



Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

Raissa Costa Silva, Instituto Nacional do Semiárido – INSA, Brasil¹

Marília Nóbrega de Assis, Instituto Nacional do Semiárido – INSA, Brasil²

Kelven Rawly Claudino de Araújo, Instituto Nacional do Semiárido – INSA, Brasil³

José Vanderson Cunha Nascimento, Instituto Nacional do Semiárido – INSA, Brasil⁴

Marcelo da Costa Borba, Instituto Nacional do Semiárido – INSA, Brasil⁵

RESUMO

Este trabalho trata da violação de domicílio nos casos de flagrante delito, uma temática bem controvertido nas doutrinas jurídicas. O entendimento de uma parcela da doutrina é de que o ingresso no domicílio pode ocorrer apenas nos flagrantes dos crimes permanentes e no flagrante próprio dos crimes instantâneos. Diante de tal contexto, discute-se a insuficiência da lei brasileira vigente para elucidação dos problemas gerados pelas interpretações dos juristas quanto aos casos possíveis de violação de domicílio. Justifica-se o tema por se tratar de matéria controversa na doutrina e que afeta diretamente a atuação policial no combate à criminalidade. A pesquisa foi realizada a partir de estudos comparados de legislação, doutrinas e jurisprudências, ressaltando o aspecto teórico-bibliográfico. Defende-se, por fim, a ampliação do entendimento acima referido, para que o ingresso em domicílio seja possível também em outros tipos de flagrantes. Assim, busca-se uma interpretação legal que compatibilize melhor a segurança pública e o preceito constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Palavras-chave: Segurança pública; Processo penal; Jurisprudência; Instrução Normativa.

1 INTRODUÇÃO

A prisão é a forma que o Estado tem de restringir a liberdade de locomoção das pessoas que infringem as suas normas (Gomes & Boas Neto, 2023). A necessidade do cerceamento do direito de ir e vir do cidadão ocorre, em regra, como a aplicação de uma sanção penal transitada em julgado, entretanto, a prisão pode ocorrer antes da sentença

¹ raissacostasilva@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0002-4698-2081>

² marilianobregadeassis@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0009-6407-7246>

³ kelvenaraujo.adv@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0002-1205-5271>

⁴ vanderson-cunha@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6641-1011>

⁵ marcelodborba@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7173-1199>

Silva, R.C., Assis, M.N., Araújo, K.R.C., Nascimento, J.V.C., Borba, M.C.; Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público. Revista de Empreendedorismo e Gestão de Micro e Pequenas Empresas V.8, N°3, p.01-17, Set/Dez. 2023. Artigo recebido em 26/05/2023. Última versão recebida em 18/11/2023. Aprovado em 12/12/2023.

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

do magistrado com o objetivo de impedir novos delitos pelo acusado, evitar a sua fuga ou mesmo em outros motivos e circunstâncias (Nakagawa et al., 2023).

Para atender a necessidade de uma interrupção imediata da atividade delitiva surgiu a prisão em flagrante, trazendo, inclusive, a possibilidade de ser realizada por qualquer um do povo (Correia & Fikota, 2023). Por isso, há a necessidade de que seja estritamente legal. Como sujeito ativo obrigatório deste tipo de prisão, a polícia tem a obrigação de executá-la dentro dos padrões legais, incluindo todos os direitos fundamentais do acusado elencados na Constituição Federal (CF).

O presente estudo visa destacar alguns aspectos relevantes da inviolabilidade de domicílio e da prisão em flagrante, analisando quais as hipóteses de relativização da inviolabilidade para que se efetue esse tipo de cerceamento de liberdade. De acordo com parcela da doutrina, apenas no caso do flagrante próprio, ou seja, das situações em que alguém está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, é que a polícia pode prender o acusado dentro do seu domicílio (Correia & Fikota, 2023). Entretanto, para que isso ocorra, o agente deve ter visualizado o crime (o instante do seu cometimento ou o fim de sua execução) ou o crime deve ser do tipo permanente (Nakagawa et al., 2023).

Esta pesquisa questiona até que momento a inviolabilidade do domicílio do autor de um delito, um criminoso, é mais importante do que a concretização da sua prisão em flagrante (Correia & Fikota, 2023). Portanto, a pesquisa considera a possibilidade de alargamento deste entendimento para permitir o ingresso dos policiais no domicílio do acusado nos outros casos de flagrante, isto é, no flagrante impróprio e no presumido, partindo do fato de que não há legislação que o proíba (Correia & Fikota, 2023). Conforme será melhor explicitado no desenvolvimento do trabalho, o flagrante impróprio ocorre quando o autor do delito é perseguido logo após cometer o ilícito, já o flagrante presumido verifica-se nas hipóteses em que o agente é flagrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (Gomes & Boas Neto, 2023).

Justifica-se a escolha do tema, pois, durante o estudo sobre as prisões em flagrante delito, constatou-se a lacuna legislativa quanto a esse ponto e sua posterior complementação exclusivamente doutrinária (Ferreira & Puhl, 2023). A Instrução Normativa 1/92 da Polícia Federal e os dispositivos constitucionais e processuais penais

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

sobre o tema não são suficientes para elucidar os problemas gerados pela interpretação doutrinária (Nakagawa et al., 2023).

