

Prisão em flagrante no domicílio possui limites



Henrique Hoffmann
delegado da Polícia Civil do PR

A entrada na casa para interromper flagrante delito não demanda ordem

judicial, e pode ser feita durante o dia ou à noite.[1] Trata-se de causa especial de exclusão da ilicitude com relação aos delitos de violação de domicílio (artigo 150 do CP) e abuso de autoridade (artigo 3º, b da Lei 4.898/65), por imposição da própria Constituição Federal (artigo 5º, XI da CF), havendo também dispositivo infraconstitucional específico nesse sentido (artigo 150, §3º do CP).

O ingresso no domicílio pode ocorrer diante da ocorrência de uma das hipóteses de flagrância elencadas no artigo 302 do CPP. Há quem sustente que apenas o flagrante próprio (artigo 302, I e II do CPP) autorizaria a entrada forçada no local, pois a norma mitigadora de direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente.[2] Entretanto, prevalece na doutrina[3] e na jurisprudência[4] que o preceito constitucional não trouxe qualquer restrição quanto às demais modalidades de flagrante (impróprio e presumido – artigo 302, III e IV do CPP), não sendo adequada a hermenêutica que sirva para tornar a casa um escudo protetivo em favor de delinquentes em flagrante, criando odiosa imunidade ao criminoso. Se a casa não pode ser vista como um espaço de entrada franca, certo também é que não pode se erigir em ambiente inquebrantável.

Qualquer infração penal que esteja sendo praticada dentro da casa pode ser interrompida, ainda que se trate de contravenção penal. O termo *flagrante delito* deve ser interpretado extensivamente, pois não faria sentido proteger o cidadão contra apenas uma das espécies do gênero infração penal (crime), deixando-o desamparado quando for vitimado pela outra modalidade (contravenção penal). Vale lembrar que a interpretação extensiva é admitida no processo penal, razão pela qual esse mesmo raciocínio é feito na análise do dispositivo que alberga o princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX da CF).

Quanto ao flagrante de crime permanente, sabemos que delito permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex: tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo), e enquanto não cessar a permanência, admite-se a prisão em flagrante (artigo 303 do CPP) mesmo que dentro da casa.

Polêmica existe não quanto à possibilidade da entrada na casa em situação flagrantial, mas no grau de

certeza de que o crime está ocorrendo. Nesse ponto, há basicamente 3 correntes:

a) é preciso que o policial tenha certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública; trata-se de juízo de certeza; [5]

b) não se exige que o policial possa enxergar o crime acontecendo dentro da residência, mas fundadas razões de que há uma situação flagrancial, com lastro em circunstâncias objetivas, ou seja, demonstração por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica); cuida-se de juízo de probabilidade, demonstrado por elemento externo objetivo [6];

c) é dispensável do policial a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado em vagas suspeitas de que crime está ocorrendo no interior da casa, com base na mera intuição pessoal; trata-se de juízo de possibilidade, aferível por elemento interno subjetivo.

O Supremo Tribunal Federal se filiou à posição intermediária:

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. (...) Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “fundadas razões”. [7]

Por isso, fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral:

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

Assim, se de um lado não se deve incentivar o exercício da adivinhação que coloque a violação do domicílio numa verdadeira loteria, de outro é temerário exigir uma confirmação visual muitas vezes impossível de ser obtida que enfraqueceria sobremaneira o combate aos covardes criminosos que não respeitam sequer o recato do lar.

As fundadas razões não precisam ser demonstradas de antemão, podendo ser apresentadas após a conclusão da diligência, sob pena de inviabilizar a agilidade necessária à medida. Logo, os elementos objetivos e racionais devem evidenciar *ex ante* a situação flagrancial, muito embora possam ser justificados *a posteriori*. Isso não significa que tais informações não devam ser de conhecimento prévio pelo agente, já que para o afastamento da ilicitude do ato não se pode deixar de perquirir o elemento subjetivo do agente.[8]

A situação flagrancial deve ser detectada com certa segurança antes da entrada no imóvel; a descoberta por acaso após o ingresso não serve para dar amparo retroativo à violação de domicílio (que nesse caso deveria ter sido precedida de mandado judicial). Em outras palavras, se a entrada na casa for injustificada, o posterior achado de objetos ilícitos em seu interior não torna lícita a ação, sob pena de

esvaziar a franquia constitucional.

