

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bruna Azevedo de Castro; Matheus Felipe De Castro; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-741-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Parodiando Ihering, o Direito Penal não é uma pura teoria, mas uma força viva. E nos GTs do Conpedi, as teorias se mesclam com as experiências dando origem a novas interpretações e desafios neste que é o campo maior das misérias humanas. Miséria para os que cometem o crime e têm de suportar a pena, miséria para os que o sofrem e têm parte de suas vidas ceifadas por intrusos forasteiros.

Na tarde do dia 24/06/2023, estivemos reunidos neste VI Encontro Virtual do Conpedi, no GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, onde foram apresentados os seguintes artigos:

STALKING E REVENGE PORN: CONCEITOS, SIMILITUDES E TRATAMENTO LEGISLATIVO, de Greice Patricia Fuller e Rosemeire Solidade Da Silva Matheus, onde se descortinou seus respectivos conceitos e tratamento legislativo, enquanto delitos que despontaram a partir da Sociedade da Informação, mais especificamente com a popularização das redes sociais, destacando os esfacelos psicológicos das vítimas dos cybercrimes, sendo relevante destacar os esforços das mesmas para lidar com as situações de danos e ameaças sofridos.

INCITAÇÃO E APOLOGIA AO CRIME EM LETRAS DE MÚSICA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Guilherme Manoel de Lima Viana, Irineu Francisco Barreto Junior e Greice Patricia Fuller, abordando os limites da liberdade de expressão em letras de música, especialmente em relação aos crimes de incitação e apologia ao crime, previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal e como esses crimes são expressos em letras de música que tratam de temas como crimes sexuais, roubos, furtos e tráfico de drogas, analisando até que ponto esses temas são protegidos pela Constituição Federal.

IMPARCIALIDADE SUBJETIVA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO: ANÁLISE A PARTIR A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA, de Airto Chaves Junior e Victor Luiz Ceregato Grachinski, estudando a imparcialidade subjetiva do juiz no Processo Penal a partir da Teoria

da Dissonância Cognitiva, buscando compreender como o contato prévio do juiz com o produto da investigação preliminar causa um desequilíbrio cognitivo no julgador em favor da versão acusatória (primado da hipótese sobre os fatos).

FOTOS QUE CONDENAM: O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A OMISSÃO LEGISLATIVA À LUZ DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, de Nathália Leite de Medeiros , Walter Nunes da Silva Júnior, evidenciando que o Código de Processo Penal (CPP) vigente somente prevê o regramento para o reconhecimento de pessoas em sua modalidade presencial, de modo que sobre o reconhecimento fotográfico, meio de prova cada vez mais utilizado nos fóruns e delegacias do país, paira um limbo normativo que abre as portas para arbitrariedades.

A COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA RECOMENDAÇÃO Nº 001/2022-COEAP/RN, de Fernando Rocha De Andrade, analisando a compatibilidade da Recomendação nº 001/2022-COEAP emitida pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte com as normas constitucionais e legais que visam a proteção das prerrogativas dos advogados e dos direitos dos presos, questionando se as restrições impostas pelo documento, como a limitação de tempo no parlatório, a submissão ao bodyscan e a revista de pertences, estão em consonância com as disposições legais brasileiras.

A OMISSÃO IMPRÓPRIA NO CRIME DE LAVAGEM E DINHEIRO, de Fernando Rocha De Andrade, investigando se os mecanismos de controle edificaram um feixe de regras a agentes que atuam em atividades reconhecidas como sensíveis à lavagem de capitais, cujo descumprimento aumenta o risco em favor da prática do mascaramento, e se a mera condição de compliance prevista na norma de regência não impõe necessariamente um dever de garantir a evitação da lavagem de dinheiro.

EXPECTATIVA VS REALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL: COMO E QUEM FALHA NO AMBIENTE PRISIONAL BRASILEIRO O QUAL SE DISTANCIA A CADA DIA DO IDEAL DA LEI?, de Leila Gomes Gaya, trabalhando com um comparativo entre o “dever-ser” estabelecido na Lei nº 7210/84, a Lei de Execução Penal, e o “ser” que é a realidade das instituições prisionais brasileiras.

CRIME DE MOTIVAÇÃO RACIAL: ESTUDO COMPARATIVO DO JULGAMENTO DE AHMAUD ARBERY NA PERSPECTIVA BRASILEIRA, de Eudes Vitor Bezerra, Claudia Maria Da Silva Bezerra e Natália Diniz Filgueiras, considerando que o direito penal moderno requer observação por meio de diferentes óticas, de modo que a análise de fenômenos

estrangeiros por meio de um estudo de caso de ampla divulgação midiática contribui para compreendermos como situações semelhantes são tratadas de forma diversas a depender da sistemática penal. Nos Estados Unidos, episódios de crimes de motivação racial como os de George Floyd, Breonna Taylor e Ahmaud Arbery são apenas alguns nomes dessa lista, sendo que a realidade no Brasil não é diferente.

DIÁLOGOS ENTRE A SANÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA, de Walter Carlito Rocha Júnior, objetivando despertar no leitor uma reflexão de que estaríamos diante da macrocriminalidade sendo que os crimes teriam tomado uma proporção muito maior, cometidos através de pessoas jurídicas, demandando da legislação permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes econômicos.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de Lauro Mens de Mell , José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, retomando o princípio da legalidade e sua relação como o Estado de Direito Democrático. Para tanto distingue Estado de Direito e Estado de Direito Democrático. Demonstra a relevância do princípio da legalidade para o Estado de Direito Democrático, passando à análise do princípio da legalidade em matéria penal, indicando seus elementos.