Notou-se, no estudo de algumas doutrinas, que estas limitadas possibilidades de violação de domicílio para efetivação de prisões em flagrante estavam demasiadamente restritas, implicando em uma dificuldade de atuação na área policial em casos bastante corriqueiros (Ferreira & Puhl, 2023). O conflito em questão está entre a atuação do Estado no exercício do poder de polícia e a proteção constitucional aos direitos do indivíduo. Desse modo, o anseio por uma melhor compreensão das interpretações doutrinárias e a inquietação decorrente da real dificuldade no trabalho da polícia nas prisões em flagrante delito colaboraram para o questionamento sobre a efetividade da segurança pública, a qual não vem proporcionando respostas satisfatórias à sociedade (Gomes & Boas Neto, 2023).

Trata-se de uma pesquisa teórica, de cunho bibliográfico, tendo por base livros e artigos científicos relacionados à matéria para confronto da visão teórica com a realidade e ordenar a busca por uma solução. Ao final da pesquisa, defende-se que a prisão em flagrante é uma resposta célere e eficaz do poder de polícia do Estado e que a segurança pública deve ser priorizada na sociedade. A legislação deve, e a sociedade necessita, reduzir o excesso na proteção dos direitos e garantias do acusado e primar pelo bem estar de todos.

2 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

Através do retrospecto histórico percebe-se que as noções da prisão em flagrante delito já estavam presentes desde a legislação mosaica, porém na França em 1794 o conceito foi expandido e tornou-se um modelo para outras legislações (Leano, 2002). Desta forma, esta legislação proporcionava ao juiz o direito de proceder *ex officio* e dava a qualquer do povo o direito de prender o delinquente e apresentá-lo ao juiz antes de ser levado à cadeia. Partindo destas ideias iniciais é que se desenvolveu a atual faculdade da população em prender alguém em flagrante de acordo com as respectivas normas jurídicas, configurando o que conhecemos hoje como exercício regular do direito.

A Lei de 29 de novembro de 1832, que “promulgou o Código de Processo Criminal de primeira instância”, disciplinou no capítulo III, concernente à “prisão sem culpa formada e que pode ser executada sem ordem escrita” – o que conhecemos por prisão em flagrante. A necessidade de pronúncia do indiciado e da ordem escrita da autoridade

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

competente servia para proteger as pessoas presas no momento da execução da prisão, entretanto estes requisitos não eram aplicados a prisão em flagrante devido a sua execução imediata para posterior apresentação a autoridade competente. A evolução histórica dos conceitos, dos cabimentos e das características da prisão em flagrante foi a grande estruturante dos conceitos e da legislação presente, como passa-se a estudar adiante.

2.1 FUNDAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Não há discordância na doutrina pátria quanto à prisão de uma pessoa que estejam cometendo um delito. O flagrante parte da necessidade social de segurança e do anseio por uma resposta imediata da polícia. “Sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maior (a paz social)” (Cás, 2010, p. 38). A toda coletividade é imposto o respeito às normas jurídicas vigentes, então, quando algum dos partícipes desta sociedade infringe este acordo de vontade coletiva, esta mesma coletividade se volta contra o agente violador e o repulsa por uma negação ao seu comportamento.

Entretanto, não se pode considerar esta resposta como uma represália pelo mal cometido. Cabe lembrar que a prisão em flagrante é uma medida precautelar e não uma antecipação de pena. Como medida precautelar, não está dirigida a garantir o resultado final do processo, ela apenas visa prevenir, conservar ou defender direitos e não condenar. Há de se encontrar um equilíbrio entre a guerra que é travada diariamente pela polícia contra a criminalidade e a preservação da liberdade daquele tido pela CF como “presumidamente inocente” defendida com tanta justeza pelos Direitos Humanos. A prisão em flagrante é justificada, “como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria” (Tourinho Filho, 2003, p. 426).

2.2 MODALIDADES DE FLAGRANTE

O flagrante próprio (propriamente dito, real ou verdadeiro) ocorre quando as situações do CPP artigo 302, incisos I e II, são atendidas, tendo sido o agente surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la, sem qualquer intervalo de tempo. Só existe o flagrante real, fático, aquele que se amolda perfeitamente à sua conceituação nesta primeira classificação (Capez, 2021).

O legislador pátrio criou uma ficção jurídica e abrangeu o instituto para as circunstâncias que se vê adiante. Por sua vez, o flagrante impróprio (irreal ou quase flagrante) é descrito na redação do CPP artigo 302, III, quando o autor do delito é

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

perseguido, logo após cometer o ilícito. O que difere esta situação da anterior é a admissão de um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. O encontro de vestígios ou indícios está englobado no espaço de tempo para a perseguição do autor pela polícia. A perseguição tem como requisito primordial ser ininterrupta para que seja enquadrado neste tipo de flagrante. Neste caso, percebe-se que, após o cometimento do delito, não se efetua a prisão, mas a perseguição. A prisão deve ocorrer caso o indivíduo seja encontrado e os policiais o presumam como autor do delito. Esta perseguição deve se amoldar, por analogia, aos termos do artigo 290, §1º, alínea *a* e *b*, do CPP.

Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

Caso estes requisitos não sejam atendidos, a prisão será considerada ilegal e haverá o relaxamento da prisão pela autoridade judiciária, nos ditames do que preceitua a CF no artigo 5º, LXV. Com a perseguição, pode ocorrer o caso em que a infração seja praticada em um lugar e a prisão em outro, sendo então a prisão de competência da autoridade do local em que ela foi efetuada. Há ainda o flagrante presumido (*ficto* ou *assimilado*) caracterizado no CPP artigo 320, IV, que ocorre quando o agente é flagrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. A situação trata de execução de um crime e posterior encontro de provas para comprovação da autoria e materialidade.