A intuição autoriza quando muito a busca pessoal, mas nunca a busca e apreensão domiciliar.

O posicionamento da Suprema Corte não eliminou por completo a problemática, pois a expressão *fundadas razões* é polissêmica, de maneira que persiste a busca por parâmetros mais seguros de interpretação do requisito.

Exemplifica essa dificuldade a situação de fuga e entrada imediata na casa pelo indivíduo prestes a ser abordado pela Polícia. A evasão pode caracterizar fundadas razões se somada a algum outro fator de suspeição, caso contrário o refúgio dentro de residência para evitar a ação policial possibilita mera intuição que não autoriza a entrada na casa pelos policiais. Destarte, além da escapulida da abordagem, demanda-se atitude suspeita externalizada naquele momento em atos concretos, ou prévia investigação sobre o indivíduo ou monitoramento do local.[\[9\]](#)

Além disso, a denúncia anônima, por si só, não constitui embasadas razões a autorizar o acesso à residência, devendo ser robustecida com elemento adicional.[\[10\]](#) A *notitia criminis* apócrifa só será útil uma vez seguida de diligências (ainda que breves) para confirmar os fatos nela noticiados. Só pode ser prestigiada a utilização de notícia anônima como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação, repelindo-a, contudo, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à instantânea autorização de medida cautelar.

Outra questão sensível se refere ao insucesso da diligência, quando o policial ingressar na casa e constatar que não havia situação flagrancial. Nesse contexto, é preciso distinguir 2 situações.

Se o policial agir baseado em fundadas razões (das quais tenha conhecimento prévio), ainda que o flagrante não se confirme (ex: não ache drogas nem armas), não será responsabilizado penalmente, em razão do estrito cumprimento do dever legal putativo.

De outro lado, se a diligência não derivar de embasadas suspeitas, o policial será responsabilizado. A entrada forçada injustificada em domicílio é arbitrária e configura crimes de abuso de autoridade (artigo 3º, b da Lei 4.898/65) e violação de domicílio (artigo 150 do CP).[\[11\]](#) Mesmo que o flagrante se confirme, o encontro posterior de prova da materialidade não tem o condão de afastar a ilicitude das provas, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Logo, a diligência deve ser avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. [\[12\]](#) Parcela da doutrina sustenta que a prova colhida no interior da casa não deve ser considerada ilícita. Isso porque o policial, ainda que por abuso de autoridade, impede a ocorrência de um crime em franco desenvolvimento, situação muito diferente daquela em que o agente da autoridade tortura o preso para que confesse:

Note-se que, na hipótese da tortura, comete a autoridade policial um crime para descobrir outro pretérito, o que é bem diferente de praticar um abuso de autoridade, mas terminar impedindo a continuidade da consumação de outro. Na primeira situação (tortura), o réu ou indiciado não mais praticava ilícito algum, quando sofreu a violência. No segundo caso (crime permanente descoberto por acaso), havia o desenrolar de uma atividade criminosa, que cessou graças à interferência da polícia.^[13]

A ação imediata, independentemente de ordem judicial, deve ser tomada se a entrada for imprescindível para prevenir o dano à vítima, aos policiais ou terceiros, evitar a destruição de provas, impedir a fuga do suspeito ou alguma outra consequência que frustre indevidamente esforços de aplicação da lei. Essas situações de perigo de prejuízo foram chamadas no direito norte-americano de circunstâncias exigentes (*exigent circumstances*).^[14]

Se a diligência urgente for feita por policiais militares sem prévia comunicação à autoridade policial, o delegado de polícia fará a análise de legalidade da situação, e lavrará ou não o flagrante e instaurará ou não procedimento criminal contra o policial conforme vislumbrar a existência ou ausência de fundadas razões.