DIREITO À VIDA, MAS QUE VIDA?, de Lauro Mens de Mello, José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, analisando a terminalidade da vida, abordando o choque entre os princípios da intangibilidade da vida humana, dignidade humana e autonomia da vontade, a fim de avaliar as hipóteses de disposição da vida humana, em casos determinados.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DOMICILIAR E OS STANDARDS PROBATÓRIOS NA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO EM SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DELITIVA, de Rafaela Volpato Viaro e Matheus Felipe De Castro, considerando que inviolabilidade domiciliar está reconhecida como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, comportando exceções estabelecidas pelo próprio texto constitucional, como no caso da entrada forçada em domicílio em situação de flagrante delito, demandando a demonstração de fundadas razões (causa provável) da ocorrência concreta de flagrância no interior da residência. Todavia, não havendo previsão legal no que consistiriam tais fundadas razões e, ainda menos, do quanto devem estar comprovadas para se permitir o controle do juízo de fato, a necessidade de estabelecimento de claros standards probatórios que justifiquem a entrada forçada em domicílio na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA NA DOGMÁTICA PENAL, de Júlio César Craveiro Deveschi e Fábio André Guaragni, apresentando a evolução do conceito de omissão na dogmática penal, com enfoque para a omissão imprópria, ressaltando a necessidade de aprofundamento dogmático sobre a omissão imprópria, que vem sendo largamente utilizada pelo Direito Penal Econômico inserido em um contexto de sociedade de risco.

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, de Adriana Fasolo Pilati e Samara Scartazzini Awad, debatendo os crimes sexuais contra vulneráveis menores de 14 anos, bem como a sua impossibilidade de relativização no caso concreto, cuja ampla recorrência exige máxima atenção no que concerne às tentativas de prevenções e novas atribuições de penalidade.

DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS, PROBLEMAS E SOLUÇÕES COM ENFOQUE NAS MULHERES APENADAS, de Adriana Fasolo Pilati e Ana Raquel Pantaleão da Silva, debatendo o sistema carcerário, suas origens, mudanças ao decorrer da história, juntamente com um enfoque no sistema brasileiro, seus problemas e apresentação de soluções para resolvê-los, bem como a situação das mulheres apenadas que nele cumprem suas sentenças.

ESTUDO DO CRIME DE EXTORSÃO QUANDO CONSIDERADO CRIME MILITAR: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, de Lizandro Rodrigues de Sousa e Emanuel Marques dos Santos, estudando o crime de extorsão quando considerado crime militar, previsão legal e desdobramentos jurisprudenciais no STJ, especificamente o caso Resp. 1.903.213 - MG.

LAWFARE: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO, de Romulo Rhemo Palitot Braga e Jonathan Rocha de Lima, ressaltando que o lawfare é entendido não apenas como uma ferramenta de guerra híbrida, como também abuso de leis e sistemas judiciais em benefício político, empresarial e sociopolítico, sendo que no Brasil o caso mais emblemático de lawfare no campo político, com manipulação da opinião pública ao combate da corrupção, teria ocorrido no âmbito da operação Lava-jato, gerando instabilidade política e um processo de impeachment culminando, também, com a prisão do ex-presidente Lula.

EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL COMO EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA PARA OS ENCARCERADOS NO ESTADO DA PARAÍBA, de Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Moraes Silva e Allan Vítor Corrêa de Carvalho, apresentando a

educação no âmbito do sistema prisional do estado da Paraíba como forma de efetivar a cidadania das pessoas encarceradas.

As leitoras e leitores, por certo, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso de suas autoras e autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todas e todos uma ótima leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC/UNOESC

Profa. Dra. Bruna Azevedo de Castro – Faculdades Londrina

Prof. Dr. Horácio Monteschio – UNICURITIBA/UNIPAR

**O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DOMICILIAR E OS
STANDARDS PROBATÓRIOS NA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO EM
SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DELITIVA**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOME INVIOABILITY AND EVIDENT
RULES FOR FORCED ENTRY INTO HOME IN SITUATION OF CRIMINAL
FLAGRANCE**

**Rafaela Volpato Viaro ¹
Matheus Felipe De Castro ²**

Resumo

A inviolabilidade domiciliar está reconhecida como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. Comporta exceções estabelecidas pelo próprio texto constitucional. É o caso da entrada forçada em domicílio em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. A primeira hipótese exige a demonstração de fundadas razões da ocorrência concreta de flagrante delito no interior da residência. Todavia, não há previsão legal do que consistem tais fundadas razões e, ainda menos, do quanto devem estar comprovadas para se permitir o controle do juízo de fato. Assim, como problema de pesquisa pretende-se discutir quais são os standards probatórios que justificam a entrada forçada em domicílio em flagrante delito, ou seja, se se poderia extrair da jurisprudência o que há de essencial para a configuração da chamada justa causa. Como percurso metodológico para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á o estudo de caso.

Palavras-chave: Inviolabilidade domiciliar, Flagrante delito, Fundadas razões, Standards probatórios

Abstract/Resumen/Résumé

Home inviolability is recognized as a fundamental right in our legal system. It includes exceptions established by the constitutional text itself. This is the case of forced entry into a home in the event of a crime or disaster, or to provide help, or, during the day, by court order. The first hypothesis requires the demonstration of well-founded reasons for the concrete occurrence of a flagrante delicto inside the residence. However, there is no legal provision of what such well-founded reasons consist of and, even less, of how much must be proven to allow control of the factual judgment. Thus, as a research problem, it is intended to discuss what are the probative standards that justify forced entry into a home in flagrante delicto, that

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito (UFSC). Especialista em Direito e Gestão Judiciária e em Direito Constitucional. Professora na Escola Superior da Magistratura de SC. Juíza de Direito

² Professor em Ciências Criminais com doutorado e pós-doutorado em Direito. Integra corpo docente dos Programas de Pós-Graduação Profissional da UFSC (mestrado) e UNOESC (mestrado e doutorado). Formação em psicanálise lacaniana

is, whether one could extract from jurisprudence what is essential for the configuration of the so-called just cause. As a methodological path for the development of the work, the case study will be used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Home inviolability, Flagrante delicto, Well-founded reasons, Evidence standards

1 INTRODUÇÃO

A inviolabilidade domiciliar está expressamente reconhecida como um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. E, como tal, integra um sistema de vínculos e limites ao poder soberano estatal, bem como reflete prerrogativa que concretiza o fundamento da República consistente na dignidade da pessoa humana.

