alguém é que se verifica a existência *imputatio facti* : se o

³³ JESUS, Damásio E. de **Direito Penal – Parte Geral – 1º Volume**. São Paulo: Editora Saraiva, 23ª Ed., 199, p.243.

³⁴ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal, Parte Geral – Código Penal arts 1º ao 120 – Bauru, SP: EDIPRO, 3ª Ed., ver., atual. E ampl., 2002.p 87.**

³⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, Campinas, Editora Millennium, 2002. P.94.

resultado ocorresse mesmo sem a conduta em foco, esta não se apresentará como causa do evento.

Ainda sobre a relação de causalidade, explana Maggio³⁶:

A relação de causalidade é o terceiro elemento do fato típico. É o nexó causal entre o comportamento humano (conduta) e a modificação do mundo exterior (resultado). O Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou do *conditio sine qua non*, considerando como causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Toda ação criminosa, portanto pode alçar um determinado objeto, um determinado produto, o resultado claramente pode ser buscado pelo agente numa consecução criminosa, direta ou indiretamente através de sua ação.

1.4 ANTIJURIDICIDADE

Primeiramente ao analisar o conceito de antijuridicidade com uma visão mais legal sobre o assunto se pensa em algo ou fato que é contrário a legislação vigente. Antijuridicidade expressa algo que bate que vai de contra a lei, fato abominável que ofende algum bem jurídico determinado, algo injusto.

Certamente, assim como já foi dito faz parte de uma concepção tripartida para a análise do evento criminoso com um todo, um está intimamente ligado ao outro, certamente quando foi criada essa divisão procurou-se demonstrar da forma mais perceptível como seria feira a análise de um crime, sobre a antijuridicidade vale, neste caso, ressaltar Bitencourt³⁷ ao citar Welzel:

A antijuridicidade é um predicado e o injusto um substantivo. O injusto é a forma de conduta antijurídica propriamente: a

³⁶ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal, Parte Geral** – Código Penal arts 1º ao 120 – Bauru, SP: EDIPRO, 3ª Ed., ver., atual. E ampl., 2002.p 89.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, volume 1, 10.ed. São Paulo, Saraiva, 2006, pg. 365.

perturbação arbitrária da posse, a tentativa de homicídio, etc. A antijuridicidade é uma qualidade dessa forma dessa qualidade de conduta, mais precisamente a contradição em que se encontra com o ordenamento jurídico. Todas as matérias de proibição, reguladas nos diversos setores do direito, são antijurídicas para todo o ordenamento jurídico.

Nessa visão percebe-se claramente que o autor faz uma distinção entre o antijurídico e o injusto, a uma visão leiga poder-se-ia dizer que as duas palavras tratam do mesmo tema, mais ao analisar mais taxativamente as duas expressões vê-se que apenas se trata de um ponto de vista específico do doutrinador o que será posteriormente confrontado com a análise sobre o ponto de vista de outros doutrinadores.

No que tange a antijuridicidade leciona Falconi³⁸:

A antijuridicidade entendida como ilícito será sempre o fato humano que se apresenta comopositor de uma norma jurídica. Estabelecendo-se entre o fato humano e a norma jurídica, uma espécie de contraposição. Essa oposição cria de imediato uma situação de antagonismo, não permitindo que entre tais situações haja um relacionamento equilibrado.

Como se percebe pelo ensinamento de Falconi é exposto o antijurídico como ilícito em sua definição caracterizadora não mudando muito em termos os que foi anteriormente exposto na visão de Welzel, que distinguiu o antijurídico do injusto e agora Falconi expõe o entendimento do antijurídico como ilícito, mudando apenas a palavra, mas não o sentido do que demonstram em seus estudos.

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Falconi expõe Leal³⁹:

[...] Antijuridicidade ou Ilícitude – Não basta a tipicidade. Para que haja crime é necessária uma conduta típica que seja contrária ao

³⁸ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002. p. 156.

³⁹ LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. P. 184-5.

direito penal. Havendo alguma norma permissiva, inexistente a ilicitude e, em consequência, não há crime. Por exemplo, o médico pode realizar uma intervenção cirúrgica em seu paciente, sem ser responsabilizado pelo crime de lesão corporal. Da mesma forma, qualquer pessoa pode causar a morte de seu agressor sem cometer o crime de homicídio. No primeiro exemplo tem-se o exercício regular do direito e no segundo a legítima defesa que excluem a ilicitude das condutas praticadas.

Através do exemplo dado por Leal tem-se vê-se quando são excluídas a ilicitude do fato diante de norma permissiva legal que exime do agente que a ele seja imputado o crime em decorrência da previsão legal

Também, neste caso vale salientar o pensamento dos conceituados doutrinadores argentinos Balestra e Friker⁴⁰:

A antijuridicidade é uma característica da ação, e, mais exatamente, a relação que expressa o desequilíbrio entre a ação e o ordenamento jurídico, enquanto o injusto é a ação antijurídica como um conjunto, i. e., o objeto com seu atributo valorativo.

Fechando a linha de raciocínio acerca da teoria da antijuridicidade, de acordo com a corrente majoritária dentro do direito penal brasileiro ela será basicamente caracterizada como fato típico que ofende em suma o dispositivo legal, pode até ser considerado como diferente do injusto ou definida também como ilicitude, coisa lesível ao bem jurídico tutelado e defendido pelo estado.

Ainda salientando o que já foi ensinado que não existe crime sem lei anterior que o defina, nem crime sem prévia cominação legal, ou seja, para que exista o fato típico e conseqüentemente o antijurídico tem que existir uma lei, um tipo penal que o caracterize, pois caso haja uma ação, e mesmo sendo ela considerada abominável pelo ponto de vista social, ela terá que estar descrita na norma penal, caso contrário não poderá ser considerada crime e

⁴⁰ BALESTRA, Carlos Fontán e FRIKER, Eduardo. **Derecho Penal, parte general**, Buenos Aires, Depalma, p.58.

prossequindo portanto com o terceiro ponto da análise tripartida, como veremos a seguir ao tratar da culpabilidade.

1.5 CULPABILIDADE

O terceiro fato a ser analisado neste trabalho partindo daquela concepção tripartida para o estudo do fato criminoso é a culpabilidade, que vem a ser um resultado direito e um recaimento sobre o fato típico e antijurídico, tal qual como ensina Damásio⁴¹:

Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. Reprovabilidade quem vem a recair sobre o agente porque ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, porque tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não ter uma vontade contrária àquela obrigação, i. e., no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma.

Partindo da brilhante definição de Damásio de Jesus percebe-se que a culpabilidade não é caracterizada como um requisito do crime, mas sim subjetivamente como é mencionado em sua definição, como um fato reprovativo do resultado da conduta delituosa perante nosso ordenamento jurídico.

Ainda no que tange as características formadoras da teoria da culpabilidade é de importante ressalva o pensamento de Mirabete⁴²:

Não se pode aceitar a teoria psicológica normativa adotada por alguns estudiosos do gênero, pois o dolo não pode ser elemento do fato e elemento da culpabilidade pelo fato. Chegou-se, assim, à teoria da culpabilidade, ou teoria normativa pura: o dolo e a culpa pertencem a conduta; os elementos normativos foram dados todos

⁴¹ JESUS, Damásio E. de.. *Direito Penal Parte Geral*, 1º volume, 27 ed. Ver., Atual. São Paulo Saraiva. 2003 p.155.

⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.81 a 192

a culpabilidade, ou seja, a Reprovabilidade da conduta, assim como diz Francisco de Assis Toledo, “ a culpabilidade ganha um elemento - a consciência da ilicitude, mas perde os anteriores elementos como dolo e culpa, reduzindo-se essencialmente a um juízo de censura”.

Mirabete, não fugindo muito da linha de raciocínio anteriormente exposta através dos ensinamentos de Jesus, basicamente faz uma ressalva no que diz respeito a influência de outras teorias de ciências não jurídicas na influencia da caracterização da teoria formadora da culpabilidade, mas mesmo assim outrora vale ressaltar que independentemente do objeto em análise dentro do direito, as outras ciências podem e muito influir na análise de objetos de estudo jurídico-legais , pois servem como se fossem espécies de braços aos estudos jurídicos que ajudam a que este seja compreendido até mesmo em sua essência da forma mais clara possível.

Ainda, sobre a compreensão da temática relativa a teoria da culpabilidade exemplificando também de forma clara ,leciona Costa Jr⁴³ . :

[...] Não basta que o autor represente o desejo do resultado: será também necessária a consciência do injusto. O agente deverá saber que está praticando algo errado, pelo qual poderá ser censurado. Não se faz mister que tenha um conhecimento preciso da antijuridicidade da conduta, de que saiba que seu ato irá subsumir-se em dado-tipo da Parte Especial. Bastará um conhecimento profano do injusto, como o entende um leigo e não um técnico. Um conhecimento de que se irá fazer algo errado, que irá ser reprovado. Exemplo: mulher grávida consegue fugir de Berlim oriental onde é permitido o aborto. Em Berlim ocidental, pratica o aborto imaginando ser lícita a sua conduta. Para então o juízo de reprovação social faz-se necessário a consciência do injusto.

A culpabilidade estudada de uma forma mais profunda da margem a análise em diversos pontos de estudo, tais quais como as causas de sua exclusão que podem ser o erro de proibição , a coação moral irresistível , a

⁴³ COSTA JR. Paulo José da. **Direito Penal Objetivo**: comentários ao Código Penal e ao Código de Propriedade industrial – Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 2003. p. 39-40.

obediência hierárquica, a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental, a inimputabilidade por maioria penal e a inimputabilidade por embriaguez completa, ambos estes casos todos elencados na parte geral de nosso Código Penal.

Vale também destacar na caracterização da teoria da culpabilidade o caso de que o agente que pratica o ato tendo a consciência da ilicitude do fato, demonstrando assim estar ciente de sua culpabilidade perante o ato delituoso que cometeu que será passível de reprovação perante os procedimentos legais e penas que a ele serão implicadas, pois se agente pratica um ato sem ter consciência da realização do mesmo e as suas conseqüências poderá ser caracterizado um dos dispostos no referente da exclusão de culpabilidade.

Do mesmo pensamento compartilha Leal⁴⁴, quando diz que “é preciso ainda, que a conduta típica e antijurídica tenha sido praticada pelo agente de forma reprovável, ou seja, de forma culpável”.

Para fechar a linha de raciocínio acerca da teoria da culpabilidade, é exposto o pensamento de Falconi ⁴⁵sendo que “ se tratará, a culpabilidade de um juízo de censurabilidade, de reprovabilidade que emite o homem médio comum quando frente a certas condutas humanas”.

Visto os diversos pontos de vista sobre a teoria da culpabilidade tem-se claramente caracterizado ela como sendo um ato reprovável perante o nosso ordenamento jurídico, um juízo reprovativo em relação a conduta delituosa que será posteriormente punida , mas não se esquecendo que para esse terceiro elemento ser caracterizado é necessária a ocorrência do fato típico e seu resultado antijurídico para que se possa enquadrar o juízo de culpabilidade sobre uma pessoa.

⁴⁴ LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. P. 184.

⁴⁵ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002. pg. 156.

1.6 SUJEITOS DO CRIME

Para a plena configuração do delito tem que haver uma pessoa que o comete e outra pessoa que tem um bem jurídico lesado por outra pessoa em razão de um ato delituoso. O sujeito ativo do crime é, claramente, quem comete o ato ilegal, sendo passível o seu ato de enquadramento dentro do tipo legal, sendo esse ato reprovável perante o nosso ordenamento jurídico (antijuridicidade) e a culpabilidade do fato que recai sobre essa pessoa que cometeu o crime, tal qual como veremos nas definições dos doutrinadores que a seguir serão citados.

Leciona Bittencourt⁴⁶ acerca da definição do sujeito ativo da ação:

Sujeito ativo é aquele quem pratica o fato descrito em norma penal incriminadora. Para ser considerado sujeito ativo de um crime é preciso executar total ou parcialmente a figura descritiva do crime. O direito positivo tem utilizado uma variada terminologia para definir o sujeito ativo do crime, alterando o segundo diploma legal e, particularmente segundo fase procedimental. O Código Penal utiliza agente, condenado e réu para definir o sujeito ativo do crime; o Código de Processo Penal, por sua vez, utiliza indiciado, acusado, réu e querelado.