Temos assim que a expressão ‘acaba de cometê-la’, empregada no flagrante próprio, significa imediatamente após o cometimento do crime; ‘logo após’, no flagrante impróprio, compreende um lapso temporal maior; e, finalmente, o ‘logo depois’, do flagrante presumido, engloba um espaço de tempo maior ainda (Capez, 2021, p. 316).

A doutrina também traz outras classificações sobre os flagrantes, a saber: flagrante compulsório ou obrigatório, flagrante facultativo, flagrante preparado ou provocado, flagrante esperado, flagrante prorrogado ou retardado, flagrante forjado. Contudo, não cabe a este estudo analisá-las. Nos crimes de ação privada ou pública condicionada à representação, o flagrante só ocorrerá com o requerimento ou representação da parte. A autoridade policial pode efetuar a prisão, mas a lavratura do auto de prisão em flagrante

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

e o recolhimento do preso estão condicionados à manifestação do ofendido ou de quem possa representá-lo.

3 FLAGRANTE DELITO COMO EXCEÇÃO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Ao adentrar no estudo comparativo destes institutos, deve-se, preliminarmente, estabelecer o princípio da convivência harmônica dos direitos. O conflito entre a atuação do Estado no exercício do poder de polícia e a proteção também constitucional aos direitos do indivíduo será objeto de eterna discussão, colocando sempre em questão a finalidade de existência do Estado.

Todavia, é preciso firmar posição no sentido de que o exercício do poder de polícia só será válido se significar a garantia dos direitos fundamentais ao indivíduo, para que se estabeleça uma compatibilização dos interesses. A inviolabilidade do domicílio é assegurada pela Carta Magna e configura-se como a projeção espacial da pessoa; o espaço isolado do ambiente externo utilizado para o desenvolvimento das atividades da vida e do qual o indivíduo tem direito de exclusividade, privacidade e não intromissão de terceiros.

Por seu modo, a prisão em flagrante é o meio pelo qual a polícia se utiliza para prestar segurança imediata e, independente de autorização prévia, à sociedade. Ela parte da necessidade de conservar ou restabelecer a ordem jurídica, ameaçada pela violação ou violada pelo acontecimento. Será considerada juridicamente como flagrante a intervenção policial no delito que está sendo cometido, sendo o ilícito claro, irrecusável, evidente, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerada a certeza visual do crime (Tourinho Filho, 2003).

Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização (TÁVORA & ALENCAR, 2020, p. 560).

Tem, assim, um direito e um instituto de restrição de liberdade que, separados, são indispensáveis à manutenção da segurança e da ordem social. Porém, há ocasiões em que eles colidem e há de se realizar certa relativização de algum para que haja uma ponderação dos interesses envolvidos. No âmbito da prisão em flagrante, como exceção à inviolabilidade de domicílio, interessa particularmente analisar a distinção entre crime permanente e instantâneo, a fim de constatar se a prisão obedeceu os requisitos legais. Nessa esteira, conceitua o crime permanente como aquele “que tem um estado

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

consumativo, isto é, em que a consumação se prolonga no tempo, como sucede com o sequestro” e o delito instantâneo como “aquele que tem apenas um momento consumativo” (Sarlet & Neto, 2013, p. 553).

4.1 CRIMES INSTANTÂNEOS E FLAGRANTE DELITO

Convém tratar neste momento da hipótese da prisão em flagrante em crimes instantâneos, correlacionando-a com a possibilidade da violação do domicílio para a sua efetivação. Como já visto, os flagrantes podem ser próprios (inciso I e II do artigo 302 CPP), impróprios (inciso III do artigo 302 CPP) ou presumidos (inciso IV do artigo 302 CPP). Alguns doutrinadores, entendem que só cabe a entrada em domicílio em caso de flagrante delito no tipo do inciso I do artigo 302 do CPP (Nucci, 2013).

O ingresso em domicílio somente deve ocorrer, evitando-se a configuração do delito de abuso de autoridade, quando o funcionário público (oficial de justiça ou agente policial, por exemplo) possuírem, para exibição ao morador, o mandado de busca, expedido por autoridade judiciária. Na falta do mandado, nos termos da norma constitucional mencionada na nota anterior, somente poderá acontecer a legítima invasão se houver a intenção de prestar socorro ou evitar desastre. No mais, se ocorrer flagrante delito. Este, no entanto, deve ser o flagrante próprio (art. 302, I e II do CPP) não nos parecendo correto ampliar a possibilidade de invasão para as hipóteses de flagrante impróprio ou presumido (art. 302, III e IV, CPP) (Brasil, 1988).

Tal entendimento se dá em razão do disposto no artigo 150, § 3º, inciso II, do Código Penal, que preceitua que não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia, a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum delito está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (o que também se enquadra no inciso I). Os outros casos de flagrante delito não foram contemplados por este artigo. Não se quer desconsiderar a redação do artigo 283 do CPP infra:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (Brasil, 1988).