Todavia, como direito fundamental que é, encontra espaço para restrições. E é do texto constitucional que se extrai a positivação de exceções à inviolabilidade domiciliar, a saber: (i) flagrante delito; (ii) desastre, (iii) prestação de socorro, (iv) determinação judicial (CRFB, artigo 5º, XI). É na primeira hipótese que reside o objeto de estudo do presente trabalho.

Com efeito, o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar encontra limite na situação de flagrante delito, hipótese em que poder-se-ia adentrar na residência a qualquer hora, independentemente de autorização judicial.

Ocorre que, mesmo em tais situações, há de ser observada a existência de *fundadas razões*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

É dizer, a entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito representa, a um só tempo, restrição constitucional à inviolabilidade domiciliar e garantia do indivíduo contra abusos e arbitrariedades, na medida das justificativas que impõe. Daí a necessidade de se comprovar, *a posteriori*, a existência de fundadas razões da prática delitiva em flagrante.

Ocorre que a legislação infraconstitucional não definiu no que consistem as fundadas razões para ingresso forçado em domicílio. Noutras palavras, não há definição legal das situações fáticas que perfectibilizam a justa causa a autorizar a entrada em domicílio alheio.

Mais que isso, não há definição do quanto de prova (*sufficiency of the evidence*) é necessário para comprovar a existência de fundadas razões de prática delitiva em flagrante. Aí residem os *standards* probatórios, ou seja, diretrizes quanto ao grau de suficiência da prova para que se possa considerar comprovada uma alegação fática (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 165).

Indaga-se, pois, como problema de pesquisa, quais são os standards probatórios que justificariam a entrada forçada em domicílio em flagrante delito.

Como forma de minudenciar a pesquisa, serão abordados, no item 2, a concepção de direitos fundamentais e, em especial, os contornos da inviolabilidade domiciliar e sua abertura à afetação.

No item 3, serão examinados o conceito de standard probatório e sua aplicabilidade no processo penal brasileiro.

Finalmente, no item 4 será trabalhada a incidência dos standards probatórios na entrada forçada em domicílio à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como percurso metodológico para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á o estudo de caso.

Aventa-se, como hipótese, que o *standard* probatório apresenta grau elevado e exige demonstração clara e objetiva do enunciado fático

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DOMICILIAR E SEUS NÍVEIS DE AFETAÇÃO

A conceituação dos direitos fundamentais não é tarefa fácil, uma vez que exige delimitação hermenêutica e construção dogmática vinculada ao contexto constitucional vigente.

Pode-se, contudo, atrelá-lo à noção de promoção da dignidade da pessoa humana enquanto “prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2005, p. 178)³.

Na tarefa de delimitação do instituto jurídico em questão, Ingo Sarlet explicita que a nota característica da fundamentalidade (aquilo que qualifica um direito como fundamental) é que essa circunstância é simultaneamente formal e material (2022, p. 146).

A fundamentalidade formal consiste na positivação constitucional da posição jurídica. Ou seja, são aqueles direitos que a ordem constitucional qualifica, de forma expressa ou implícita, como tais. São compostos pelos seguintes elementos:

(a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF),⁹²⁵ muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo constituinte, aspecto desenvolvido no capítulo sobre o poder de reforma constitucional; (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5.º, § 1.º, da CF), o que igualmente será aprofundado mais adiante (SARLET, 2022, p. 146).

³ Pertinente a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos: “Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado”. (NOVELINO, 2004, p. 394).

Do ponto de vista material, direitos fundamentais aqueles que ostentam maior relevância a considerar o bem jurídico e relacionam-se “a decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (SARLET, 2022, p. 146).

Finaliza o constitucionalista apresentando um conceito – aqui adotado – acerca dos direitos fundamentais:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (SARLET, 2022, p. 147).

Incorporada ao texto constitucional na categoria de direito fundamental, a inviolabilidade domiciliar (CRFB, art. 5º, XI) guarda íntima conexão com o resguardo da esfera privada de um indivíduo ou de um núcleo familiar. Tutela-se o espaço reservado para o livre desenvolvimento da personalidade e da vida privada.

A proteção ao domicílio vem desde a Carta Imperial de 1824, que estabelecia que a casa era “asilo inviolável” na forma do seu artigo 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar, somente cabendo a entrada não consentida nos casos e na forma da lei.

Também as Constituições de 1891, 1934 e 1937 fizeram menção à proteção jurídica do domicílio, até a suspensão pelo Decreto 10.358, de 31.8.1942. A proteção do domicílio foi retomada pelas Constituições de 1946 e 1967, todas com remissão à regulamentação legal.

Alfim, chegou-se à Constituição de 1988, cujo texto constitucional tratou da inviolabilidade e de suas exceções no artigo 5º, XI:

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

O conceito jurídico de “casa”, para fins de proteção constitucional, deve ser tomado em sentido amplo. Abrange não apenas a moradia, mas quaisquer espaços habitados (inclusive coletivamente), além de espaços não abertos ao público onde se exerce profissão ou atividade de índole⁴.

Trata-se do espaço físico onde o indivíduo pode gozar de sua privacidade, não guardando relação necessária com a propriedade, mas sim com a posse para efeitos de residência (SARLET e WEINGARTNER NETO, 2013, p. 546).

Assim, a casa (domicílio) que constitui o objeto de proteção da garantia da inviolabilidade consagrada pelo art. 5.º, XI, da CF é todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais, de modo que mesmo um quarto de hotel, o escritório, qualquer dependência de casa mais ampla, desde que utilizada para fins pessoais (apartamento de habitação coletiva), são considerados abrangidos pela proteção constitucional. O caráter temporário e mesmo provisório da ocupação, desde que preservada a exclusividade no sentido de sua privacidade, não afasta a proteção constitucional, pois esta, como já frisado, busca em primeira linha assegurar o direito à vida privada. (SARLET e WEINGARTNER NETO, 2013, 548).

É preciso enfatizar que a inviolabilidade domiciliar tutela a intimidade e o espaço privado não apenas de um indivíduo, mas de todo o grupo de pessoas que residem no local. Com efeito, ao ingressar em uma residência “[...] pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito [...]” (BRASIL, 2021, p. 20). Daí a necessidade de se imprimir ainda mais cautela quando da entrada forçada em domicílio.