Percebe-se através da definição de Bittencourt que é feita uma distinção da definição do nome do sujeito ativo do crime dentro do direito penal e direito processual penal, mas apesar dos nomes empregados diferentes, sempre se tratará da mesma pessoa, e só cabe distinguir e saber utilizar da forma mais apropriada e no que for mais comum de se empregar nos procedimentos legais, apesar de no fundo não fazer diferença utilizar, tanto, querelado, acusado, réu, ou outro qualquer.

Ainda no que tange a definição doutrinária do sujeito ativo do crime, seguindo a mesma linha de raciocínio, leciona Mirabete⁴⁷:

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, volume 1, 10.ed. São Paulo, Saraiva, 2006, pg. 286-7.

Sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente ou associado a outros (co-autoria e participação), pode ser sujeito ativo do crime[...] A capacidade geral para praticar crime existe em todos os homens. O conceito abrange não só aquele que pratica o núcleo da figura típica (o que mata, o que subtrai, o que falsifica etc.), como também o co-autor ou partícipe, que colaboram de alguma forma na conduta típica. Entre os sujeitos ativos do crime, porém, deve ser distinguido o autor do crime, quando se exige uma capacidade especial. A possibilidade de a ação típica não ser praticada pela pessoa com a capacidade especial exigida, que apenas colabora na conduta de terceiro, será objeto de análise quando se estuda o concurso de agentes.

Mirabete até certo ponto segue a mesma linha de raciocínio exposta por Bittencourt, mas ele na definição acima citada dá uma amplitude maior a quem possa ser o sujeito ativo do crime, estendendo assim, também ele como sendo os co-autores e partícipes da ação criminosa, no restante dificilmente poderá haver alguma variável na conceituação terminológica do sujeito ativo do crime, pois ela sempre estará na margem definitiva de que será aquele que pratica uma conduta descrita na norma penal incriminadora e caracteriza o cometimento do fato típico dotado de antijuridicidade e passível de culpabilidade, de acordo com a teoria tripartida anteriormente citada neste trabalho.

Partindo para outra variável segundo Capez⁴⁸, “a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo do crime” .

Essa margem de análise deixada por Capez faz-se mister ao estudo da responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica e os resultados advindos em razão de descumprimentos da norma legal.

Em se tratando de sujeito passivo do crime, numa visão leiga sobre o termo passivo, a primeira acepção que se tem é daquela pessoa que sofre com algo, que foi o objeto do sujeito ativo, que neste caso seria a

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral** . 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.81 a 110.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando , **Curso de Direito Penal, parte geral**, volume 1, Editora Saraiva, São Paulo, 2004. P. 136.

pessoa que sofreu dano a algum bem jurídico decorrente de uma ação delituosa que veio a praticar o dito sujeito ativo do crime, tal qual foi citado acima na acepção dos doutrinadores referidos.

Sobre a conceituação de sujeito passivo do crime ensina Falconi⁴⁹:

Sujeito Passivo, para a Teoria do Crime, é todo aquele ser físico ou jurídico, que, de alguma forma, possa ter qualquer bem ou interesse juridicamente relevante lesado. Desde que sempre há que deixar claro que sujeito passivo pode ser qualquer um, mas não em todas as hipóteses, conforme se verá com o desenvolver do tema. Incumbe saber onde termina e onde começa a capacidade jurídica das pessoas. Não somente o ser vivo, na linguagem literal do direito, está amparado pela norma jurídica, também a expectativa de direito está resguardado pelo sistema normativo. Exemplo disso é o aborto em que se pune a abortante pelo fato de cercear a expectativa de vida do nascituro; a propósito de acordo com o artigo 5º do Código Civil.

Aqui é importante ressaltar, segundo a visão de Falconi o aspecto de que qualquer pessoa pode ser sujeito passivo de prática delituosa, o caso do nascituro é um bom exemplo no que concerne as variáveis que a amplitude desse conceito de passividade pode alcançar, para uma melhor compreensão do conceito de nascituro vale ressaltar a visão de Miranda⁵⁰:

O nascituro seria o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida.

Ainda no que tange ao sujeito passivo do crime , descreve Jesus⁵¹:

⁴⁹ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002. pg. 146.

⁵⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I: Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 166.

⁵¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**, 1º volume, 27 ed. Ver., Atual. São Paulo Saraiva. 2003 p.171.

Sujeito passivo é o titular do interesse cuja ofensa constitui essência do crime⁵². Para que haja encontrado é preciso indagar qual o interesse tutelado pela lei penal incriminadora. No crime de homicídio, por exemplo, o bem protegido pela norma é o direito a vida e o homem é o seu titular. No crime de bigamia é tutelada a ordem jurídica matrimonial que se assente no casamento monogâmico. Titulares desse bem jurídico são o Estado, o cônjuge do primeiro casamento e o contratante do segundo, quando de boa-fé que são sujeito passivos.

Fechando a linha de raciocínio sobre o sujeito passivo, observemos a lição de Leal⁵³:

É o titular ou beneficiário do bem jurídico atingido pela conduta criminosa. [...], pode ser a pessoa humana que, no crime de homicídio, de lesão corporal ou de furo tem respectivamente a sua vida, a sua integridade física ou o seu patrimônio atingido pela ação delituosa; pode ser a pessoa jurídica (crimes contra o patrimônio de sua sociedade comercial ou civil); pode ser o Estado (crimes contra a administração pública), e pode ser também a própria coletividade (crimes contra a saúde pública e crimes contra a fé-pública).

Independentemente da esfera que possa atingir o sujeito passivo da ação criminosa em suma vai ser sempre o que sofreu e teve lesado um bem jurídico tutelado pelo Estado e protegido pela lei penal, pois ela sempre exerce a sua função através de todo processo jurisdicional da lei penal para punir os bens que são tutelados pelo Estado através da lei e de seus executores e fiscalizadores.

1.7 OBJETO JURÍDICO

⁵² Conceito de Antolisei, acatado por Asúa (Antolisei, ob. Cit., p. 137; Asúa, Tratado de derecho penal, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 3, p. 89).

⁵³ LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. P. 188.

Todo crime descrito em norma penal tem por fim atingir algum resultado. Visa a consecução de determinado ato com um objeto final, a expressão objeto jurídico vem a definir de forma lata o que vem a ser essa ação como se verá a seguir. Objeto jurídico do crime na visão de Leal⁵⁴ é:

O interesse individual ou coletivo ou o valor (bem jurídico) atingido pela conduta delituosa e protegido pela lei penal. No caso do homicídio, o objeto jurídico é a vida humana, elevada a categoria de bem jurídico geral e não a vida da pessoa efetivamente atingida; tanto que esta pode até ter concordado com a sua própria morte (seria o caso da eutanásia). No furto, o objeto jurídico é o patrimônio, visto como um bem jurídico geral e não o dinheiro ou as jóias efetivamente subtraídas e pertences de um determinado indivíduo (sujeito passivo).

Partindo da análise feita por Leal tem-se clara a distinção de que ele dá uma margem mais ampla para definir o bem jurídico que é lesado pela ação delituosa, como foi explicito, não classifica as jóias roubadas como objeto jurídico, mas encaixa elas no conceito de patrimônio este muito mais amplo que englobará tudo o que for patrimônio da pessoa e que possa ter sido subtraído, e isso mesmo se aplicará a todos os outros crimes e bens jurídicos que possam ter sido atingidos ou lesados.

Ainda no que tange a definição do objeto jurídico do crime conceitua Mirabete⁵⁵ que esse é o bem-interesse protegido pela lei penal.

Já Jesus⁵⁶ define: “o objeto jurídico do crime é o bem ou interesse que a norma penal tutela. É o bem jurídico que se constitui em tudo o que é capaz de satisfazer as necessidades do homem, como a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio, etc.”

⁵⁴ LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. P.189.

⁵⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral . 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.81 a 115.

⁵⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**, 1º volume, 27 ed. Ver., Atual. São Paulo Saraiva. 2003 p.179.

1.8 OBJETO MATERIAL

Objeto material do crime pode ser uma pessoa ou alguma coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, ou seja, aquilo que a ação delituosa atinge. Está ele direta ou indiretamente indicado na figura penal. Assim, "alguém" (o ser humano) é objeto material do crime de homicídio, a "coisa alheia móvel" o é dos delitos de furto e roubo, assim como se sucedem todos os demais crimes e os que serão caracterizados como seu objeto material.

Vale salientar o que ensina Leal⁵⁷ acerca do objeto material do crime:

Este pode ser definido como sendo coisa e pessoa o qual recai concretamente a conduta delituosa. É a pessoa ou coisa que sofre diretamente o resultado da ação criminosa. Assim, no caso de furto o objeto material é a coisa subtraída (dinheiro, jóias, veículos). Enquanto que o sujeito passivo é o indivíduo titular do objeto furtado. Em muitos casos há a coincidência entre o objeto material e o sujeito passivo: a pessoa morta, é ao mesmo tempo o sujeito passivo e o objeto material do delito.

Visto como já foi citado anteriormente na parte de objeto jurídico do crime, neste caso, se referindo ao objeto material do delito a amplitude terminativa é mais restrita em relação a individualização do bem, como por exemplo no crime de furto e roubo, se são furtados ou roubados por exemplo aparelhos eletrônicos de um modo geral, o objeto jurídico vai se referir a isso como o patrimônio e o objeto material vai tratar do bem de forma individualizada, que nesse caso seriam os aparelhos eletrônicos usados neste exemplo.

A teoria geral do crime tal qual como foi acima estudada dá uma margem geral de compreensão sobre muitos dos dispostos na parte geral do diploma penal brasileiro, e só através dessa compreensão lata sobre o crime é que ao se adentrar no estudo de um crime em espécie tem-se o estudo do

⁵⁷ LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. P.189-90.

mesmo mais facilitado pois já se tem uma compreensão adequada sobre quais são as figuras do crime e assim esse é melhor compreendido.

CAPÍTULO 2

VIOLAÇÃO DE DOMICILIO

2.1 OBJETO JURÍDICO E ELEMENTOS DO TIPO

Em primeiro lugar, para as diversas classificações e subdivisões que facilitarão o entendimento desse crime em sua amplitude é preciso definir o conceito de crime de violação de domicílio, o que ele vem a tratar e a dispor no ordenamento jurídico brasileiro, e esta definição pode ser retirada do artigo 150 do Código Penal onde está descrito esse crime:

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

Essa frase acima citada é a íntegra do caput do artigo 150 do Código Penal, onde se tem uma dimensão exata do que vem a ser a conduta que caracteriza esse crime.

Fazendo uma análise direta da expressão violação de domicílio tem-se em conta que a primeira palavra “ violar ” vem a expressar um sentido de corromper, obstar algo que a alguém não é de direito. E a expressão domicílio vem a tratar segundo o dicionário Michaelis⁵⁸ “ Povoação ou lugar onde se reside com permanência”.

Sobre o objeto jurídico do crime de violação de domicílio trata Capez⁵⁹:

⁵⁸ MICHAELIS , **Dicionário da Língua Portuguesa**, Editora Melhoramentos, São Paulo, 2007.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 324.

Sobre a epígrafe “ Violação de domicílio “ contempla o Código Penal mais uma espécie do gênero crimes contra a liberdade individual. Tutela agora a lei penal a inviolabilidade da casa das pessoas. Segundo preceito Constitucional a casa é asilo inviolável da pessoa. A Constituição Federal tem em vista a proteção da tranqüilidade e segurança da pessoa em sua vida privada, no re duto do seu lar, impedindo com a repressão penal, que terceiros se arvorem no direito de perturbar, invadir a vida íntima alheia com delimitada no âmbito de sua morada. O que se tutela á a tranqüilidade do indivíduo em determinado espaço privado e não a sua posse e propriedade ao contrário dos crimes patrimoniais.