Entretanto, cabe apresentar o conceito de:

Quanto à entrada à noite, em caso de flagrante, não cremos houvesse o legislador constituinte desejado a quebra da infranqueabilidade na hipótese de alguém, após praticar uma infração penal, ser perseguido e homiziar-se em sua casa. Se procurou tutelar mais ainda essa inviolabilidade, tanto que passou a exigir, durante o dia, autorização do Juiz, circunstância desconhecida da Constituição anterior, parece claro que a entrada, à noite, em caso de flagrante, somente poderá ocorrer quando alguém esteja cometendo uma infração ou acabou de cometê-la, que são as hipóteses de flagrante próprio. Mas se o conceito de flagrância nos é dado pelo art. 302 do CPP, compreendendo o flagrante próprio, o impróprio e o presumido, e como a Constituição, tivesse ou não vontade o legislador constituinte, permita a entrada à noite no caso de flagrante delito, sem qualquer restrição, é sinal de que fez uso daquela

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

expressão com o sentido que lhe empresta o estatuto processual penal. Assim, chegamos à conclusão de que em caso de flagrância, será possível a entrada, à noite, no domicílio (Tourinho Filho, 2010, p. 352).

O autor acima referido se detém nesta lição a falar sobre o período noturno, entretanto, no parágrafo anterior de sua obra, ele assegura que as possibilidades de exceção à inviolabilidade descritos no artigo 5º, inciso XI também se amoldam ao período diurno. Apenas as determinações judiciais é que só podem ser executadas durante o dia. Percebe-se, como atenta os doutrinadores acima citados, que o texto constitucional (artigo 5º, inciso XI) não faz distinção dos tipos de flagrante. Ele assevera que é permitida a entrada em casa alheia em caso de flagrante delito, não mencionando se é apenas no flagrante do inciso I. Como não há essa restrição, é de supor que o constituinte adotou o “flagrante” tal como está disciplinado na lei processual penal.

Nenhum outro dispositivo legal proíbe a entrada dos policiais nos outros casos de flagrante. E, como assegura o artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Cria-se aí uma lacuna legal que alguns doutrinadores optam por interpretar restritivamente e não permitir o ingresso dos policiais no domicílio para efetuar prisões em flagrante de outros tipos. Desta forma, a lacuna existente beneficia irrestritamente o autor do delito e prefere sobressaltar a inviolabilidade do domicílio do autor do delito a manter a segurança pública e punir o infrator.

Se por um lado a restrição imposta pelo novo texto constitucional merece encômios, para resguardar a casa de invasões desnecessárias e, às vezes, com manifesto propósito de perseguição, de outro lado criou problemas para a Polícia, quando realmente há necessidade de se empreender uma busca domiciliar. De qualquer sorte, nos termos da Constituição, sempre que a Autoridade Policial desejar empreender busca domiciliar, deverá solicitar ao Juiz a devida autorização (Tourinho Filho, 2003, p. 361).

Situação comum, e muito cômoda, ao autor do delito é, portanto, ingressar em seu domicílio – acabando de cometer ou logo após cometer um crime em outro local – com instrumentos, armas, objetos ou papéis relativos ao delito que comprovem a sua autoria, não permitindo à polícia o ingresso em seu domicílio para que não se efetue a prisão em flagrante. A grande problemática são os efeitos colaterais que são gerados a partir desta interpretação:

A dúvida instala-se com demasiada facilidade, pela ausência de outros elementos de convicção [...], gerando as naturais desclassificações e absolvições; e nas largas malhas da dúvida, é certo que muitos traficantes encontram guarida. “O sistema, assim, permite-se conviver com injustiças e ineficiência” (Sarlet & Neto, 2013, p. 557).

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

Sobre textos legais, o Código de Processo Penal, no artigo 294, prescreve unicamente que se deve observar, em caso de flagrante delito, o disposto no artigo 293 do mesmo código, no que for aplicável.

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito.

Art. 294. No caso de prisão em flagrante, observar-se-á o disposto no artigo anterior, no que for aplicável (Penal, 1940, p. 127).

Essas exigências poderiam ser facilmente cumpridas pela polícia também no flagrante, caso a doutrina não tomasse esse posicionamento, que limita o trabalho apenas ao caso do inciso I. Cabe, inclusive, o destaque de que sequer o artigo 294, *supra*, limita o tipo de flagrante. A utilização de testemunhas, o cuidado na invasão do domicílio, a justificação e fundamentação da suspeita dos policiais seriam meios muito justos e eficazes para consolidar a ação dos agentes, que até mesmo poderiam ser controvertidas pelas partes, acusação e defesa, no curso do processo penal de modo a esclarecer as circunstâncias da atuação.

O controle jurisdicional perpassará pela legalidade ou constitucionalidade da prisão em flagrante, analisando a forma, as circunstâncias, a existência de crime enquadrado na lei, o nexo de causalidade do autor, do delito e das possíveis provas colhidas e, no caso de ter sido executada dentro do domicílio, da legalidade deste ato. Contudo, quando os elementos contidos nos autos não forem suficientes para comprovar a ocorrência de situação de flagrante executado pelos policiais, então o juiz (através do controle jurisdicional) haverá que declarar a ilicitude das provas colhidas, que poderão ter, inclusive, “envenenado” outras provas produzidas a partir daquela, de acordo com a doutrina da árvore envenenada.