Todavia, o direito fundamental em questão – assim como os demais estampados no texto constitucional - não é absoluto. Encontra, pois, espaço para restrição.

Restrição e direito são conceitos que atraem a incidência de teorias distintas para explicar o fenômeno da limitação a direitos fundamentais.

Em apertada síntese, advogada a teoria interna que um direito fundamental “nasce” com limites imanentes. Ou seja, restrição e direito não são categorias autônomas, mas traduzem sim ideia de direito fundamental com conteúdo determinado (MENDES, 2014, p. 199).

Fala-se em limites, que “consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística”, que não se confundem com restrições, uma vez que essas são compreendidas como barreiras

⁴ É o que se extrai do artigo 150, §4º do Código Penal: “§ 4º - A expressão "casa" compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - apartamento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

“normativas impostas externamente a estes direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico” (SARLET, 2022, p. 171).

De outro lado, a teoria externa admite a distinção em um direito e a restrição a ele imposta. Daí a necessidade de se distinguir dois objetos: “há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições” (SILVA, 2006, p. 38-39).

De acordo com essa teoria, um direito existe, *a priori*, de forma ilimitada, que, com a imposição de restrições, converte -se em um direito limitado (MENDES, 2014, p. 199). Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 39) chama atenção que

[...] somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*.

Para a teoria externa, o direito fundamental é *prima facie*, passível de restrição no caso concreto, de acordo com outros princípios.

A divergência apontada resulta, na verdade, da adoção da premissa de que os direitos fundamentais são regras (teoria interna) ou princípios (teoria externa). Adotada a concepção externa (direitos fundamentais são princípios) no presente trabalho, é possível falar em diferentes níveis de afetação.

O primeiro consiste na *privação*, que resulta na intervenção absoluta em direitos fundamentais.

Há inúmeros exemplos constitucionais de privação de direitos fundamentais, *ex vi*, pena de morte (art. 5º, XLVII, da CRFB), perda da nacionalidade (art. 14, §2º, da CRFB), expropriação de bens (art. 243 da CRFB), dentre outros.

Por resultar em evidente aniquilação do direito fundamental protegido pela normal constitucional, a privação é medida extrema que deve vir amparada em preceito normativo e sujeitar-se ao teste de proporcionalidade. Afinal, “somente se for possível controlar racionalmente a qualidade das razões adotadas por uma autoridade competente (ainda que constituinte) será admissível uma decisão que resulte numa privação de direitos constitucionais [...]” (STRAPAZZON e INOMATA, 2017, p. 103).

De outro lado, encontram-se situações de intervenção relativa de direitos fundamentais. As chamadas *restrições*. Em tais hipóteses, há relativização do direito fundamental, sem, contudo, eliminar seu núcleo essencial. Tais limitações podem se dar tanto

por disposição constitucional quanto por norma infraconstitucional. Há, ainda, quem inclua uma terceira alternativa, consistente na restrição de direitos em razão de colisões entre direitos fundamentais (SARLET, 2022, p. 173). Seja qual for a hipótese, certo é uma restrição de direito fundamental exige, direta ou indiretamente, um fundamento constitucional.

A título ilustrativo, cláusulas de reserva legal qualificam-se como restrições a direitos fundamentais, *ex vi*: prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação, nos termos da lei (CRFB, artigo 5º, VII); direito a receber informações de órgãos públicos, que serão prestadas no prazo que a lei fixar (CRFB, art. 5º, XXXIII); impenhorabilidade da pequena propriedade, assim definida em lei (CRFB, 5º, XXVI), dentre outras.

Por fim, intervenções ilegítimas em direitos fundamentais são classificadas como *violações*. Com efeito, “caso uma intervenção não seja constitucionalmente fundamentada, trata-se de uma violação, e não de uma restrição” (NOVELINO, 2004, p. 425).

Especificamente no que se relaciona ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, infere-se que o constituinte estabeleceu cláusula restritiva diretamente constitucional, o que será objeto de análise na sequência.

2.1 FLAGRANTE DELITO E INVOLABILIDADE DOMICILIAR

A Constituição Federal, ao tratar sobre a inviolabilidade domiciliar, elencou hipóteses de restrições constitucionais. É dizer, permitiu a limitação da inviolabilidade domiciliar diante de (i) flagrante delito; (ii) desastre, (iii) prestação de socorro, (iv) determinação judicial.

Como dito alhures, o presente trabalho se debruça sobre a primeira hipótese, ou seja, entrada forçada em domicílio em situação de flagrante delito. E, para que se esteja diante de uma verdadeira restrição (e não violação ou mesmo privação do direito fundamental em questão), há de serem observados limites na atuação estatal.

Ingo Sarlet e Weingartner Neto (2013, p. 554) bem sintetizam o presente escopo ao averbarem que “se há limites ao direito fundamental em tela, e há, também há limites para tais limites, de maneira que não reste esvaziado o conteúdo garantista do preceito”.

A busca e apreensão domiciliar consiste em medida invasiva (restritiva) a direito fundamental, mas de importância para a investigação de crimes. É inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, cogitar a inviolabilidade do domicílio como salvo conduto para a prática de crimes. É até mesmo por isso que a própria Constituição Federal elenca a hipótese de flagrante delito como exceção ao direito fundamental em questão.

A despeito de sua importância, a busca domiciliar está sujeita a controle judicial, “não sendo demais lembrar que a dogmática da proibição de excesso decorre da necessidade de estabelecer parâmetros racionais de controle ao exercício do poder de polícia administrativo” (SARLET e WEINGARTNER NETO, 2013, p. 554).

Nessa quadra, o Código de Processo Penal disciplina a busca e apreensão autorizada judicialmente, estabelecendo a necessidade de “fundadas razões” para se autorizar a diligência (CPP, artigo 240, §1º). O crivo jurisdicional prévio confere legitimidade à medida, uma vez que pressupõe a análise, por sujeito neutro e imparcial, da existência de justa causa.