Finda a busca e apreensão, deve ser documentada. Na prática, o relato da diligência consta nos depoimentos dos policiais, inquiridos como condutor e testemunhas por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante. Todavia, nada impede a confecção à parte de auto circunstanciado, nos moldes do exigido para a busca e apreensão por determinação judicial (artigo 245, §7º do CPP), embora não haja previsão específica nesse sentido.

Para a entrada na casa a fim de interromper situação flagrancial não se exige necessariamente que o morador esteja dentro do domicílio. Alguns crimes são consumados pelo tão só fato de o indivíduo manter (ocultar ou simplesmente ter em depósito para si ou guardar para terceira pessoa) determinado objeto no interior da sua residência (ex: arma de fogo, droga e produto de crime). Esses delitos permanentes geram estado flagrancial enquanto o criminoso tiver a coisa sob seu cuidado. E o agente pode realizar essa vigilância estando dentro da casa ou do lado de fora da residência (o que é bastante comum, aliás); os verbos nucleares mencionados não exigem o contato físico ininterrupto com a coisa. Logo, para a entrada na casa e interrupção do flagrante de crime permanente por posse de objeto proibido, o imprescindível é a presença física do criminoso ao menos nas imediações da residência.

Outra importante discussão merece ser colocada. Indaga-se se está autorizada a Polícia a, logo depois de capturar o indivíduo em via pública, dirigir-se à sua casa (localizada nas imediações) para realizar a busca. A resposta é que a captura em via pública de suspeito em flagrante não autoriza, por si só, o policial a ingressar na sua casa, mas também não a proíbe de forma absoluta. Para a entrada na residência sem ordem judicial, são necessárias fundadas razões da existência de crime sendo praticado no interior do domicílio. E o tão só fato de o indivíduo ter sido surpreendido em flagrante por delito praticado em local público não permite concluir que esteja praticando crime também no interior de sua casa. Claro que, se o policial vislumbrar indícios de delito permanente sendo praticado dentro da residência (ex: preso em flagrante por tráfico de drogas confessar informalmente, após advertido do seu direito ao silêncio, que guarda entorpecentes dentro de casa), poderá realizar a busca. O que se dará não de forma automática em razão da prisão em flagrante em via pública, mas em decorrência da presença de

fundada suspeita de delito sendo praticado dentro da moradia. Nesses casos, para garantir a higidez da ação policial, o ideal é que o agente da autoridade policial comunique imediatamente o delegado de polícia responsável para consultar sobre a licitude da operação.

Por fim, caso o capturado em flagrante em via pública autorize a entrada em sua casa (livre de coação e estando ciente dos seus direitos), é permitida a busca e apreensão com consentimento do morador. Como visto, a prisão em flagrante em local público não admite automaticamente a entrada na casa. No entanto, de outro vértice, não impede por si só a voluntária aquiescência do sujeito ciente de seus direitos, podendo o capturado liberar a entrada dos policiais em sua casa.

[1] Para um estudo completo sobre a busca e apreensão: HOFFMANN, Henrique. Aspectos jurídicos da busca e apreensão. BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (Org). Busca e Apreensão. Rio de Janeiro: Mallet, 2017, p. 21-119.

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 539.

[3] TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406; AVENA, Norberto Cláudio Pãncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 576.

[4] STF, RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 23/04/2010; STJ, HC 10.899, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/04/2001.

[5] MACIEL, Silvio. Abuso de autoridade. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

[6] Também chamada de *justa causa provável*: BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e Apreensão e a Justa Causa Visível ou Provável. In: HOFFMANN, Henrique. et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144.

[7] STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

[8] MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 1. São Paulo: Método, 2014, p. 468.

[9] STJ, REsp 1574681, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, DJ 03/05/2017.

[10] STF, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; STF, RHC 117.988, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014; STJ, HC 137.349, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 04/10/2012.

[11] STJ, HC 81.752, Rel. Min. Jane Silva, DJ 27/09/2007.

[12] STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 491.

[14] United States Court of Appeals, Ninth Circuit, United States v. McConney, DJ 10/02/1984.

Date Created

11/07/2017