5 ANÁLISE DE DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

5.1 APELAÇÃO CRIME N. 70056352800, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Para endossar o presente estudo, cabe realizar uma análise detalhada da Apelação Crime n.70056352800, julgada pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

Rio Grande do Sul em 2013, que absolve o réu julgando ilícitas as provas materiais colhidas e, por consequência, por insuficiência probatória no crime de tráfico de drogas.

Apelação crime. Tráfico de drogas. Violação de domicílio. Ilicitude da prova material. Insuficiência probatória. Absolvição. A inviolabilidade do domicílio é a regra (CF, ART. 5º, INC. XI); Excepcionalmente, diante de "fundadas razões" (fatos indiciados e delimitados temporalmente), nos termos do § 1º do art. 240 do CPP, o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito. O mínimo que se exige, pena de esvaziar a garantia, é que a situação de flagrante seja percebida *ex ante* pelo agente que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada. No caso, não se verifica situação fática que autorizasse a severa restrição de um direito fundamental - a inviolabilidade do domicílio - que se operou no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé, modo a comprometer a prova da materialidade do delito de tráfico. Além disso, a crer nas narrativas dos policiais, restam esclarecidas as circunstâncias do flagrante e demonstrada a apreensão das drogas. A mesma prova, todavia, não comprova a destinação comercial do entorpecente. A conclusão, a partir da prova judicializada, é que há dúvida sobre a prática da traficância por parte do acusado, devendo ser aplicado, no ponto, o princípio do *in dubio pro reo*. Recurso provido. (TJRS – 3ª Câmara Criminal - Apelação Crime nº 70056352800 – Rel. Des.: Jayme Weingartner Neto – j. 28/11/2013, DJ. 23/01/2014).

Iniciamos a apreciação revelando que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que a situação de flagrante deve ser percebida '*ex ante*' pelo agente que vai operar a prisão e que deve realizá-la com base no perigo da demora. No entanto, afirma que houve uma dúvida sobre a prática da traficância no caso analisado. No relatório, o Desembargador Jayme Weingartner Neto expõe o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público contra o réu através da narrativa do ocorrido no dia do fato. Os policiais, em seus depoimentos, afirmaram unissonamente que o local era conhecido como ponto para a prática de traficância e que, neste dia, avistaram um indivíduo comprando drogas em frente à residência do então suspeito. Ao questionar os compradores, eles afirmaram que estavam comprando drogas ao acusado. Quando o acusado avistou a guarnição da Brigada Militar, correu para dentro de sua casa e os policiais adentraram ao local, procedendo a uma revista pessoal e no domicílio e, como resultados, localizaram quantidades de crack, cocaína (substâncias entorpecentes), uma quantia em dinheiro e uma balança de precisão. Pelo aferido, o denunciado foi preso em flagrante delito.

A sentença em primeira instância julgou procedente a ação penal e condenou o réu com base no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, com uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão em regime aberto, que veio a ser substituída por duas penas restritivas de direito

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

e 330 dias-multa. Contudo, o réu esteve inconformado e apelou desta decisão, alegando a inexistência de provas para a sua condenação ou aplicação da minorante do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, com a redução da pena em dois terços por ser agente primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Não cabe questionar a apelação do réu, visto que esta é uma prerrogativa juridicamente concedida e, como detentor deste direito, deve exercê-lo em sua plenitude. Passa-se à análise, portanto, do julgamento do TJ-RS, através do voto do relator.

O Des. Jayme Weingartner Neto inicia seu voto afirmando que a apreensão do réu se deu sem autorização judicial e que era ausente a situação de flagrante. Entretanto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador continua a exposição afirmando que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente. Como já exposto, a doutrina entende que, nos casos de crimes permanentes, a polícia pode ingressar no domicílio do acusado para efetuar a prisão em flagrante estando configurada a situação de flagrância. O Excelentíssimo Senhor Desembargador ainda afirma que o recolhimento de provas, investigação por escutas telefônicas e buscas domiciliares são, em regra, de competência do juiz e, excepcionalmente, da polícia, nos casos de urgência, mas que estas ações estarão sempre controladas pelos tribunais.

Da análise do referido voto, entendemos que o controle pelos juízes e tribunais deve acontecer e é salutar, pois obriga a polícia a ter cautela durante as suas ações. Ressalta-se que esta é uma transferência excepcional de competência, o que justifica plenamente a supervisão. Não se questiona o controle, questiona-se a fragilidade do entendimento que permite situações absurdas, como a absolvição neste caso que se continua a analisar. Todas as provas ilícitas devem, indubitavelmente, ser desentranhadas do processo, respeitando os ditames do artigo 157 do CPP, mas a classificação da prova como ilícita, neste caso, está baseada em um entendimento jurisprudencial e doutrinário controvertido e não em uma norma jurídica vigente.

Mais adiante, o Desembargador aponta que o acusado sequer estava sendo investigado por tráfico de drogas ou por outro delito, que não havia denúncia específica de traficância, que não havia prévio monitoramento ou campana no local, afirmando que a situação era de mera suspeita. Os policiais, por sua vez, conheciam o local e afirmaram que é de conhecimento da comunidade que o mesmo é ponto de venda de drogas e que já houve denúncias pretéritas e, certamente, o acusado já era conhecido dos agentes. Deve-

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

se ressaltar, sem qualquer tipo de afronta ou desrespeito ao trabalho dos magistrados, que o “conhecimento incontestável dos policiais” (expressão utilizada pelo Desembargador) sobre locais de traficância, traficantes, modos de reação dos mesmos ao avistar a guarnição são muito mais apurados do que dos juízes, pois está é a realidade do seu trabalho diário. Este conhecimento parte da análise constante e do dever do policial de conhecer a sua área de atuação e ele não pode ser minimizado ao ponto de gerar absolvições de traficantes ou delinquentes.