Há casos, contudo, que a necessidade impõe a imediata restrição ao direito fundamental. Trata-se da hipótese de *flagrante delicto*. Permite-se, assim, a atuação policial de forma imediata, através da entrada em domicílio alheio, sem autorização judicial.

E, na tarefa de definir os limites à restrição da inviolabilidade domiciliar, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015), no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603616, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, assentou, em sede de repercussão geral, que agentes estatais devem demonstrar a existência de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para legitimar a entrada forçada em domicílio. A tese foi assim fixada:

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

Noutras palavras, no entender da Corte Suprema, é lícita a atuação policial de adentrar no domicílio alheio sem autorização judicial quando diante de elementos concretos que indiquem a ocorrência de flagrante delicto no seu interior.

Tem-se hipótese de legítima restrição à inviolabilidade domiciliar amparada na cláusula constitucional que permite o ingresso forçado diante de flagrante delicto.

O debate poderia, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ser encerrado nesse ponto.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (HC n. 598.051/SP) avançou na temática ao realizar importante distinção entre situação de flagrante delicto e hipótese de urgência.

A primeira diz respeito ao momento consumativo da prática delitiva: considera-se em flagrante delicto quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser

autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (CPP, artigo 302).

Veja-se que o estado flagrancial não necessariamente está atrelado a uma situação de urgência. Em especial, em crimes permanentes⁵ o flagrante pode ser dissociado do perigo de demora (ausência de imediato dano ao bem jurídico tutelado pela norma).

De outro lado, há hipóteses em que se faz concomitantemente presente o estado flagrancial e a urgência. Por exemplo, uma ocorrência de lesão corporal em ambiente doméstico, o que exige a imediata atuação policial, sob pena de grave e relevante ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.

O flagrante delito que autoriza a imediata entrada em domicílio sem autorização judicial é aquele atrelado a uma situação de urgência (DELMANTO, 2002, p. 324), como aconteceria nos casos de imediato exercício de violência ou grave ameaça aptos a violar um bem jurídico individual.

Com efeito, nas hipóteses em que, presente o flagrante, mas ausente perigo, não há empecilho que o agente policial solicite autorização judicial para a entrada forçada em domicílio. Trata-se, aliás, de reserva de jurisdição própria de restrição a direito fundamental.

Ingo Sarlet (2015) acresce que

[...] sendo o perigo na demora vetor decisivo para que o flagrante autorize a entrada no domicílio, nos crimes permanentes a intensidade desta razão diminui, já que, em tese, viável socorrer-se de mandado judicial, diferente da intervenção para evitar-se a consumação de um delito instantâneo, como um homicídio.

Conforme averbado alhures, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021) adotou a distinção entre flagrante delito e urgência, assentando que:

[...] 2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação - e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio - justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez,

⁵ Aqueles cuja consumação se protraí no tempo.

ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

Em suma, conclui-se que a inviolabilidade do domicílio é a regra. Excepcionalmente, diante de “fundadas razões”, pode o Estado-Juiz decretar a realização de busca e apreensão, que deve ser operacionalizada durante o dia. E, de forma ainda mais excepcional, quando constatado perigo de demora, o agente estatal no exercício do poder de polícia, a qualquer momento, poderá ingressar no domicílio alheio se se deparar com elementos concretos que indiquem a prática de flagrante delito – atuação sujeita a controle judicial *a posteori*.

Todavia, indaga-se no que consistem tais “fundadas razões”? E, mais ainda, qual o grau probatório que se exige para que estejam comprovadas? Os temas serão abordados nos itens que seguem.

3 OS STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

É lugar comum a afirmação que o ordenamento jurídico adotou o sistema do “livre convencimento motivado” na valoração probatória. A asserção, contudo, há de ser tomada com ressalva.

O sistema é de “livre convencimento” quando comparado àquele da prova legal, no qual o legislador atribuiu um valor definido para cada prova, cabendo ao órgão julgador apenas a tarefa de constatar se a prova foi produzida e conhecer-lhe o valor que a lhe definiu (DIDIER JUNIOR, 2015 p. 102).

Não é livre, por outro lado, de se submeter às regras da lógica e da racionalidade em geral. Afinal, de nada adiantaria as partes produzirem amplo material probatório se o juiz pudesse simplesmente desconsiderá-lo na tomada de decisão (RAMOS, 2013, p. 51).

Liberdade, assim, não se confunde com arbitrariedade. A motivação deve ser racional, lógica e controlável, atenta às provas produzidas nos autos.

Humberto Theodoro Jr (2021, p. 742) enfatiza que

[...] o processo democrático não pode tolerar construções de resultados processuais que sejam fruto do puro discricionarismo do juiz [...] Todos os argumentos e todas as provas deduzidas no processo terão de ser racionais e objetivamente analisados, sem preconceitos subjetivos. O juiz interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais acerca de justiça. É por isso que não se deve atrelar o julgamento ao livre convencimento do sentenciante. O exame das provas, sem hierarquização de valor entre elas, terá de se realizar, segundo critérios objetivos que se voltem para a definição não da vontade do

jugador, mas do ordenamento jurídico, como um todo, concretizado e individualizado diante do caso dos autos.

Francesco Carnelutti (2005, p. 22) leciona que o ato de valorar equivale a depositar cada elemento de prova numa balança com o propósito de pesá-lo.

Ocorre que, como bem ressalta Janaína Matida (2009, p. 74), “que o juiz seja livre para valorar, isto é, que não esteja vinculado a um resultado previamente normatizado é apenas uma condição necessária para uma correta determinação dos fatos, nunca sendo-lhe suficiente”.

Por evidente, pois, que a valoração da prova está intimamente relacionada à motivação da decisão. Não basta que a decisão seja racional. É preciso que o julgador compartilhe seu raciocínio, exponha as razões, de fato e de direito que o levaram a decidir a questão de determinada maneira. A fundamentação “tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão” (NERY JUNIOR, 2004).

Assim é que a valoração da prova desempenha papel essencial, consistindo fundamento para a escolha racional das afirmações de enunciados de fatos⁶ que constituirão o conteúdo da decisão (BADARÓ, 2018, p. 62).