Capez, neste caso demonstra claramente que não há inserido nesta disposição legal motivo ensejador que venha a ofender o objeto jurídico do patrimônio em si, mas a tranqüilidade do indivíduo e a sua liberdade dentro de seu domicílio, pois estes são objetos jurídicos distintos e são tutelados em diferentes disposições dentro do Código Penal Brasileiro.

Ainda no que tange a definição do objeto jurídico do crime de violação de domicílio é importante ressaltar os ensinamentos de Noronha⁶⁰:

Não se trata, pois, como querem alguns autores, de proteção ao patrimônio defendendo-se a posse ou propriedade, à segurança pessoal ou à ordem pública. Quanto àquele critério, é manifesto que aqui não se protege a casa, isto é, a coisa, que é tutelada, como tal no setor dos delitos patrimoniais. Relativamente aos bens jurídicos, pode se dizer que todo o crime atenta a eles, ao passo que a preocupação da lei agora é preservar o indivíduo contra a ação que molesta na sua liberdade privada ou doméstica.

Os elementos caracterizadores do tipo penal, poderão ser subdivididos em alguns aspectos que tornem mais fácil a sua compreensão e caracterização, como se verá a seguir, tais como a ação nuclear , os elementos normativos do tipo , o objeto material do crime e os sujeitos ativo e passivo desse crime.

⁶⁰ NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**, volume 2. 29ª Edição, atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 1998. P.175.

2.2 AÇÃO NUCLEAR E ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO

Como se perceberá a seguir esse crime disposto no artigo 150 do Código Penal Brasileiro se tratará de um crime de ação penal múltipla, pois em seu caput no artigo 150 do Código, tem-se duas palavras distintas, primeiramente “ entrar ”, que claramente quer dizer e caracterizar que a pessoa somente entrou e de pronto saiu da residência ou domicílio de uma terceira pessoa, isso em virtude de algum fato surgido no momento do ato, em relação a segunda palavra citada e retirada do caput do artigo 150 “ permanecer “ é passada a impressão de que o sujeito ativo desse tipo de ação além de entrar, obviamente, devido a algum fato ou vontade própria de realizar determinada ação permaneceu dentro da residência dessa terceira pessoa.

No que concerne ao tratado no parágrafo anterior ensina Capez⁶¹:

Entrar é ingressar por completo, efetivamente no domicílio. Por exemplo, agente logra a pular a janela da residência e é surpreendido já no interior da habitação. Permanecer pressupões que o agente já se encontra no interior do domicílio. Aqui há dois momentos distintos: primeiramente uma permissão legal ou do dono da habitação para que o agente entre lá; e em momento posterior a sua permanência não é mais aceita ele se recusa a retirar-se de lá. Então, por se tratar de crime de ação múltipla se o agente entrar clandestinamente e, ao ser descoberto, insistir em permanecer na habitação haverá um crime único.

Os elementos normativo do tipo são os que se encontram no caput do artigo 150 *caput*, no que se refere a esse crime em relação a 1) Clandestina, 2) Astuciosa, 3) Ostensiva, se relacionando a forma de entrada no qual o agente perpetuou a sua ação dentro do domicílio da vítima.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 324.

A entrada de forma clandestina segundo Teles⁶² se dá "às escondidas, sem que ninguém perceba a entrada do agente dentro do domicílio da vítima".

Já caracterizando a questão da entrada astuciosa define Capez⁶³:

Quando o agente emprega algum artifício, fraude, ardil, para induzir o morador ao erro, obtendo, com isso o seu consentimento para adentrar ou permanecer na habitação (por exemplo., o indivíduo se traveste de operário de uma empresa telefônica).

Sobre a entrada ostensiva do agente da ação delituosa, novamente, ensina Capez⁶⁴:

Quando a entrada ou permanência é realizada contra a vontade tácita ou expressa de quem de direito. O agente, nesta hipótese, pode utilizar-se de violência contra o morador. Este, por sua vez, pode manifestar-se a contrariedade por palavras, gestos ou atos, e mesmo por escrito. A manifestação também pode ser tácita, por exemplo, o silêncio, de acordo com as circunstâncias concretas, pode perfeitamente demonstrar do dissenso da vítima. [...].

Nesses três casos citados por esses dois autores tem-se definidos os elementos caracterizadores do tipo que ajudam a dar uma melhor compreensão ao que dispõe o caput do artigo 150 do Código Penal que aqui está sendo estudado, pois ambos três se dão de forma distinta, e resultado disso pode gerar efeitos também distintos no que tangerá a caracterização do crime e até mesmo na dosimetria desse para o consequente cumprimento da pena.

⁶² TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2 – São Paulo: Editora Atlas, 2004. P.307.

⁶³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 325.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 325.

2.3 OBJETO MATERIAL DO CRIME

Como já foi estudado no capítulo 1 deste presente trabalho de monografia, para que seja possível caracterizar um crime e atribuir a alguma pessoa a pena que estará sempre prevista em lei, caso contrário não será considerada como um crime é necessário que haja suficientes indícios de autoria, materialidade e culpabilidade do fato, e dentro de cada tipo penal que temos descritos em nossa norma legal cita-se:

O objeto material do crime, que em todos há algum, a primeira vista objeto material seria o resultado que o agente da ação delituosa busca com a sua ação que venha a causar dano ou lesão a um terceiro prejudicado com a sua ação, como por exemplo num crime de furto de uma bicicleta o objeto material do crime seria aquela bicicleta, pois foi o resultado da vontade do agente na ação delituosa e seu objetivo que era de furtar aquela bicicleta, mas neste caso do crime de violação de domicílio, podemos caracterizar o objeto material do crime de acordo com os ensinamentos de Delmanto⁶⁵:

Não há uniformidade de opiniões, apontando-se, entre outras objetividades, a liberdade individual, a tranqüilidade doméstica, a inviolabilidade da casa, etc. De acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XI, “ a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo permanecer sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante de delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial de autoridade competente.

De acordo com essas possíveis divergências doutrinárias citadas pelo nobre professor Delmanto, é de interessante ressalva destacar-se a visão de outros autores no que concerna a essa definição, tal qual como nos ensina em uma linguagem bem clara o professor Mirabete⁶⁶:

⁶⁵ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 7ª Edição, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007. P.437.

⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte especial. Arts. 121 ao 234 do Código Penal – 23ª Edição – São Paulo, Editora Atlas, 2005.p. 197.

Entre os direitos às liberdades privadas, está o da inviolabilidade da casa, ou seja, o direito a tranquilidade doméstica e a paz íntima de seus moradores. A casa representa para a vida privada do indivíduo a mais essencial atmosfera de sua autonomia. O objeto jurídico do delito, pois, é a liberdade individual da pessoa, no particular aspecto da inviolabilidade da habitação, é o interesse reconhecido de cada um viver livre a intromissão de estranhos em seu lar (RT 386/250).

Ainda no que tange a objetividade material do crime de violação de domicílio ensina Noronha⁶⁷:

A inviolabilidade domiciliar é princípio firmado pelas Constituições, a nossa, declara em seu artigo 5º, inciso XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo. Acode o Código Penal, como sancionador desse direito postulado, ameaçando a pena contra quem perturbar o direito de que a pessoa tem de viver livre e tranquilamente em sua casa. É óbvio quem sem essa proteção jamais ele poderia atuar e agir de acordo com as suas vontades e necessidades; desenvolver sua atividade como imperativo mesmo da vida comunitária, pois é no recesso do lar que encontrará o sossego indispensável, que lhe restaurará as forças gastas na luta de hoje e a preparará para o embate de amanhã.

Esses autores acima citados não fogem muito da mesma linha de raciocínio quando definem a objetividade material do crime de violação de domicílio, as únicas ressalvas até mesmo como cita Noronha⁶⁸ “ [...] Não se trata como querem alguns autores, a proteção do patrimônio, a segurança pessoal ou a ordem pública [...]”.

Esses bem jurídicos acima estão tutelados por outros dispositivos legais dentro do mesmo diploma legal, o artigo 150 está inserido na parte que trata dos crimes contra a liberdade individual – seção II – dos crimes contra a inviolabilidade de domicílio, então não há o porque do sentido de misturar os outros bem jurídicos tutelados como , a proteção do patrimônio, a segurança

⁶⁷ NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**, volume 2. 29ª Edição, atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 1998. P.175.

⁶⁸ NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**, volume 2. 29ª Edição, atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 1998. P.175.

pessoal ou a ordem pública, porque elas já tem os dispositivos legais tutelam esses direitos, o artigo 150 é bem específico assim como os outros tutelando um bem de forma direta e singular.

2.4 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO DO CRIME

O crime, tal qual como já foi definido no capítulo 1 deste presente trabalho de monografia, precisa ter certos pontos caracterizadores definidos para que ocorra todo o processo penal – criminal de forma completa, em qualquer delito existirão os sujeitos ativo e passivo de um crime, mesmo que as vezes é difícil a identificação do sujeito ativo da ação delituosa quando mesmo as autoridades policiais e judiciais não conseguem encontrar o mesmo em razões ou circunstâncias que o mesmo não possa ser encontrado.

A primeira visão e não necessariamente é preciso ter um conhecimento doutrinário maior para tentar estabelecer de forma bem básica o sujeito ativo do crime, simplesmente poderia ser dito que ele é quem cometeu a ação delituosa que venha a sobrevir dano a terceira pessoa interligada ao fato, mas para melhor podermos compreender seu sentido na visão doutrinária, é de importante ressaltar os ensinamentos do professor Mirabete⁶⁹:

Qualquer pessoa pode cometer o delito, inclusive o proprietário do imóvel, quando a posse estiver legitimamente com terceiro. Havendo divórcio, ou desfeita a sociedade conjugal, devem os cônjuges respeitar a inviolabilidade de domicílio um de outro e, não o fazendo, cometem o crime em estudo. Mesmo eventuais tolerações anteriormente toleradas pela vítima não possuem o condão de justificar o fato. O mesmo com relação a ex-companheiros. E o agente for funcionário público no exercício de suas funções, ocorrerá o crime de forma qualificada ou outro ilícito penal.

⁶⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte especial. Arts. 121 ao 234 do Código Penal – 23ª Edição – São Paulo, Editora Atlas, 2005.p. 197.

É importante salientar as formas não tão comuns mais existentes de casos em que podem ocorrer esse tipo de delito, no caso da posse estar com terceira pessoa, tal qual como acima foi citado, podemos exemplificar como um caso em que fulano aluga para uma terceira pessoa um apartamento que tem a posse e a propriedade do mesmo, daí, a partir do momento em que ele alugou esse imóvel ele perde temporariamente a posse e somente tem a propriedade, a posse somente será restaurada findo o contrato de aluguel ou ter o imóvel devolvido por essa terceira pessoa por algum fato superveniente que venha a ocorrer, em enquanto ele não tem a posse, mesmo tendo a propriedade não terá o direito de adentrar de forma alguma no imóvel, correndo o risco de estar caracterizado como incurso nas sanções previstas no artigo 150 do Código Penal.

A segunda pessoa, a que vem a sofrer com a ação delituosa cometida pelo agente do crime (o sujeito ativo) como já foi anteriormente caracterizado é o sujeito passivo, o que primeiramente nos vem a trazer em mente aquela pessoa que sofreu algum dano em decorrência de atitude criminosa cometida por uma pessoa, que este caso como já foi anteriormente exposto é o sujeito ativo da ação.

Então, para definir o sujeito passivo da ação criminosa, é importante ressaltar o que dispõe Delmanto⁷⁰:

O artigo 150 de nosso Código Penal refere-se a quem de direito, mas tal pessoa também pode variar de acordo com a objetividade jurídica escolhida. Via de regra, entender-se-á aquela pessoa que mora na casa ou a representa, ou ainda, o titular do direito de admissão.

Ainda, no que concerne ao sujeito passivo deste crime, ensina Capez⁷¹:

⁷⁰ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 7ª Edição, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007. P.437

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 329.