No voto, há ainda a menção ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 86.082-6 da Segunda Turma do Rio Grande do Sul, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie (05/08/2008), e à decisão do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n. 188.195 da Quinta Turma do Distrito Federal tendo o Min. Jorge Mussi como relator (28/10/2011). No primeiro julgamento, a Segunda Turma julgou unanimemente o afastamento da alegação da prova ilícita em face do estado de flagrância decorrente de crime permanente (igualmente um caso de tráfico de entorpecentes) em que a investigação partiu de uma denúncia anônima e, durante a averiguação da denúncia, os suspeitos empreenderam fuga.

Na segunda decisão, os policiais entraram na casa do réu sem mandado judicial. Os policiais foram provocados igualmente por uma denúncia anônima e o relator Min. Jorge Mussi rejeitou a preliminar que buscava o reconhecimento da ilicitude da prova. O Des. Jayme Weingartner Neto optou por entender que os casos citados são assaz diferentes do caso da Apelação Crime n.º. 70056352800, ora em análise afirmando que, nestes casos, estava configurada a situação de flagrância. Com a devida *vênia* a este entendimento, a situação de flagrância não é determinada por elementos objetivos.

No primeiro caso (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 86.082-6 da Segunda Turma do Rio Grande do Sul), houve denúncia anônima, fuga dos suspeitos e visualização de um pedaço de fuselagem de um avião (que era, de acordo com a denúncia, onde estava escondida a droga). No segundo caso (decisão do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n. 188.195 da Quinta Turma do Distrito Federal), houve uma denúncia anônima e a visualização de “uma lata com formato igual àquela utilizada para guardar merla” (composto do alcaloide cocaína). No caso em tela, houve visualização do crime pelos policiais em local conhecido pela prática constante deste tipo de crime e confirmação, no momento da abordagem, por parte dos compradores da droga. Os indícios em que os

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

polícias se basearam em cada caso foram diferentes, mas um não menos relevante do que o outro. O Desembargador complementa:

A atual redação do artigo 155 do Código de Processo Penal dispõe que ‘o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação’ (TJRS – 3ª Câmara Criminal - Apelação Crime nº 70056352800 – Rel. Des.: Jayme Weingartner Neto – j. 28/11/2013, DJ. 23/01/2014).

Esclarece-se que, neste estudo, faz-se um questionamento do entendimento da configuração da situação de flagrância e não da vinculação do juiz aos elementos informativos colhidos na investigação. Sobre a flagrância, expõe-se que “é talvez a mais eloquente prova da autoria de um crime e, por esta razão, o legislador não criou nenhum obstáculo ao ato de se prender aquele que foi encontrado praticando um crime, o que dispensa a ordem judicial nestes casos” (Cacciatori, 2007, p. 19).

A subjetividade do termo “estado de flagrância” é evidente, todavia, não se pode incorrer no risco de absolver os réus e beneficiá-los por um entendimento de alguns. Não se está abordando as situações de dúvida quanto ao fato (no qual pode se aplicar o princípio do *in dubio pro reu*), mas sobre uma interpretação demasiadamente branda da lei.

No mesmo julgamento acima citado faz-se menção a posição da julgadora em primeiro grau, a Excelentíssima Senhora Juíza Andrea Hoch Cenne, que discorre sobre as hipóteses do artigo 302, incisos I, II e III, do CPP. A Magistrada demonstra consonância com a possibilidade de ingresso no domicílio não importando a modalidade de flagrante do caso concreto, visto que a Constituição não faz nenhuma ressalva a respeito e que, sendo assim, cabe somente ao legislador definir estas possibilidades.

5.2 APELAÇÃO CÍVEL N. 70044709103, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

No mesmo sentido deste estudo, encontra-se a Apelação Cível n. 70044709103, julgada pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2011. A referida decisão julga improcedente o apelo em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul, em que o apelante alegou responsabilidade civil do Estado por violação de seu domicílio sem que houvesse configurado o flagrante delito que motivasse a ação dos policiais e ainda que, por isto, os policiais teriam agido com abuso de direito.

Responsabilidade civil do estado. Abordagem policial. Alegação de violação do domicílio. Estrito cumprimento de um dever legal. Excesso não comprovado. Ato ilícito não configurado. Sentença de improcedência mantida.

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

1. O estado do Rio Grande do Sul, na condição de pessoa jurídica de direito público interno, responde pelos atos de seus prepostos nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva, que dispensa a prova do elemento anímico da conduta. 2. Sustenta a parte autora que a demandada invadiu a sua residência (sem mandado e/ou autorização judicial) visando à apreensão de sua motocicleta, o que configurou ato ilícito indenizável. 3. No caso, tenho que não há que se falar em ato ilícito por parte dos agentes, uma vez que a) a flagrância restou comprovada; b) os policiais agiram amparados pelo estrito cumprimento de um dever legal, uma vez que o autor estava trafegando em via pública sem placa e sem licenciamento regular; c) não restou comprovado o abuso de direito. 4. Logo, ausente a comprovação do ato ilícito, não há que se falar em responsabilização do estado. Apelo desprovido. Unânime (TJRS – 9ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 70044709103 – Rel. Des.: Iris Helena Medeiros Nogueira – j. 07/12/2011, DJ.13/12/2011).