Todavia, o resultado da valoração da prova que se obtenha não implica, por si só, nada a respeito da decisão a ser adotada (FERRER BELTRÁN *apud* MATIDA, 2009, p. 89).

É necessária a adoção de um critério decisório que defina, ao final do processo de valoração, o nível de suporte probatório que um enunciado de fato precisa obter para que seja considerado verdadeiro⁷ (BADARÓ, 2018, p. 55). Eis os *standards* probatórios.

Standards de prova são critérios ou diretrizes quanto ao grau de suficiência probatória para que se possa considerar comprovada uma alegação de fato (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 165). Consistem em graus de suficiência a respeito do *quantum* de prova é necessário para comprovação fática.

Para Knijnik (2001, p. 33), *standards* de prova são modelos de constatação, isto é, critérios ou regras que orientam a análise da prova pelo magistrado, permitindo o controle lógico e intersubjetivo da convicção judicial sobre os fatos.

⁶ De todo relevante a distinção entre *fato* e *enunciado de fato*. Fato consiste naquilo que pode ser verificado e confirmado, como um fragmento da realidade que pode ser averiguado e identificado no tempo e no espaço (ABBAGNANO, 2007, p. 429-430). De outro lado, enunciado de fato é a descrição dos fatos, ou seja, a assertiva apresentada pela parte acerca dos fatos.

⁷ O presente estudo não tem a pretensão de se debruçar sobre o conceito de verdade, valendo, contudo, o registro de que se trata de tema controverso. Para aprofundamento, vide MATIDA, 2009; GUSMÁN, 2006.

Com efeito, através dos *standards* probatórios, é possível balizar o grau de confirmação ou refutação das hipóteses fáticas através de critérios inteligíveis.

Michele Taruffo (2014, p. 135) averba que os *standards* de prova procuram “[...] oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio”. São diretrizes por meio dos quais o magistrado define se um enunciado fático “recebeu ou não adequada confirmação probatória” (p. 293).

É, assim, através do estabelecimento de *standards* probatórios que se procura controlar racionalmente a valoração da prova, extirpando do ambiente probatório o paradigma da subjetividade presente no livre convencimento (STRECK, RAATZ e DIETRICH, 2017, p. 404).

Os *standards* possuem, ainda, a finalidade de melhor otimizar a distribuição dos riscos de erro. Com efeito, o emprego deles no processo penal permite distribuir as chances de erros, garantindo-se que os equívocos sejam representados majoritariamente por absolvição falsas e não por condenações. E isso porque, quando se eleva o *quantum* probatório para embasar uma condenação, não necessariamente a acusação atingirá esse patamar, o que poderá resultar em culpados absolvidos (BADARÓ, 2018, p. 73).

A depender do tipo de processo e do bem jurídico protegido, o *standard* poderá ser maior ou menor. Janaína Matida e Alexandre Moraes da Rosa (2020) ilustram os *standards* como o *sarrafo* em uma prova de salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade.

Nos países de *common law*⁸, há muito se discute a medida da prova, estabelecendo-se diferentes tipos de *standards* para confirmação de uma hipótese fática. Os principais deles são: a) preponderância de provas (*preponderance of the evidence*); b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); e c) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

O *standard* da preponderância da prova indica que se deve escolher, dentre as hipóteses sustentadas, aquela que for “mais provável do que não”⁹ (SCHAWARTZ e

⁸ Lenio Streck faz importante observação sobre o tema: “É interessante notar que, apesar de os sistemas de common law adotarem os referidos standards probatórios, eles não o fazem com vistas a uma busca quase que obsessiva pela verdade. A teorização acerca do tema está muito mais voltada ao estabelecimento de mecanismos de controle do convencimento do júri e dos juízes e à necessidade de exigir provas mais robustas em processos que poderão atingir determinados direitos fundamentais como a liberdade”. (STRECK, RAATZ e DIETRICH, 2017, p. 402).

⁹ **No original:** A preponderance of the evidence is evidence that shows it is more probable than not that the patente was obvious (SCHAWARTZ e SEAMAN, 2013, p. 455).

SEAMAN, 2013, p. 455). Há um duplo filtro: a hipótese deve ser a mais provável dentre todas e sua afirmação deve ser provável que sua negação.

O critério da prova clara e convincente traduz a necessidade de que a proposição fática seja “altamente provável”. É um padrão mais elevado que o da preponderância das provas, mas exige menos do que o *standard* da prova além de uma dúvida razoável¹⁰ (SCHAWARTZ e SEAMAN, 2013, p. 454). A prova, assim, deve ensejar um elevado grau de certeza, ou seja, apontar para uma hipótese altamente provável (TARUFFO, 2014, p. 135).

Por fim, *beyond a reasonable doubt* representa um elevado grau de probabilidade, que muito se aproxima da certeza.

Gardner e Anderson (2013, p. 78) explicam que esse critério de suficiência probatória exige que todos os elementos essenciais do crime estejam provados “para além da dúvida razoável” para se cogitar de uma condenação. Caso contrário, a absolvição é medida imperativa.

Perceba-se que esse *standard* exige um altíssimo grau de confirmação, superando as dúvidas razoáveis (consistentes, fundadas na razão). Trata-se, assim, de um critério negativo, que exige não reste dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu.

No sistema brasileiro, a presunção da inocência, regra constitucional da qual se extrai o postulado do *in dubio pro reo*, exige um modelo de constatação que represente o mais elevado nível de confirmação probatória racionalmente exigível para que a proposição seja considerada provada, isto é, verdadeira (BADARÓ, 2019, p. 60). Caso contrário, a dúvida deve favorecer ao réu, culminando na absolvição.

É por isso que, na ilustração de Janaína Matida e Alexandre Moraes da Rosa (2020), o sarrafo deve ser posicionado em elevada altura para a condenação, cabendo à acusação o ônus de saltar acima disso.