[...] que a entrada ou permanência do agente deve ser realizada contra a vontade tácita ou expressa de quem de direito, Cabe ao morador ou quem represente a faculdade de admitir ou não alguém em seu espaço privado. O sujeito passivo do crime, dessa forma será aquele em que couber essa faculdade legal. Não importa que o imóvel seja objeto de locação, comodato, arrendamento; a proteção legal destina-se aquele que ocupa o espaço, não ao titular da propriedade, pois o que se tutela aqui é o direito a tranqüilidade e segurança no espaço doméstico, e não o direito a posse e propriedade.

Portanto para ilustrar bem uma situação de ocorrência desse tipo de crime, tal qual como seus sujeitos imaginemos uma seguinte situação hipotética:

José está no conforto de sua residência juntamente com a sua família, desfrutando de total liberdade do lar, o qual segundo preceito constitucional é direito amplamente garantido a qualquer pessoa, e num determinado momento adentra em sua residência um vizinho pelo qual José já brigou diversas vezes e não o mais fazia questão de sua presença, ele adentra lá, insisti em falar com José mas o mesmo não quer e manda o vizinho embora, e ele, por sua vez, se recusa a ir, insistindo que só irá depois de terem uma conversa, só por aí já pode estar caracterizado o delito disposto no artigo 150 de nosso Código Penal, sendo neste caso o sujeito ativo da ação delituosa o vizinho que adentrou na residência de José e o sujeito passivo ele próprio juntamente com sua família que gozavam da tranqüilidade e inviolabilidade de seu lar.

2.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO CRIME

O crime de violação de domicílio, tal qual como dispões seu dispositivo legal no artigo 150 de nosso Código Penal é um crime, assim como alguns outros, que pode ser dito como sendo essencialmente doloso, pois a outra característica, de que fosse um crime culposo não pode ser caracterizada, pois nesse caso o agente, quem pratica a ação delituosa a fará sempre com sua vontade, ou seja, realizará por si só a ação, não tendo interferência de vontade

externa e sim a dele em praticar o ato, e isso pode ser dito e caracterizado como um crime essencialmente doloso, para ajudar melhor a entender essa definição em relação ao elemento subjetivo desse tipo de crime vale ressaltar os ensinamentos de Teles⁷²:

O crime é doloso. O dolo é a vontade de realizar o tipo em toda a sua integridade. O agente deve ter consciência da conduta e também da contrariedade do morador e vontade livre de permanecer na casa, se o agente não tem consciência de que o morador se opõe a seu ingresso ou permanência não há fato típico, porquanto aí não terá agido com a intenção de realizar o tipo.

Não fugindo dessa linha de raciocínio explica Delmanto⁷³:

O Tipo subjetivo deste crime é o dolo (vontade livre e consciente de permanecer sem consentimento). Portanto o agente deve saber que há vontade contrária ao seu comportamento; este dado serve para resolver questões acerca da validade do consentimento do morador outro que não ou titular ou chefe da casa. Para a maioria dos autores essa escola tradicional é o dolo específico, em que não há a forma culposa.

Tal qual como se observa segundo as análises de Delmanto e de Teles, há as características que podemos delimitar como sendo as mais importantes para a definição do elemento subjetivo do crime de violação de domicílio:

Primeiramente deve-se observar o quesito de que o agente tem ou não consciência de que sua entrada em domicílio alheio está ou não sendo questionada ou poderia ser questionada pelo agente subjetivo neste caso, que seria o dono da casa ou mesmo que tivesse sua guarda e a mantém sob seu zelo, pois, caso a parte passiva dessa ação não faça obstrução ou não demonstre que a atitude do agente está sendo repelida não haverá o crime em tela, e por

⁷² TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2 – São Paulo: Editora Atlas, 2004. P.308.

⁷³ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 7ª Edição, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007. P.437

consequente devemos destacar o caráter disposto pela teoria do dolo específico tal qual como foi acima citado por Delmanto, em que não há neste crime o caráter culposo, ele sempre será realizado por livre vontade de agir do agente da ação delituosa.

Para fechar a linha de raciocínio acerca do elemento subjetivo deste crime vale ressaltar os ensinamentos de Mirabete⁷⁴:

O dolo do delito é a vontade de ingressar ou permanecer na casa contra a vontade de quem de direito. Não é preciso que o agente tenha visado a um fim contrário ao direito, basta, pois, o chamado dolo genérico. Equivocada a exclusão do crime, a nosso ver, quando a finalidade do agente não foi de violar o domicílio com propósito único da ação sob a fundamentação de exigência do elemento subjetivo injusto (dolo específico). Nesses casos, ou o sujeito ativo contava com o consentimento de quem de direito ou a violação se deu para a prática de um ilícito, que absorve a invasão do domicílio.

Única ressalva diferente a se fazer sobre a citação acima mencionada é que aqui ele cita um exemplo em que é caracterizada o princípio da consumção em que o crime mais grave absorverá o crime menos grave, numa mesma seqüência da mesma ação delituosa, em que o agente primeiramente conta com o consentimento do dono da casa, e depois passa a cometer um crime dentro dela aproveitando-se do consentimento inicial do dono da residência.

2.6 MOMENTO CONSUMATIVO E MOMENTO TENTADO DO CRIME

Prosseguindo com a análise do crime de violação de domicílio chega-se agora a um ponto de análise de importante ressalva para esse estudo, o momento em que o crime é consumado e se quando é caracterizado como crime tentado.

⁷⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte especial. Arts. 121 ao 234 do Código Penal – 23ª Edição – São Paulo, Editora Atlas, 2005.p. 200.

Numa acepção menos formal, a expressão “tentado” expressamente nos dá uma definição que uma pessoa tinha um objetivo a perseguir, tentou realizar o ato, mas não o conseguiu, sobre o momento consumativo pode-se dizer que a pessoa que tinha um determinado objetivo o conseguiu realizar por completo.

Fazendo uma analogia a um crime de roubo, por exemplo, um ladrão aborda uma mulher em uma rua, lhe arranca a bolsa com violência, e depois some da vista da pessoa lesada e consegue ter a posse mansa e pacífica dos bens que a foram roubado, esse momento que ela passou a ter a posse mansa e pacífica desses bens, pode-se dizer, analogicamente que foi o momento em que se deu a consumação do crime, mas em nosso objeto em estudo, sobre o artigo 150 do Código Penal, o momento consumativo, se dará quando, segundo Capez⁷⁵:

Trata-se de crime de mera conduta. O resultado naturalístico não é apenas prescindível, mas também impossível. Não há nenhum resultado que provoque modificação no mundo exterior. Na conduta entrar o crime é instantâneo, pois se consuma em um determinado instante, sem continuidade no tempo, por exemplo, a entrada integral do agente na casa alheia, Basta essa conduta para que o crime se repute consumado; não se exige que o momento consumativo se protraia no tempo.

Ainda sobre a consumação do crime do artigo 150 dispõe Noronha⁷⁶:

[...] dá-se a consumação quando ele fica naquele local por tempo maior que o necessário, para obedecer a vontade de quem de direito de que ele se retire, ou, na hipótese de clandestinidade ou astúcia, quando permanecer por tempo superior ao que lhe era lícito[...].

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 329.

⁷⁶ NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**, volume 2. 29ª Edição, atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 1998. P.181.

A tentativa, segundo Teles⁷⁷:

[...] é possível, nas duas formas típicas. Iniciando o ingresso, mas sendo barrado por algum morador ou por outra pessoa ou recusando-se a sair da casa, mas dela sendo retirado, responderá, tão somente o agente pela tentativa. A segunda figura típica constitui crime permanente, portraindo-se sua consumação enquanto o agente não deixar o interior da casa ou de sua dependência.

Com uma linha de raciocínio um pouco parecida dispõe Capez⁷⁸:

A tentativa, em tese é admissível, embora seja difícil configuração, por se tratar de um crime de mera conduta. Citemos o exemplo de Hungria⁷⁹: “ se não há uma passagem integral, como quando, por exemplo, o agente é surpreendido e preso no momento em que está galgando a janela para entrar na casa, ou devassar-lhe com a vista do interior”. [...]

A questão da tentativa, bem como foi exemplificado por esses autores acima citados, é perfeitamente possível de ocorrer, apesar de ser de difícil caracterização pois no campo prático não ocorre com tanta frequência em relação ao crime propriamente dito e crime consumado.

2.7 FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA

As formas simples e qualificadas estão dispostas primeiramente no caput do artigo 150 e nos parágrafos primeiro e segundo.

De acordo com o artigo 150, caput, a forma simples desse crime pode ser assim descrita segundo o texto legal do caput desse artigo:

⁷⁷ TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2 – São Paulo: Editora Atlas, 2004. P.308-9.

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 330

⁷⁹ Nesse sentido, Néelson Hungria, **Comentários**, cit., v. VI, p. 174.

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

Pena – Detenção de 1 a 3 meses e multa.

Portanto para esse crime ser caracterizado em sua forma simples, basta que o agente da ação delituosa o cometa em consonância unicamente com o descrito no caput do artigo 150.

Já sobre a qualificadora presente no parágrafo 1º dispõe Delmanto⁸⁰:

a. Noite. É o período de obscuridade, que não equivale a repouso noturno; b. Lugar ermo. É o habitualmente despovoado. c. Emprego de violência ou de arma. Usa a lei essa cláusula de forma que a figura qualificada alcança só a violência física e não a grave ameaça. Como o dispositivo se refere ao emprego de violência ou de arma, que são ambos, meios para vencer a oposição da vítima, entendemos que só qualifica o comportamento a violência física contra a pessoa e não contra coisa[...].

Em relação a forma qualificada presente no parágrafo 2º , nos ensina Mirabete⁸¹:

Há casos em que o funcionário público pode penetrar na casa contra a vontade de quem nela habita (prisão em flagrante ou por mandado, despejo, penhora, seqüestro etc.). A lei estabelece o aumento da pena em um terço se o fato é praticado por funcionário público, fora dos casos legais (não permitidos), ou com inobservância das formas estabelecidas em lei (deficiência do mandado de despejo), ou com abuso de poder (excesso na execução de um mandado ou diligência etc.).(art.150, § 2º). O fato, se praticado por autoridade, pode concretizar o crime previsto no artigo 3º, alínea b, da Lei 4.898/65.

⁸⁰ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 7ª Edição, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007. P.437-8.

⁸¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direto Penal**. Parte especial. Arts. 121 ao 234 do Código Penal – 23ª Edição – São Paulo, Editora Atlas, 2005.p. 201.

As qualificadoras, presente nesses dois parágrafos desse artigo basicamente tem a função de distinguir causas diferenciais em relação ao delito na sua forma simples do caput desse artigo, diferenciando mesmo na questão da aplicação da pena distinguindo quem cometeu o delito, em quais circunstâncias, para agravar ou não a dosimetria da pena, de acordo com a situação da pessoa.

Como o caso do funcionário público acima exposto no parágrafo segundo desse artigo, e mesmo o local o momento e o modo pelo qual se dá a ação, como modo o emprego de violência ou uso de arma, o momento da ação que também é citado no caso de ser realizado a noite, como local, cita-se o local ermo, e também ao final desse parágrafo cita-se também o concurso de pessoas, no caso de ser mais de um agente que venha a cometer esse delito.

2.8 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA E EXCLUSÃO DE ILICITUDE

No que refere ao tema das causas de aumento de pena e a exclusão de ilicitude, de acordo com Capez⁸²:

Está prevista no § 2º. “ aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais ou com inobservâncias das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso de poder”.

As causas de aumento de pena estão expressamente previstas nesse parágrafo segundo do artigo 150, como já foi visto anteriormente no parágrafo anterior são destacadas as qualificadoras desse crime e nos parágrafos seguintes temos os casos de exclusão de ilicitude e também as definições acerca de casa, e o que não pode ser o mesmo configurado como sendo, nos casos elencados no parágrafo quinto.

⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 330

Sobre essa mesma definição das causas de aumento de pena explana Teles⁸³:

A pena será aumentada de um terço se o crime é praticado por funcionário público que ingresse ou permaneça na casa, exceto quando o faz sob o pálio de uma das excludentes de ilicitude previstas no § 3º ou quando, a princípio por elas amparado, deixe ele, entretanto, de observar as formalidades legais previstas para o ingresso em casa alheia ou age com abuso de poder.