Em seu voto, a relatora Des. Iris Helena Medeiros Nogueira atenta que o Estado responde objetivamente pelos danos causados pelos seus agentes (artigo 37, §6º da CF), se fazendo necessária, assim, a análise da ação dos policiais para a constatação da responsabilidade dos agentes e, conseqüentemente, do Estado. Os agentes ingressaram, de fato, na residência do apelante sem o respectivo mandado judicial, como se extrai do Boletim de Ocorrência anexo aos autos:

Durante patrulhamento no centro da cidade, foi avistada uma moto trafegando sem placas, na Av. Fernando Luzatto, Nº 260; A guarnição solicitou que o motoqueiro parasse, usando gestos com as mãos, o giro-flash da viatura e o megafone, sendo que o motoqueiro desobedeceu as ordens e deslocou-se em alta velocidade até a rua José Reinelli, Nº 1444, quando entrou na garagem de sua residência, escondendo a moto. A guarnição pediu para o condutor, o sr. Francisco Gabriel Martins, a sua CNH e os documentos de sua motocicleta para conferência, neste momento, o mesmo disse que não estava andando no centro com sua moto, chamando policiais de mentirosos, vagabundos, porcos, citando que pagava seus impostos em dia e o salário dos policiais militares. SD DARIFF.

Testemunha: relata que estava sentada na frente de sua casa, quando viu a moto em alta velocidade, entrando na casa ao lado da sua e ouviu os policiais mandando o motoqueiro parar e no momento em que os policiais pararam na casa ao lado, ouviu os policiais pedirem educadamente os documentos, neste momento, escutou o sr. Francisco Gabriel Martins ofender os policiais, gritando com os mesmos, chamando-os de porcos e vagabundos. Ass.: Joanilda Wall.

Relata o sr. Francisco Gabriel Martins, acusado, que estava realizando trilha, passou pelo centro da cidade, na av. Placidina de Araújo, retornando para sua casa. Informou que não estava em fuga, e que muito menos desobedecendo a autoridade policial e que os policiais me abordaram dentro do pátio da minha casa, na garagem onde a moto encontrava-se parada (TJRS – 9ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 70044709103 – Rel. Des.: Iris Helena Medeiros Nogueira – j. 07/12/2011, DJ. 13/12/2011).

A motocicleta trafegava sem placa e com licenciamento irregular, fato confirmado no depoimento do apelante ao juiz, e, quando o apelante em questão fora solicitado pela guarnição a parar, desobedeceu e empreendeu fuga dirigindo perigosamente. Pelo depoimento dos policiais e do irmão do apelante, constata-se que restou comprovado o

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

flagrante, tendo a guarnição perseguido o cidadão para averiguação. Ao chegar ao domicílio, os policiais solicitaram a documentação do condutor, que se negou a entregar, escondeu a motocicleta dentro de sua casa, negou os fatos e insultou os agentes. A Excelentíssima Senhora Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira afirmou categoricamente:

Com efeito, tenho que, diante da hipótese dos autos, os policiais militares estavam autorizados a entrarem na residência do autor a fim de buscar a motocicleta que estava sem a documentação (que, aliás, o negou a entregá-lhes) (TJRS – 9ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 70044709103 – Rel. Des.: Iris Helena Medeiros Nogueira – j. 07/12/2011, DJ.13/12/2011).

Não há que se falar, portanto, em abuso de direito, não sendo ilícita a conduta dos agentes e, conseqüentemente, não restando provada a responsabilidade civil do Estado. Portanto, não há dever estatal de indenizar o apelante. A revisora, Excelentíssima Senhora Desembargadora Marilene Bonzanini, e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Leonel Pires Ohlweiler seguiram o voto da relatora e desproveram o apelo por unanimidade. Neste caso, a situação de flagrância foi comprovada, os policiais agiram amparados pelo estrito cumprimento do dever legal (respaldado no artigo 301 do CPP) e não restou comprovado o abuso de direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inviolabilidade de domicílio é garantia fundamental elencada na Constituição pátria e faz parte das garantias pessoais do cidadão, pois a casa é considerada a projeção espacial da pessoa, tendo esta direito de exclusividade, privacidade e não intromissão de terceiros. A prisão em flagrante, por sua vez, tem a função de atuar como um instrumento constitucional de imediata proteção aos direitos fundamentais, limitando o direito de locomoção de um cidadão em benefício dos demais, visando conservar ou restabelecer a ordem jurídica. É considerada flagrante a intervenção policial no delito que está sendo cometido, sendo o ilícito claro, irrecusável, evidente, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerada a certeza visual do crime.

Com a realização da prisão de forma ilegal pelos policiais, gera-se prejuízo para o inquérito e para a instrução criminal, pois todas as provas colhidas referentes à prisão também serão consideradas ilegais. Assim como prejuízo para os agentes, que podem responder por abuso de autoridade. A segurança é um aspecto próprio da atividade policial, que atua em nome do Estado para manutenção da ordem pública, buscando a melhor convivência social e democrática.