Mas não é só na formação da convicção final que se exige, no processo penal brasileiro, um determinado nível de suficiência probatória. Ao revés, ao longo de todo procedimento, o Código de Processo Penal impõe a observância de *standards* próprios, a depender do tipo de provimento jurisdicional.

A título ilustrativo, o juízo de admissibilidade da acusação exige a presença de “justa causa” (CPP, art. 395, III), que pode ser conceituada como o lastro probatório mínimo para deflagração da ação penal (PACELLI, 2019, p. 165). O *standard* necessário é de certeza em

¹⁰ **No original:** Clear and convincing evidence is evidence that shows it is highly probable that the patent was obvious. This is a higher standard of proof than a preponderance of the evidence, which means more probable than not. However, clear and convincing evidence is lower than the beyond a reasonable doubt standard (SCHAWARTZ e SEAMAN, 2013, p. 454).

relação à materialidade delitiva e indícios quanto à autoria. Tais indícios não precisam ser veementes, mas também não podem se mostrar frágeis ou débeis, podendo ser equiparado ao critério da preponderância da prova.

Já para a decretação da prisão preventiva, que envolve a restrição de liberdade do acusado, exige-se um juízo de probabilidade mais elevado, partindo-se de um maior grau de suficiência probatória.

Quanto à materialidade, exige-se prova da “existência do crime”. Odone Sanguiné (2014, p. 130) sustenta se tratar de “prova efetiva e cabal [...], ou seja, a certeza da existência da materialidade do crime”.

Em relação à autoria, é necessário “indícios suficientes”. Sanguiné (2014, p. 131) entende a exigência como “probabilidade veemente”, ao passo que Delmanto Junior (2019, p. 308) interpreta como “forte probabilidade”.

José Luís Castilho Alva (2018, p. 240 *in* ANDRADE, 2021, p. 176-177) averba que

[...] um *standard* probatório inferior ao de uma prova clara e convincente (alta probabilidade) determina que haja um aumento dos erros judiciais e com ele o aumento dos presos em prisão preventiva. Se o erro judicial deve ser mantido dentro de limites razoáveis - visto que é impossível excluir qualquer possibilidade de erro em uma medida cautelar - um *standard* probatório alto deve ser estabelecido e utilizado na prisão preventiva.

Nessa quadra é que se perquire o *standard* probatório necessário para embasar uma busca e apreensão domiciliar – objeto de análise do presente estudo, que será tratado no tópico a seguir.

4 STANDARDS PROBATÓRIOS NA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO

O Código de Processo Penal autoriza a decretação da busca e apreensão domiciliar quando presente “fundadas razões” de prática delitiva (CPP, art. 240, §1º).

Não há definição legal do que consistem “fundadas razões”. Na tarefa de conferir significado ao preceito normativo, os Tribunais Superiores, na função de intérpretes do texto legal, costumam conferir interpretação *a contrario sensu*, ou seja, aquele que não se considera como justa causa.

Nessa linha é que o Min. Gilmar Mendes, em voto proferido no RE 603616 / RO (BRASIL, 2015), aduz que não se considera justa causa para entrada forçada em domicílio “[...] provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de

‘informantes policiais’ (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas) ”.

Também o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2022) entende que a localização de drogas em busca pessoal/veicular e a confissão informal aos agentes policiais acerca da existência de mais entorpecentes na residência não configuram fundadas razões para ingresso no domicílio (AgRg no HC 671177).

E prossegue a Corte da Cidadania ao entender que a fuga e a dispersão de drogas não legitimam o ingresso forçado em domicílio (AgRg no HC 759140), tampouco o cumprimento de mandado de prisão por crime distinto (AgRg no HC 757108).

Na mesma linha, o monitoramento do local e a visualização pela polícia, pelo lado externo, do investigado fracionando drogas no interior da residência não justificam a entrada forçada em domicílio (AgRg no HC 692664).

À luz dos entendimentos firmados acima, é possível concluir que a expressão “fundadas razões” exige a demonstração da presença de elementos concretos e objetivos que levem a crer que, naquele local, um crime esteja em andamento, e que haja a presença de situação que imponha urgência de cessação para a restrição da inviolabilidade domiciliar.

É esse o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do já mencionado HC n.º 598.051 – SP (BRASIL, 2021):

[...] O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

É daí que, diante da necessidade de o enunciado fático (fundadas razões de flagrante delito) ser comprovado mediante uma série de elementos objetivos e racionais, muito além do subjetivismo policial, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça tem definido um *standard* probatório bastante elevado para a possibilidade de restrição do direito fundamental aqui abordado

No ponto, discordamos da afirmação de ANDRADE (2021, p. 164), que assevera que “‘fundadas razões’ consistem em rebaixados standards de prova ou modelos de constatação dos fatos”. Poderia ser se a expressão fosse avaliada de forma meramente teórica. No entanto, trata-

se de definição concreta, imposta pelos Tribunais Superiores na avaliação de casos concretos, alguns deles com força de precedentes.

Em especial o Superior Tribunal de Justiça tem levado em conta que está em jogo relevante bem jurídico tutelado a nível de direito fundamental (inviolabilidade domiciliar), que protege não apenas um indivíduo (suspeito ou investigado), mas todo um núcleo familiar, muitas vezes formados de pessoas legal vulneráveis (idosos, crianças), além de socialmente expostas (pobres e negros periféricos).

Mais que isso. Ao contrário de outros meios de obtenção de prova autorizados judicialmente (é dizer, que passam pelo crivo de um magistrado togado, sujeito neutro e imparcial), a busca e apreensão domiciliar a que se alude nesse tópico é aquela realizada por agentes policiais sem autorização judicial¹¹. Isto é, operacionalizada por agentes estatais diretamente interessados no resultado da investigação, de modo que é razoável se exigir um *standard* probatório ainda mais elevado para se comprovar a presença de justa causa.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021, p. 5) lembra que “são frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos”. E continua: “a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça”.

A bem verdade, entendemos que o *standard* probatório concreto para legitimar o ingresso forçado em domicílio sem autorização judicial se equipara ao que, na doutrina americana, é chamado de prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), retratando uma probabilidade elevada para confirmação da hipótese fática.