Vale ainda ressaltar, que sobre essas causas de aumento de pena, há uma Lei Especial, a 4.898/65 que vem a interferir diretamente na configuração deste parágrafo em especial, pois como comumente estudamos no direito penal, quando há uma lei especial com relação um dispositivo do Código penal por exemplo, devemos sempre obedecer a lei específica, isso é o que se pode chamar de princípio da especificidade da lei.

Neste caso, então o agente, o funcionário público responderá nos termos desta lei e não nos termos do parágrafo segundo do artigo 150 do Código Penal.

Para ajudar melhor essa compreensão, exemplificando caso de aplicação do princípio da consunção, explana Capez⁸⁴:

No caso de violação de domicílio constituir meio para a prática de crime mais grave, aplica-se o princípio da consunção, e o delitofim absorve a violação. Assim, se a autoridade invade o domicílio de um indivíduo para matá-lo, só responde pelo delito de homicídio.

Já as causas de exclusão de ilicitude são as que estão previstas no parágrafo terceiro deste artigo, e podem ser separadas em dois pontos, conforme seus incisos:

⁸³ TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2 – São Paulo: Editora Atlas, 2004. P.309.

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 330

I – Durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar a prisão ou diligência;

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

Sobre esta primeira hipótese, do inciso I, vale ressaltar o ensinamento de Damásio⁸⁵:

A primeira hipótese diz respeito à entrada ou permanência em casa alheia, ou em suas dependências, durante o dia, com observâncias das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência. Durante o dia, o funcionário público pode entrar ou permanecer em casa alheia, ou em suas dependências, para realizar qualquer diligência, de natureza policial ou judicial, fiscal ou administrativa, desde que haja autorização judicial (Constituição Federal, art. 5º., XI, *in fine*).

Já em relação a segunda hipótese que está prevista no inciso II, explana Noronha⁸⁶:

No inciso II a lei não se refere apenas ao fato realizado durante o dia, senão também a noite. Trata-se da prisão em flagrante, quando qualquer do povo pode e as autoridades devem prender (CPP, artigo. 301).

O crime de violação de domicílio assim como qualquer outro crime que está tipificado no diploma penal brasileiro, terá suas causas de aumento de pena expressamente previstas no teor dos artigos e seus parágrafos, caso não seja observada nenhuma disposição é porque não haverá essa causa.

2.9 CONCURSO DE CRIME E AÇÃO PENAL

⁸⁵ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, parte especial**, volume 2. 26ª Edição. Atualizada – São Paulo, Editora Saraiva, 2005. P. 274.

⁸⁶ NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**, volume 2. 29ª Edição, atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 1998. P.182.

Será muito comum a seguir, como será visto que vários autores comungaram da mesma opinião em relação a configuração ou não do concurso de delitos no crime de violação de domicílio, partir-se-á da idéia da aplicação do princípio da consunção, em que um delito mais grave absorverá o delito menos grave numa continuidade na mesma ação delituosa, mas sobre esse princípio da consunção não é regra geral para todos os tipos de crime, tomemos como exemplo o crime de latrocínio, nesse caso a o agente da ação para obter o resultado roubo ele tem que matar a pessoa , e nesse caso o delito de homicídio mesmo que na forma qualificada não iria absorver o crime de roubo.

Mas no caso em tela explanado sobre o crime de violação e a configuração do concurso de crimes, explana Mirabete⁸⁷:

Comum é a prática do delito de violação de domicílio como meio para outro crime (RT 226/456). Nesses casos o crime-fim, absorve a violação de domicílio (RT 336/456, 695/339; RSTJ39/478; JTAERGS 84/75). Assim tem decidido os tribunais nos casos de roubo (JTACrSP 47/326), ameaça, extorsão (RT 672/342), delitos sexuais (RT 525/353, 584/350), exercício arbitrário das próprias razões (JTACrSP 48/208, 30/322), adultério (JTACrSP 48/363) e constrangimento ilegal (RT 535/350). Tem-se ponderado, porém, que o delito de violação de domicílio não pode ser absorvido pelo delito fim menos grave, como o exercício arbitrário das próprias razões, por exemplo, dando aquela tônica dominante para fins punitivos (JTACrSP 39/317).

Com essas decisões citadas por Mirabete pode-se vislumbrar de forma prática o que vem ocorrendo nas decisões dos Tribunais em relação há crimes conexos ao crime de violação de domicílio num mesmo concurso. Importante ressalva também se faz em relação a que o crime fim da ação delituosa tem que ser sempre mais grave, neste caso para ser aplicado o princípio da consunção,e também que caso o crime fim seja menos grave o agente responderá pelos dois crimes, tanto o de violação de domicílio quanto o outro crime que seja considerado menos grave que esse disposto no artigo 150 do Código Penal,

⁸⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte especial. Arts. 121 ao 234 do Código Penal – 23ª Edição – São Paulo, Editora Atlas, 2005.p. 202.

Comungando dessa mesma linha de pensamento define Delmanto⁸⁸ que “ O Crime fim, quando tentado ou consumado, se mais grave, absorve a violação de domicilio, que é punida separadamente quando o delito fim for mais brandamente punido (TACrSP, RT 695/339).

Já Capez⁸⁹ faz uma importante ressalva no que tange falha do agente de lograr o crime-fim:

Se o agente ingressar em residência alheia, e não lograr alcançar o crime fim por circunstâncias que independem de sua vontade, não responderá pelo crime autônomo de violação de domicilio, mas apenas pela forma tentada do crime-fim. Se, entretanto, desistir de prosseguir na execução do crime ou impedir que o resultado de produza, deverá responder pelos atos até então praticados, logo deverá responder pela violação de domicilio.

Nesse primeiro caso citado por Capez, em que o agente não consegue o resultado do crime-fim por circunstâncias que independem de sua vontade, tem-se que ser explanado de forma bem clara quais seriam essas circunstâncias, porque senão, o agente sequer teria tentado o crime-fim, então como ele poderia ser caracterizado mesmo que não tentado, ele somente poderia responder então, pelo crime de violação de domicílio, não por um crime que ele sequer realizou a tentativa, restando essa hipótese difícil caracterização.

A ação penal é pública incondicionada, que independe da representação do ofendido ou de seu advogado legalmente constituído.

O crime de violação de domicilio, por ser um crime de menor potencial ofensivo, como já foi explanado anteriormente, incidirá nas disposições da Lei dos Juizados Especiais, como será mais a seguir.

⁸⁸ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 7ª Edição, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007. P.439.

⁸⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006. P. 335.

CAPÍTULO 3

A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E O QUARTO DE HOTEL: possibilidade de crime?

3.1 HISTÓRICO DOS HOTÉIS

Os hotéis, como se verá a seguir surgiram há poucos séculos atrás nessa denominação direta do emprego desse vocábulo, os empregos de hospedarias, mesmo de hotéis e estabelecimentos do gênero já existiam faz um determinado tempo mas sem a denominação nominal ao qual se verá a seguir e com o qual estamos acostumados hoje.

Antes de entrar no estudo da relação do crime de violação de domicilio com a sua caracterização no meio do âmbito hoteleiro é necessário compreender de onde surgiu essa expressão tal qual como sua evolução histórica nos principais países do mundo, tal qual como conta Medlik e Ingram⁹⁰:

Os Hotéis tem cerca de cem anos. A palavra hotel, em si, foi usada na Inglaterra com o surgimento de Londres, após 1760, de um tipo de estabelecimento comum em Paris, chamado “ hotel garni” – uma grande casa onde os apartamentos eram alugados por dia, semana ou mês. Sua aparência significava uma ruptura com os métodos corriqueiros de hospedagem, como pousada e instalações similares, e o surgimento de instalações mais luxuosas e até mais ostentadoras.

Os Hotéis com gerentes, recepcionistas e funcionários uniformizador surgiram , de modo geral, apenas no inicio do século XIX, e até meados desse século seu desenvolvimento foi relativamente lento.

A falta de boas pousada na Escócia de certa forma acelerou a chegada dos hotéis nesse país; por volta do fim do século XVIII Edimburgo, por exemplo, tinha vários hotéis onde os viajantes

⁹⁰ S. Medlik, H. Ingram. **Introdução a hotelaria: gerenciamento e serviços** 4. Ed. tradução de Fabíola de Carvalho s. Vasconcelos – Rio de Janeiro: Campus, 2002. P. 6-7.

podiam obter quartos elegantes e confortáveis. Sabe-se também que os hotéis obtiveram grande progresso em outras partes da Europa no final do Século XVIII e XIX quando surgiu a idéia de resort.

O mesmo processo que foi ocorrendo com o passar dos anos no Reino Unido, mas especificamente, na Escócia e na Península Ibérica vai também se estender a América do Norte, e se espalhar de forma rápida devido ao grande processo de evolução que esses países passam depois do momento de colonização francesa e inglesa.

Na América do Norte, as primeiras acomodações para viajantes seguiram um padrão semelhante ao da Inglaterra, onde a maioria das pousadas se originou de casas transformadas; porém na virada do século XVIII, já se podia observar, em várias cidades da Costa Leste, hotéis construídos para um determinado fim, e na primeira metade do século XIX a construção de hotéis se espalhou da América do Norte a costa do Pacífico.

A evolução da manutenção de pousadas e hotéis aconteceu, dessa forma, quase que paralelamente no novo e velho mundo, e o surgimento da indústria hoteleira em ambos os lados do Atlântico provavelmente tem mais comum do que se sabe. O que na América do Norte pode ter perdido em termos de história e tradição, ela ganha em espírito pioneiro, na intensa rivalidade entre as cidades e empresários e no tamanho cabal e no crescimento do mercado de viagens.

Ao final do século XVIII e começo do século XIX á pode se observar, que nos principais países tanto do velho continente, como na América do Norte, esse segmento já começa a se consolidar em termos de importância para os países em si, como também para a população local que está envolvida nesse segmento de mercado.

No século XIX, os hotéis firmaram não apenas como centro de hospedagem comercial para os viajantes, mas também como importante centro para as comunidades. A Construção e o gerenciamento e a operação se tornaram atividades especializadas, com seus estilos e métodos próprios.

Com o século XX, chegaram a crescente especialização e a sofisticação otimizada nas indústrias hoteleiras da maioria das

idades, bem como seu crescimento e expansão. O crescimento e a diversidade de operações de hotéis, porém também foram comparados ao crescimento e à diversidade da concorrência no mercado geral de hospedagem.

Fechando essa linha temporal no que relativiza a evolução histórica dos hotéis e meios de hospedagem é de se destacar a importância que os mesmos possuem hoje num ciclo econômico global;

Portanto, após essa passagem histórica dos hotéis ao longo do último dois séculos é dada a sua devida importância de um modo geral nos ensinamentos de Medlik e Ingram⁹¹:

Os Hotéis desempenham um papel importante na maioria dos países, oferecendo instalações para transações de negócios, reuniões e conferências, recreação e entretenimento. Nesse sentido os hotéis são tão essenciais à economia e as sociedades como transporte adequado, a comunicação e os sistemas de distribuição a varejo de vários bens e serviços[...].

Como é visto de acordo com as citações supracitadas, a evolução da criação dos hotéis se deu de uma forma não tão lenta, a expressão hotel surgiu a partir de um nome de um estabelecimento comum em Paris que envolvia atividade do gênero e com o tempo foram surgindo mais desses estabelecimentos e o nome hotel passou a ser designado para esse tipo de local com essa referida atividade.

3.2 CONCEITOS

Além das expressões concernentes ao artigo 150, parágrafo 4º do Código Penal, onde é tratado o crime de violação de domicílio é preciso haver o entendimento acerca de alguns conceitos sobre o qual tem abrangência esta matéria, tal qual como o próprio conceito de hotel, casa, hospedaria,

⁹¹ S. Medlik, H. Ingram. **Introdução a hotelaria: gerenciamento e serviços** 4. Ed. tradução de Fabíola de Carvalho s. Vasconcelos – Rio de Janeiro: Campus, 2002. P. 4.

pousadas, albergues, para que assim possa obter-se com mais profundidade a aplicação do delito presente no artigo 150 do Código Penal e sua possível aplicação encaixada sobre esses devidos termos acima citados e abaixo conceituados.