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

Nas situações descritas neste estudo, percebe-se que a polícia e a sociedade ficam impotentes. O dever de atuação repressiva fica enfraquecido diante da execução das medidas cabíveis, da colheita de provas para a instrução do processo penal, mas com a sua inutilização e, mais gravemente, a declaração de sua ilicitude nos julgamentos resultando na absolvição do réu. Não se quer minorar aqui a importância da inviolabilidade do domicílio do cidadão. Entretanto, ressalta-se que a segurança pública, a tranquilidade dos populares, a certeza da punição de infratores e a efetividade da atividade policial são assaz necessárias e urgentes para a convivência harmônica na sociedade hodierna.

Em última análise, pode-se afirmar que esta modalidade de prisão constitui uma forma de proteção à própria Constituição. Não é por acaso que a prisão em flagrante está prevista na Constituição Federal como uma forma de exceção ao princípio da reserva de jurisdição quando se trata de matéria prisional. Espera-se que o estudo possa servir como incentivador para majorar a discussão do tema, podendo beneficiar, no futuro, na redução da impunidade e na segurança.

REFERÊNCIAS

- Brasil, S. F. do. (1988). Constituição da república federativa do Brasil. *Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico*.
- Cacciatori, P. C. F. (2007). *A dimensão constitucional da prisão em flagrante*. Dissertação (Dissertação em Direito)—Centro Universitário UniToledo. Araçatuba.
- Capez, F. (2021). *Curso de processo penal*. Saraiva Educação SA.
- Cás, S. da. (2010). *O controle jurisdicional da prisão em flagrante*.
- Correia, N. V., & Fikota, M. (2023). Prisão em flagrante e Direito Penal do Inimigo: uma análise dos critérios “não oficiais” utilizados pela polícia do Rio de Janeiro para prisão em flagrante. *Revista Campo Minado-Estudos Acadêmicos Em Segurança Pública*, 3(4).
- Ferreira, J. A., & Puhl, E. (2023). Modelo policial bipartido: limitação da atuação funcional e violação do princípio constitucional da eficiência. *Academia de Direito*, 5, 281–305.
- Gomes, S. M. M. C., & Boas Neto, F. J. V. (2023). Inconstitucionalidade do artigo 310, § 2º do código de processo penal, incluído pelo pacote anticrime. *Estudos*

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

Relevantes de Direito, 119.

Leano, M. L. (2002). *Prisão em flagrante*. São Paulo: Lawbook.

Nakagawa, A. L. B., da Luz Ferreira, F., & Amaral, P. C. (2023). A prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, 12–72.

Nucci, G. de S. (2013). *Leis penais e processuais penais comentadas*.

Penal, C. de P. (1940). *DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941*.
Brasil.

Sarlet, I. W., & Neto, J. W. (2013). A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito (The inviolability of the home and its limits: the case of flagrante delict). *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 14(14.2), 544–562.

TÁVORA, N., & ALENCAR, R. R. (2020). Novo curso de direito processual penal. *Salvador: JusPodivm*.

Tourinho Filho, F. da C. (2003). O problema da “menoridade” e do instituto da “representação legal” no processo penal em face do novo código civil. *Revista Jurídica Consulex*, 42–43.

Tourinho Filho, F. da C. (2010). Manual do processo penal. *CEP*, 5413, 909.

Violation of domicile in cases of flagrant crime and the rapid/effective response from public authorities

SUMMARY

This work deals with home invasion in cases of flagrante delicto, a very controversial topic in legal doctrines. The understanding of part of the doctrine is that entry into the home can only occur in cases of permanent crimes and in cases of instantaneous crimes. Given this context, the insufficiency of current Brazilian law to elucidate the problems generated by jurists' interpretations regarding possible cases of home violation is discussed. The topic is justified because it is a controversial matter in doctrine and that directly affects police action in the fight against crime. The research was carried out based on comparative studies of legislation, doctrines and jurisprudence, highlighting the theoretical-bibliographic aspect. Finally, we advocate the expansion of the aforementioned understanding, so that entry into homes is also possible in other types of

Violação de domicílio nos casos de flagrante delito e a célere/eficaz resposta do poder público

flagrant incidents. Therefore, we seek a legal interpretation that better reconciles public security and the constitutional precept of the inviolability of the home.

Keywords: Public security; Criminal proceedings; Jurisprudence; Normative Instruction.

Violación de domicilio en casos de delito flagrante y la respuesta rápida/eficaz de las autoridades públicas

RESUMEN

Este trabajo aborda el allanamiento de morada en casos de flagrante delito, tema muy controvertido en la doctrina jurídica. El entendimiento de parte de la doctrina es que el ingreso al domicilio sólo puede darse en los casos de delitos permanentes y en los casos de delitos instantáneos. Ante este contexto, se discute la insuficiencia del derecho brasileño vigente para dilucidar los problemas generados por las interpretaciones de los juristas sobre posibles casos de violación del hogar. El tema se justifica porque es un asunto controvertido doctrinalmente y que incide directamente en la actuación policial en la lucha contra la delincuencia. La investigación se realizó con base en estudios comparados de legislación, doctrinas y jurisprudencia, destacando el aspecto teórico-bibliográfico. Finalmente, abogamos por la ampliación del citado entendimiento, de modo que el ingreso a los domicilios también sea posible en otro tipo de incidentes flagrantes. Por ello, buscamos una interpretación jurídica que concilie mejor la seguridad pública y el precepto constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

Palabras clave: Seguridad pública; Procedimientos criminales; Jurisprudencia; Instrucción Normativa.