A conclusão se dá, a uma, porque se está diante de severa restrição a direito fundamental, restrição essa operacionalizada por agentes policiais (e não pelo Poder Judiciário). A duas porque o Superior Tribunal de Justiça, em interpretação *a contrario sensu*, limita as situações fáticas suficientes e necessárias onde se configure a justa causa. É dizer, a Corte da Cidadania eleva a métrica ou o grau probatório (e impõe o ônus ao Estado) que legitima as “fundadas razões” da prática de crime.

Novamente valendo da metáfora de Janaína Matida e Alexandre Moraes da Rosa (2020), a altura do sarrafo não é baixa, uma vez que, se fosse, mera intuição policial legitimaria o ingresso policial na residência.

¹¹ Segundo levantamento Ademir Borges Filho, 91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial (BORGES FILHOS, 2019, p. 47).

Não por outra razão, inclusive, é que o Superior Tribunal de Justiça impõe ao Estado-acusação o ônus de comprovar a licitude e a voluntariedade de eventual consentimento dado pelo morador para ingresso no domicílio em tais situações. Daí que o consentimento deve ser colhido em documento assinado pelo morador, bem como a diligência integralmente registrada em vídeo e áudio. Não basta, para o fim de comprovar o válido consentimento, a apenas a declaração dos próprios policiais (fragilidade da prova oral).

Cogitar de modo diverso, ou seja, diminuir o grau de suficiência probatória, culminaria em ferir a própria essência do bem jurídico protegido pela norma, sob sério risco de incidir em violação ou mesmo privação do direito fundamental protegido.

5 CONCLUSÃO

No início do trabalho definimos, como problema de pesquisa, quais seriam os standards probatórios que justificariam a entrada forçada em domicílio em flagrante delito. Aventamos como hipótese provisória, a partir de uma leitura simples do material de pesquisa, que os *standards* probatórios exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a restrição do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar apresentariam grau elevado e demonstração clara e objetiva do enunciado fático.

Da pesquisa realizada pudemos separar, portanto, dois elementos que aparecem no material jurisprudencial pesquisado: a) prova da caracterização da situação fática que autoriza a restrição do direito fundamental; b) presença de “justa causa” para a restrição cautelar. Verificamos que não há na legislação uma definição prévia do que configuraria a chamada “justa causa”, de modo que essa tarefa tem sido enfrentada pelos Tribunais de forma concreta, não teórica ou abstrata.

Concluimos que o *standard* probatório concretamente definido pelo Superior Tribunal de Justiça para o ingresso forçado em domicílio não é atingido mediante elementos subjetivos e intuitos de agentes policiais, mas, antes, deve ser lastreado em situações objetivamente aferíveis que indiquem a alta probabilidade de ocorrência do flagrante delito, bem como da existência de fundadas razões para que as instâncias policiais desencadeassem a operação restritiva.

Isso porque a inviolabilidade domiciliar é bem jurídico objeto de especial proteção pela Constituição da República. Não por outra razão, erigida à categoria de direito fundamental. Encontrando espaço para restrições elencadas pelo próprio texto constitucional, como no caso da entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito. Mesmo nas situações fáticas

concretas que permitiriam abstratamente a restrição, exige-se a presença de uma justa causa, ainda que demonstrada a posteriori, aliada a perigo de dano (urgência), a justificar a entrada forçada.

É nesse cenário que se inserem os *standards* probatórios, entendidos como os níveis ou diretrizes de suficiência probatória para que uma hipótese fática seja comprovada. Tal instituto permite o controle racional da valoração da prova, além de melhor otimizarem a distribuição dos riscos de erro. Não se tratou aqui de defini-los teoricamente, de forma abstrata, mas concretamente, a partir das exigências definidas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

No processo penal, diversos são os níveis ou critérios de suficiência probatória, a depender do tipo de decisão e do bem jurídico tutelado. O grau máximo revela a ausência de dúvida razoável sobre a hipótese fática acusadora e importa na condenação do acusado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela que, na entrada forçada em domicílio sem autorização judicial, exige-se alto grau de probabilidade da presença de fundadas razões de prática de flagrante delito.

Confirma-se, assim a hipótese apresentada, podendo agora desdobrá-la da seguinte maneira: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (análise do ano de 2022), vem exigindo: a) a configuração de uma hipótese de incidência fática clara e concreta para a imposição da restrição ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar; b) a demonstração, ainda que *a posteriori*, de “justa causa” fundada na prova concreta da necessidade e da urgência para a imposição da restrição.

Esses dois elementos somados vem estabelecendo um elevado *standard* probatório por parte dos agentes do Estado para que se confirme a legalidade dos elementos de convicção posteriormente utilizados com pretensão de prova no processo penal, de modo que a só confirmação do estado de flagrância delitiva não tem sido suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, exigindo-se a presença de situação de urgência que justifique a imediatidade da intervenção.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicole. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANDRADE, Flávio da Silva. **STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond**

a reasonable doubt no Brasil. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: Editora RT, 2003.

_____. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>

_____. **Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico].** São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007, p. 161-185. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil.** Belo Horizonte: Forum, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 671177 / RS.** Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101706680&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 759140 / ES.** Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202319597&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 757108 / PE.** Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202216612&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 692664 / RS.** Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102909456&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 598.051/SP.** Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 603616**, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso 20 de abril de 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **Das provas no processo penal**. Trad. de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração** (1998). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8th ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2013.

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 353, jan./fev. 2001, p. 33.

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>> Acesso em 20 de abril de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, n. 224, out. 2013.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Disponível em: Minha Biblioteca, (11th edição). Editora Saraiva, 2022.

_____. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial#:~:text=Nessa%20perspectiva%2C%20%C3%A9%20de%20se,drogas%20ou%20pelo%20menos%20indicativos> > Acesso em 20 de abril de 2013.

_____; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba**, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 22 - n. 2 - mai-ago 2017.

SCHAWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: na experimente from potente law. **Harvard Journal of Law & Technology**. Volume 26, Number 2 Spring 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte n.32; p.87-106; maio/ago. 2017.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.