Sobre o conceito de casa e sua inviolabilidade dispõe o TACRIM/SP em alguns julgados:

“A expressão casa, contida no caput do artigo 150 do estatuto penal é a mais ampla possível abrangendo qualquer compartimento habitável ainda que em caráter eventual” (TACRIM-SP-AC-Rel. Dias Tatit – JUNTACRIM 93/273).

Essa definição acima citada por dar uma abrangência geral a definição do vocábulo jurídico versante sobre “ casa “ da uma margem de entendimento geral sobre o alcance da mesma, estendendo-se assim sobre os outros compartimentos em meios de hospedagem.

“ O fato de um motel receber rotineiramente casais para encontros amorosos, não desnatura sua condição de habitação coletiva. Todos quanto nele ingressarem gozam de proteção legal. Desta forma, os agentes só não cometeram o crime de invasão de domicílio porque não chegaram a entrar em nenhum dos quartos” (TACRIM-SP-AC-Rel Sidnei Beneti – RT 689/366).

Os motéis, tem apenas uma pequena distinção dos hotéis no tocante a finalidade porque são comumente usados para estadias bem mais curtas do que hotéis, mas assim como esses gozam da mesma proteção jurídica, tal qual como é disposto acima.

“O conceito da dependência de casa, além de casa uma de suas peças ou cômodos, compreende os locais e construções que ela funcionalmente se incorporam, como garagens, pátios , jardins e quintais devidamente separados do exterior (TACRIM-SP-AC-Rel Geraldo Gomes – JUNTACRIM 57/316).

É manifestamente claro, de acordo com esse último disposto que a proteção jurídica no tocante a casa e suas dependências, não apenas infere na construção interna propriamente dita, mas como também tudo que

esteja dentro de sua área de terreno, pois, a partir do momento em que é ultrapassado essa barreira de muros, um passo adiante já pode ser considerado como dependência da casa e desde aí goza de toda a proteção jurídica cabível, mesmo que sobre um ponto de vista geral a construção interna tenha uma importância destacada como mais importante.

Sobre a questão da proteção relativa a inviolabilidade do domicílio é de entendimento compartilhado aos anteriores citado o TJ do Amapá:

“A garantia individual à inviolabilidade de domicílio prevista em nossa Carta Magna estende-se às pensões, casas, cômodos e congêneres, evidenciando-se pela recusa do proprietário ou do hóspede em permitir a entrada acintosa e durante o repouso noturno do imóvel” (TJAP – AC – Rel. Gilberto Pinheiro – RT 728/588)

Ainda sobre o conceito de casa dispõe Mirabete⁹²:

O conceito de casa pode ser dado como o de qualquer construção, aberta ou fechada, imóvel de uso permanente ou ocupada transitoriamente. Em interpretação autêntica, prevê o parágrafo 4º do artigo 159 compreendido no conceito de casa a) qualquer compartimento habitado (maloca, barraca, etc.), b) aposento ocupado de habitação coletiva (quartos de pensão, motel, hotel, etc.), c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (consultório, escritório, oficina, ateliê etc.).

Numa acepção mais formal, verifica-se também a precisão da descrição dos vocábulos motel, pensão e hotel no Dicionário Aurélio⁹³: "Motel: Hotel para encontros amorosos.", "Pensão: Pequeno hotel de caráter familiar." "Hotel: Estabelecimento onde se alugam quartos e apartamentos mobiliados".

Mas aí vale ressaltar que essas expressões citadas de acordo com o dicionário Aurélio são de entendimento comum e não de teor jurídico.

⁹² MIRABETE, Júlio Fabbrini – **Código Penal Interpretado** – 5.ed. São Paulo, Atlas, 2005. P.1197-98.

⁹³ **Mini Aurélio**, Editora Nova Fronteira, pp. 369, 473 e 525.

Como foi visto nas definições supra citadas é importante compreender as definições relativas a esse tema para que se alcance um melhor entendimento das relações jurídicas que a estes venham envolver.

3.3 APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95

Antes de tudo é necessário citar que a Lei dos Juizados Especiais surgiu em 26 de setembro de 1995 (Lei nº 9.099/95), sendo decorrente de dois projetos pré-existentes, um em que era delimitado apenas o Juizado Criminal enquanto o segundo projeto tratava conjuntamente de matérias cíveis e criminais.

Então para a criação dessa lei foi-se aproveitado o teor desses dois projetos que fora aprovado como Lei Federal.

O objetivo da criação da lei dos juizados especiais pode se dizer que simplesmente torna como objeto seu um modo de desburocratizar o procedimento da justiça no âmbito penal, tornando assim modos de haver uma solução mais rápidas das lides em face do já sabido e extremamente congestionada quantidades de processos a serem julgados na Justiça Brasileira.

E para a criação dos Juizados incumbe ao Estado membros da federação a sua criação não deixando de observar a disposição da lei federal.

Em relação a competência funcional vale salientar os ensinamentos de Bittencourt⁹⁴:

Competência funcional é atribuída aos órgãos judiciários para a prática de atos na relação processual, prevendo quem pode atuar em um determinado processo, além do que cada um pode realizar.

⁹⁴ BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e penas alternativas de prisão** – 3ª Edição. Revisada, atualizada – Porto Alegre – Livraria do Advogado – 1997 . p.56.

Como é acima citado pelo professor Bitencourt em seu conceito, é explanado de uma forma geral o que vem a ser competência por prerrogativa de função, o que é atribuído a um determinado órgão ou a uma pessoa de modo singular a sua função em recaimento sobre um determinado ato dentro da relação processual, distribuindo assim os encargos dentro do meio judiciário.

Outro ponto de competência que deve-se salientar também, é a dos juízes especiais pela natureza da infração, tal qual como destaca Bitencourt⁹⁵:

O art. 74 determina que a competência *ratione materiae*, ou seja, pela natureza da infração, será determinada pelas leis de organização judiciária dos Estados, ressalvando a competência do Tribunal do Júri (crimes contra a vida). No entanto, ao cumprir o mandamento constitucional (art.98,I), a Lei 9.099/95, criando os Juizados Especiais Criminais e definindo o que deve ser entendido por infração penal de menor potencial ofensivo, implicitamente começou a definir a competência em razão da matéria (arts. 60 e 61), constituído uma segunda exceção a regra prevista no artigo 74 do CPP. Assim, a competência *ratione materiae* e objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a um ano e contravenções penais.

A competência em razão da matéria, tal qual como é tratada acima na definição de Bitencourt de forma mais simplificada vem a mostrar casos que em razão da matéria do delito cometido ele recairá sobre o processamento e julgamento perante os Juizados Especiais Criminais, se tratando neste caso do crime de violação de domicílio em sua forma simples, assim como é o caso do crime em estudo neste trabalho. Já a competência em razão do local da infração está disposta no artigo 63 dessa Lei, assim como explica Bitencourt⁹⁶:

⁹⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e penas alternativas de prisão** – 3ª Edição. Revisada, atualizada – Porto Alegre – Livraria do Advogado – 1997 . p.58.

⁹⁶ BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e penas alternativas de prisão** – 3ª Edição. Revisada, atualizada – Porto Alegre – Livraria do Advogado – 1997 . p.61.

A competência *ratione loci*, determinada pelo artigo 63, é universal e apresenta dois aspectos que justificam a sua preferência: o primeiro é a prevenção geral, que é uma das finalidades da sanção criminal, e deve operar-se no local onde o crime foi praticado, o segundo é a facilidade de coleta de provas que o local da infração ocorreu apresenta. Levantamentos, perícias, testemunhas, corpo de delito, tudo será facilitado pelas circunstâncias locais.

Mas claramente essas competências poderão ser modificadas em razão de determinadas circunstâncias tais como, ausência de citação pessoal e complexidade do caso, isso claramente não vem a afetar o crime de violação de domicílio em seu processamento visto que ele pode ser considerado, comparativamente com outros crimes de maior complexidade de investigação, mais simples.

O crime de violação de domicílio na sua forma simples, definido no caput do artigo 150 do Diploma Penal poderá ser processado e julgado perante os Juizados Especiais Criminais devido a ser um crime de menor potencial ofensivo:

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

Pena – Detenção de um a três meses ou multa.

Mas o que então seria esse crime de menor potencial ofensivo? Mirabete explana que⁹⁷:

Para fixar a competência em razão da matéria aos Juizados Especiais Criminais, a Lei 9.099/95 utiliza, basicamente, a intensidade da sanção abstrata cominada ao ilícito. Dispondo sobre o assunto, a lei conceitua como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini – **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação** – 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 1998. P.30.

A definição de crime de menor potencial ofensivo é determinada de uma forma bem sucinta pela lei, tendo como claro objeto neste caso, julgar e processar esses crimes em que há um grau não tão grande de reprovabilidade social e também que o prejuízo causado as vítimas seja pequeno, o menor possível, tornando assim, a forma de pena a ser aplicada condizente com esse pequeno grau de prejuízo que pode ser causado a quem sofreu o dano decorrente da ação delituosa em um crime aqui definido como de menor potencial ofensivo.

3.3.1 TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal, tal qual como vem ocorrendo na atualidade mostra uma função de um sistema de desafogamento que o Poder Judiciário tem em mãos para diminuir a grande quantidade de processos que se acumulam ao longo dos tempo e que assim causa essa conhecida morosidade devido não só a grande quantidade de trabalho para ser feito, analisado e julgado mas como também poucos serventuários da Justiça para realizar essa grande demanda que o sistema vem exigindo.

Explana Smanio ⁹⁸ acerca do entendimento sobre transação Penal:

A Transação Penal é o novo instrumento de política criminal que dispõe o Ministério Público, para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução sumaríssima do litígio penal, propor ao autor da ação de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração de processo de pena não privativa de liberdade.

Essa rápida solução do litígio penal, como foi anteriormente citado é a grande questão para a aceleração do Processo Judiciário, mas também há de se frisar a importância da possibilidade da concessão de poderes discricionários ao Ministério Público, como a seguir será definido:

⁹⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998. P. 79.

Na concepção de Teresa Armenta Deu ⁹⁹:

“O princípio da oportunidade outorga ao Ministério Público faculdades discricionárias. [...] a discricionariedade supõe que o ordenamento jurídico atribui uma margem de escolha, configurada por uma pluralidade de soluções, todas válidas por estarem adequadas a legalidade. Dessa forma, o Poder Judiciário verifica a presença das condições legais que permitiriam a opção discricionária por parte do Ministério Público, mas não poderia de nenhuma forma fiscalizar a oportunidade, o mérito da opção formulada, por inexistência de um critério legal determinante.”

Então, para fechar essa linha de raciocínio acerca da definição jurídica da transação penal dentro do procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, destaca Smanio ¹⁰⁰:

A transação penal é instituto decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la, sob certas condições. Nos termos da Lei, como já foi anteriormente mencionado, adotado o princípio da oportunidade regrada, o Ministério Público somente poderá dispor da ação penal nas hipóteses previstas legalmente, desde que a concordância do autor da infração e a homologação judicial.

Através da explicação dada por Smanio, é possível compreender melhor a importância dada a esse princípio da oportunidade e seus efeitos derivativos, tal qual como é citado pela doutrina espanhola anteriormente mencionada.

Mas, para auxiliar a compreensão fundamental da transação penal é necessário explanar acerca de seus pressupostos, assim o feito ter-se-á melhor compreendido o âmbito em que ela pode ser realizada.

⁹⁹ ARMENTA DEU, Teresa - **Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU. 1991. P.181-183.

¹⁰⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998. P. 78.

Smanio¹⁰¹:

Então, sobre os pressupostos da transação penal discorre

- a) Tratar-se de ação penal pública incondicionada, ou ser efetuada a representação, nos casos de ação penal pública condicionada;
- b) em ambas as hipóteses não ser caso de arquivamento de termo circunstanciado;
- c) não ter sido o autor da infração condenado por sentença definitiva (com trânsito em julgado), pela prática de crime, à pena privativa de liberdade;
- d) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação;
- e) os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem adoção da medida;
- f) formulação da proposta pelo Ministério Público e aceitação por parte do autor da infração e por seu defensor.

Vale ser citado que existem alguns impedimentos com relação a poder ocorrer a transação penal, e esses impedimentos estão elencados no artigo 76 da lei 9.099/95 em seus inciso I,II, III:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

¹⁰¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998. P. 79-80.

Para fechar a parte relativa a transação penal é importante salientar o seu procedimento:

Primeiramente é feita a proposta inicial, seguindo-se assim pela sua aceitação, ocorrendo isso será feita a homologação.

Caso não haja transação penal, destaca Smanio¹⁰²:

Não havendo transação penal, o Ministério Público oferecerá denuncia oral, de imediato, ao juiz, se não houver necessidade de diligencias imprescindíveis, assim, o procedimento sumaríssimo.

Essa possibilidade de não ocorrência da transação penal é claramente a menos desejada pelos serventuários da justiça ali envolvidos, pois o processo não se encerrando na fase de acordo (transação) ele poderá se arrastar por muito tempo, comumente se vê casos, mais especificamente na área civil, não na penal em que o mesmo as vezes chega a se transcorrer por década. E não havendo mesmo essa transação, findo a audiência todos os procedimentos legais de continuidade do processo são seguidos.

3.3.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Primeiramente há de se frisar que o instituto da suspensão condicional do processo seja no rito da Lei do Juizados Especiais ou comum e a suspensão condicional da pena são dois institutos diferentes apesar de apresentarem uma nomenclatura que talvez facilite que haja confusão entre esses dois termos, apesar desses dois terem um caráter igual no que tange ao não aplicação da pena privativa de liberdade cada um se dá de forma bem distinta, a aqui trabalhada suspensão condicional do processo.

Então, para trabalhar de forma mais delimitada esse tema é necessário o conceituar.

¹⁰² SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998. P. 85.

Nesta senda, segundo Grinover¹⁰³:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a dois anos, o Ministério Público, por força do artigo 89 da Lei 9.099/95, ao oferecer a denúncia pode propor a suspensão do processo, desde que o acusado preencha alguns requisitos legais. Presentes os requisitos legais, suspende-se a execução da pena privativa de liberdade por um determinado período, durante o qual o condenado cumpre algumas condições. Espirando o prazo sem ter havido revogação, extingue-se a pena que estava suspensa.

A suspensão condicional do processo, assim como outros atos processuais está condicionada a certos requisitos e pressupostos, que são caracteres necessários para sua condição e existência e validade, sendo que todos esse requisitos tem de ser observados, pois na inobservância e obstrução de um desses esse instituo estará prejudicado em sua essência impossibilitando a sua direta caracterização .

Explana Bitencourt¹⁰⁴ sobre os requisitos necessários para a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo:

- a) Pena mínima cominada igual ou inferior a um ano
- b) Que o acusado não esteja sendo processado
- c) Que não tenha sido condenado por outro crime
- d) Natureza e quantidade da pena (Somente a pena privativa de liberdade pode ser suspensa).
- e) Inaplicabilidade de penas restritivas de direito.
- f) Não reincidência em crime doloso.
- g) Prognose de não voltar a delinquir.

Esse apontamento acima citado na letra 'g' mostra-se claramente um dos requisitos é tido como o mais desrespeitado pelos apenados quando estão sob efeito da suspensão condicional do processo, pois durante

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pelegrini – GOMES FILHO, Antônio Magalhães – FERNANDES, Antonio Scarance – GOMES, Luiz Flávio – **Juizados Especiais Criminais** – Comentários a Lei 9.099/26.09.1995 – 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.252.

¹⁰⁴ BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e penas alternativas de prisão** – 3ª Edição. Revisada, atualizada – Porto Alegre – Livraria do Advogado – 1997 . p.119-128.

esse prazo a sua conduta tem que ser a mais direita e não ofensiva possível, para que assim evite de descumprir os termos em que foi posto e deste modo não ter que voltar a cumprir a pena privativa de liberdade.

Sobre a hipótese de cabimento da suspensão condicional do processo, ensina Oliveira¹⁰⁵:

A possibilidade da proposta de suspensão condicional do processo só pode ocorrer quando a pena privativa de liberdade cominada a infração penal for igual ou inferior a um ano, independentemente de ser ela estabelecida cumulativa ou alternativamente com a pena de multa. Cabe a suspensão do processo não só nas ações penais por crimes de menor potencial ofensivo, como também naqueles de competência do Juízo Comum e nas infrações penais da Justiça Especial.

Deve-se também destacar quais as condições necessárias para a suspensão do processo, atos esse que devem ser observados e seguidos pelo réu, as imposições obrigatórias podem ser encontradas no artigo 89, §1º:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de freqüentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Poderão ainda, existir outras condições de imposição facultativa, essas serão determinadas pelo Juiz e não estão preexistentes escritas em lei, observa-se isso, no §2º do artigo 89:

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Beatriz Abraão de, **Juizados Especiais criminais: teoria e prática**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001. P.76-77.

Outro ponto de destaque nesse processo é o chamado período de prova pelo qual passa o réu, segundo define Bitencourt¹⁰⁶:

Chama-se período de prova o lapso temporal que o beneficiário tem o processo suspenso, e durante o qual deverá cumprir as condições que lhe forem impostas. Esse período de prova está previsto entre dois e quatro anos.

Esse período de prova como foi anteriormente destacado em outras palavras, tem que se destacar pela boa conduta do apenado e da observância de todos os requisitos, porque assim que o lapso de tempo se esgotar o processo terá se dado por extinto.

Há também causas obviamente, que poderá ser revogada essa suspensão condicional do processo, assim leciona Smanio¹⁰⁷:

A suspensão será revogada se, durante o prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado a reparação do dano. O cometimento de um novo crime não acarreta a revogação da suspensão, uma vez que a lei fala em ser processado, o que exige o recebimento da denuncia ou queixa crime. O arquivamento de inquérito policial não acarreta a revogação da suspensão, uma vez que o beneficiário não foi processado.

Já, na fase de homologação, deverão ser observados quatro pressupostos, que os mesmos estando presentes de modo regular, e o acusado aceitando os termos, estará pronto para homologação do Juiz. Segundo explica Smanio¹⁰⁸ se procederá nas seguintes etapas em que são observados esses quatro pressupostos de admissibilidade do mesmo:

- a) Proposta do Ministério Público;
- b) Legalidade da proposta;

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e penas alternativas de prisão** – 3ª Edição. Revisada, atualizada – Porto Alegre – Livraria do Advogado – 1997 . p.132.

¹⁰⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998. P. 100.

¹⁰⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998. P. 99.

- c) Aceitação do acusado;
- d) Recebimento da denúncia.

Poderão ainda ocorrer causas de desconsideração da suspensão condicional do processo, tal como explica Smanio¹⁰⁹:

O Promotor de Justiça aditando a denúncia durante o curso do prazo, para crime que não se enquadre nos requisitos do artigo 89, deverá requerer a desconsideração da suspensão, por não se tratar de causa obrigatória ou facultativa de revogação. O Juiz, recebendo o aditamento, deverá desconsiderar a suspensão, prosseguindo-se nos termos ulteriores do processo cessando a suspensão da prescrição.

Essa causa de o Promotor de Justiça na entender que o crime praticado não se encaixe dentro dos requisitos legais, deverá ser plenamente fundamentada para que não cause prejuízo a pessoa o réu e mesmo o processo em si, mas claramente existindo não um indício, mas fato configurado e de teor desconstitutivo desse direito o mesmo deve ser observado; tal como a observância posterior de um dos sete requisitos supra apresentados como essenciais para dar a possibilidade ao réu de ter o processo suspenso temporariamente.

3.4 JURISPRUDÊNCIAS COMENTADAS

Diante da possibilidade de existência de controvérsias nestas questões envolvendo o âmbito hoteleiro no que tange a possibilidade ou não da caracterização do crime de violação de domicílio em seus aposentos e sua extensão verifica-se a jurisprudência vem aceitando de modo extensivo e interpretativo o vocábulo casa como também a esses quartos sejam de hotéis, pousadas, resorts, motéis ou qualquer outro estabelecimento do gênero.

¹⁰⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998. P. 101.

O que havia há algum tempo atrás é que o conceito de casa, como se verá a seguir de modo contrário, não alcançava toda essa abrangência para que seu entendimento e derivadamente a proteção jurídica ao qual era dada a ela pudesse também atingir os quartos de hotéis, e assim ficava uma defasagem jurídica muito grande porque situações que ali pudessem ocorrer ficariam sem um respaldo legal.

E como vê-se e é de notório saber de todos o direito, as leis tem-se que adaptar a diversos fenômenos sociais ou mesmo costumes de muito tempo , assim como também novas situações jurídicas que venham a aparecer e que ainda não tenham esse respaldo legal, portanto essa caracterização do delito de violação de domicílio em quarto de hotéis, devido a pouca abrangência do conceito de casa ficava restrito a normas e regulamentos gerais e internos dos hotéis.

Seja por meio de regulamentos gerais, ou mesmo por normas internas dos hotéis, os mesmos, dentro de sua abrangência devem ser respeitados tanto pelos hóspedes que ali estão como também pelos funcionários do determinado hotel, mas até certo ponto, quando se chega a uma situação que pode ferir qualquer direito legalmente garantido a uma pessoa, seja pela norma civil ou penal esse mesmo sempre vai prevalecer sobre essas normas e regulamentos interno dos hotéis, essa claramente é uma questão indiscutível, e não se estende somente a hotéis, mas também a bancos, estabelecimentos diversos e a qualquer outro.

Portanto, colhe-se abaixo a primeira das duas decisões do STF:

RHC 90376 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 03/04/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007. DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764. RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525. RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147. Parte(s): RECTE.(S) SÉRGIO AUGUSTO COIMBRA VIAL. ADV.(A/S): FLÁVIO JORGE MARTINS. RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - 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 aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POIS ONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude

originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

Decisão: A Turma, por votação unânime, deu provimento ao recuso ordinário, nos termos do voto do Relator, para restabelecer a sentença penal absolutória proferida nos autos do Processo-crime nº 1998.001.082771-6 (19ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ). Ausente, justificadamente, neste julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ªTurma, 03.04.2007.

Essa decisão trata de um caso em que foi feita uma busca e apreensão de materiais em um quarto de hotel e sem mandado judicial para servirem de provas em um determinado processo, mas como é ressalvado constitucionalmente é vedado o uso de provas obtidas por meios ilícitos, assim como descreve o artigo 5º inciso LVI da Carta Magna.

Ainda é disposto nesse julgado do Supremo Tribunal Federal que o conceito de casa revela-se abrangente por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva.

Então essa prova obtida através de meio ilícito é afastada e não pode ser utilizada pelo Ministério Público, pois transgride a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

É claro aqui, como foi anteriormente citado a esse enendimento que essa abrangência do conceito de casa, e o mesmo é usado para fundamentar a caracterização do crime de violação de domicílio quando o mesmo é cometido em um quarto de hotel, a simples questão de matéria de se tratar de um outro teor, de provas obtidas por meio ilícito; mas esse meio ilícito sendo o domicílio violado, neste caso o quarto de hotel mostra a tendência jurisprudencial de que o mesmo quarto de hotel é considerado um domicílio e que o mesmo deve gozar de proteção jurídica tanto quanto a uma casa ou outra expressão empregada no artigo 150 §4º do Código Penal.

HC 93050 MC / RJ - RIO DE JANEIRO. MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. **Julgamento:** 30/11/2007. **Publicação:** DJe-155 DIVULG 04/12/2007 PUBLIC 05/12/2007. DJ 05/12/2007 PP-00022. RDDT n. 149, 2007, p. 169-172. **Partes:** PACTE.(S): LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES. IMPTE.(S): GUSTAVO EID BIANCHI PRATES. COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA **Despacho:** DECISÃO: A presente impetração insurge-se contra decisão, que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 115): "CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO "HABEAS CORPUS". CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. QUADRILHA. ACÓRDÃO BASEADO EM FATOS DIVERSOS DA PRESENTE AÇÃO PENAL. CONTRADIÇÃO VERIFICADA. DENÚNCIA BASEADA EM PROVAS ILÍCITAS. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. "WRIT" NÃO INSTRUÍDO COM PROVAS APTAS. FISCALIZAÇÃO REALIZADA EM OUTRA EMPRESA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FATO QUE NÃO CONTAMINA O PRESENTE FEITO. AÇÃO PENAL BASEADA EM PROVAS LEGÍTIMAS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES. ORDEM DENEGADA.

1 - Evidenciado que o acórdão embargado se baseou em fatos diversos daqueles referentes à presente ação penal, torna-se necessário o reexame das alegações apresentadas pela defesa. 2 - Hipótese na qual não se extrai dos autos que a diligência fiscalizatória realizada na empresa investigada na presente ação penal tenha sido realizada sem a prévia autorização judicial. 3 - Sendo o "habeas corpus" remédio constitucional destinado a sanar a simples ameaça ou a própria violação ao direito de ir e vir do suposto coacto, exige-se, em razão do seu rito célere, seja previamente instruído com as provas aptas e indispensáveis à imediata demonstração do constrangimento ilegal apontado, não competindo a esta Corte diligenciar no sentido de instruir o "writ", ônus que compete exclusivamente ao impetrante. 4 - O simples fato de uma investigação ter sido desencadeada em virtude de apreensão de documento indiciário de prática delitiva, em diligência que resultou na instauração de outra ação penal, a qual, em tese foi realizada sem autorização judicial, não é suficiente, por si só, para tornar nulo o processo instaurado. 5 - Se a ação penal foi lastreada em conjunto probatório obtido de forma legítima, com a devida autorização judicial, não há que se falar em anulação do feito. 6 - Embargos declaratórios acolhidos, para, conferindo-lhes efeitos infringentes, denegar a ordem, mantendo em curso a ação penal n.º 96.0026361-2 instaurada em desfavor do paciente." (HC 70.960-EDcl/RJ, Rel. Des. Convocada JANE SILVA - grifei) A parte ora impetrante, para justificar sua pretensão, sustenta, em síntese, que "(...) toda a documentação que embasa a ação penal n.º 96.0026321-2, tal como ocorrera com a documentação mercantil e fiscal de todos os clientes, à época, da S/A ORGANIZAÇÃO EXCELSIOR CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO, fora obtida (ou derivada) naquela "irregular diligência de busca e apreensão", perpetrada em 23/08/93, por AFTN"s e APF"s, que, fortemente armados e "manu militari", por mais que ausente o proprietário e sob irresistível coação dos funcionários, arrecadaram, além dos computadores, livros e documentos de todos os mais de 1.200 clientes dos escritórios contábeis da S/A Organização Excelsior" (fls. 29 - grifei). Os fundamentos que dão suporte à presente ação de "habeas corpus" assumem relevância jurídica, especialmente se examinada a controvérsia sob a égide da alegada ilicitude da prova penal decorrente de suposta transgressão à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, observados, quanto a este último tópico, os parâmetros delineados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO

DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 197, DJ 03/08/2000). Tenho para mim, no exame sumário deste pedido de medida cautelar, que o v. acórdão ora questionado contém fragmento cujo teor, a seguir reproduzido (fls. 120), parece demonstrar que tal decisão teria considerado válida prova qualificada pela ilicitude por derivação: "Na hipótese dos autos, todavia, a documentação que embasou o início da ação penal, consoante se verifica da peça acusatória, adveio de diligência fiscalizatória efetivada em outra empresa, qual seja, a COMPANHIA COMERCIAL E EXPORTADORA DE COUROS LTDA. De fato, mesmo que esta diligência tenha sido desencadeada em virtude de outros documentos apreendidos na primeira operação da Receita Federal com a Polícia Federal nos escritórios da empresa S. A. ORGANIZAÇÃO EXCELSIOR E ADMINISTRAÇÃO, não é possível se extrair dos autos que a fiscalização realizada na COMPANHIA COMERCIAL E EXPORTADORA DE COUROS LTDA. tenha sido efetivada sem a prévia autorização judicial." Vislumbro, nessa expressiva passagem da decisão ora em exame, uma afirmação manifestamente conflitante com os critérios jurisprudenciais que o Supremo Tribunal Federal firmou em tema de prova ilícita (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 87.907/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação: "BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - 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 aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA -

INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de

repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal - , tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.." (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, em juízo de estrita delibação, e sem prejuízo de ulterior reexame da questão suscitada nesta sede processual, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento da presente ação de "habeas corpus", o andamento do Processo-crime nº 96.00.26361-2, ora em tramitação perante a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ. Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 70.960-EDcl/RJ), ao E. Tribunal Regional Federal/2ª Região (HC 006.02.01.006551-7, Apenso 1, fls. 122) e ao Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ (Processo-crime nº 96.00.26361-2, Apenso 1, fls. 135). Publique-se.

Esse entendimento vem a tratar de um caso onde de crime contra a ordem tributária conjuntamente com formação de quadrilha onde a investigação foi toda desencadeada em virtude da apreensão de documento comprobatórios da atividade delitiva em diligência que resultou a instauração da ação penal, mas que foi realizada sem autorização judicial.

Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ,ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária.

Portanto, assim como é disposto no primeiro julgado anteriormente citado, nesses dois caso é caracterizado classicamente , como a teoria dos frutos da árvore envenenada, onde Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação.

Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.

Em suma, como é disposto nesse julgado, novamente vem trazido o conceito de casa de modo abrangente, atingindo assim, sua proteção legal a aposentos de habitação coletiva, os quartos de hotéis, aqui foi realizado uma busca e apreensão dentro de um quarto de hotel , mas sem mandado judicial, e esse conjunto probatório obtido através de meio ilícito serviu de modo prejudicial ao réu dentro do processo ao qual estava enfrentando.

Então se essas provas foram obtidas através de meio ilícito; busca e apreensão dentro de um quarto de hotel sem o devido mandado judicial claramente está configurado aqui, nesse julgado o crime de violação de domicílio e caso assim essas provas seriam desqualificadas, corroborando assim, esse julgado que o quarto de hotel é considerado juridicamente protegido tal qual como uma casa, apartamento, algo do gênero, demonstrando claramente a tendência jurisprudencial aplicável a este caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de violação de domicílio disposto no artigo 150 do Código Penal seja em seu modo de caracterização simples ou qualificado, talvez seja um dos delitos dispostos nesse diploma dotado de uma carga não tão grande de reprovabilidade social, pois seus efeitos não são tão profundos como em outros delitos.

Ele claramente pode servir de meio para a execução de outro determinado crime, mas neste caso certamente o crime a ser praticado em seguida a probabilidade de esse ser de gravidade maior que o primeiro, a violação de domicílio é muito grande, então neste caso, como foi estudado o princípio da consunção se opera descaracterizando esse delito menor e aplicando a pena do maior em sua extensão , até mesmo de modo qualificado.

O bem jurídico aqui tutelado, por mais que se possa pensar não vai ser a integridade da pessoa em si, a sua liberdade individual ou de sua família, o que se protege diretamente no crime de violação de domicílio é a inviolabilidade domiciliar, mas neste caso a pessoa que se sinta ofendida terá que representar pois esse bem protegido não fala por si próprio.

O crime de violação de domicílio por ter uma pena base tida como baixa poderá ser julgado em sua forma simples perante os juizados especiais criminais, ao qual trouxeram uma grande ajuda de celeridade ao processo judicial penal brasileiro nesses crimes agora tidos como de menor potencial ofensivo.

A carga de processos a serem julgados em nosso sistema penal, como é de notório saber está extremamente carregada, e tanto na falta de profissionais serventuários da justiça para realizar tal fato, os Juizados Especiais Criminais, por terem um rito de julgamento mais célere, conseguem desafogar , mesmo que de forma não significativa esses crimes tidos como de menor potencial ofensivo.

Como foi estudado, na teoria geral do crime, esse estudo dá uma grande margem para que se possa compreender e classificar de modo minucioso o delito de violação de domicílio em todas as suas características, porque aqui, na teoria geral, como o próprio nome já diz se são dados apontamento gerais sobre os delitos, e cada um desses apontamentos que foram estudados serviram como uma espécie de capa que foi aplicada em cada um dos apontamentos dentro do estudo do crime em espécie aqui visto.

A possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo, servem também de um meio cabível e dentro de seu cumprimento mais do que justo para que deixe de ser aplicada a pena privativa de liberdade, em face da grande saturação que o sistema prisional no país vem enfrentando, e também para o próprio apenado, que ao invés de estar cumprindo essa pena privativa de liberdade, diante de certo requisitos a serem cumpridos e exigidos pode cumprir essa pena em liberdade.

É um ato que beneficia tanto a justiça como um todo, devido a questão da tão falda saturação do sistema prisional como também para a pessoa do apenado.

Por fim vale destacar muito a questão da tendência jurisprudencial que vem se seguindo no tocante a grande abrangência conceitual jurídica que o vocábulo casa vem apresentando, sendo também alçado e atingível aos quartos de hotéis.

Esses mesmos ficavam sub-judice dos regulamentos gerais dos hotéis e de seus regulamentos internos, agora com as recentes decisões , principalmente do STF fica plenamente caracterizado que o mesmo é abraçado pela mesma proteção jurídica da casa, e que o mesmo sendo violado de modo injusto, estará caracterizado o delito do artigo 150 do diploma penal brasileiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTOLISEI, ob. Cit., p. 137; Asúa, **Tratado de derecho penal**, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 3.

ARMENTA DEU, Teresa - **Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU. 1991.

BALESTRA, Carlos Fontán e FRIKER, Eduardo. **Derecho Penal**, parte general, Buenos Aires, Depalma.

BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e penas alternativas de prisão** – 3ª Edição. Revisada, atualizada – Porto Alegre – Livraria do Advogado – 1997.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, volume 1, 10.ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral, volume 1, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

_____. **Curso de Direito Penal**, Volume 2: parte especial – 6ª edição, revisado e atualizado – São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

COSTA JR. Paulo José da. **Direito Penal Objetivo**: comentários ao Código Penal e ao Código de Propriedade industrial – Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 2003.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 7ª Edição, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º a 120). 5ª Edição, São Paulo: Forense, 1983.

GRINOVER, Ada Pelegrini – GOMES FILHO, Antônio Magalhães – FERNANDES, Antonio Scarance – GOMES, Luiz Flávio – **Juizados Especiais Criminais** – Comentários a Lei 9.099/26.09.1995 – 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial, volume 2.** 26ª Edição. Atualizada – São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

_____. **Direito Penal: Parte Geral, 1º volume, 27 ed. Ver., Atual.** São Paulo, Saraiva. 2003.

_____. **Direito Penal – Parte Geral, 1º Volume.** São Paulo, Editora Saraiva, 23ª Edição, 1999.

LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral** – 3. Ed. – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal, Parte Geral – Código Penal arts 1º ao 120** – Bauru, SP: EDIPRO, 3ª Ed., ver., atual. E ampl., 2002

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, Campinas, Editora Millennium, 2002

MEDLIK, S. e INGRAM, H. **Introdução a hotelaria: gerenciamento e serviços** da 4. Ed. tradução de Fabíola de Carvalho s. Vasconcelos – Rio de Janeiro: Campus, 2002

MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**, Editora Melhoramentos, São Paulo, 2007

Mini Dicionário da língua portuguesa - edição revisada e ampliada, Editora Nova Fronteira, pp. 369

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado** – 5.ed. São Paulo, Atlas, 2005.

_____. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação** – 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Manual de Direito Penal - Parte Geral – Volume 1.** São Paulo: Editora Atlas, 15ª Ed., 1999.

_____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral .** 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Manual de Direito Penal.** Parte especial. Arts. 121 ao 234 do Código Penal – 23ª Edição – São Paulo, Editora Atlas, 2005

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Tomo I: Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954

NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**, volume 2. 29ª Edição, atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 1998

OLIVEIRA, Beatriz Abraão de, **Juizados Especiais criminais: teoria e prática.** Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p.2.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social** – 2ª edição – São Paulo, Editora Atlas, 1998

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2 – São Paulo: Editora Atlas, 2004