

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**Faculdade de Direito**

**Bernard Sousa Mendes de Assis**

**A LICITUDE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM HIPÓTESE TAXATIVA NO  
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE FLAGRANTE IMPRÓPRIO.**

**Juiz de Fora**

**2013**

**Bernard Sousa Mendes de Assis**

**A LICITUDE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM HIPÓTESE TAXATIVA NO  
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE FLAGRANTE IMPRÓPRIO.**

Monografia de conclusão de curso  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora  
como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

**Orientadora:** Professora Marcella Mascarenhas Nardelli

**Juiz de Fora**

**2013**

**Bernard Sousa Mendes de Assis**

**A LICITUDE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM HIPÓTESE TAXATIVA NO  
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE FLAGRANTE IMPRÓPRIO.**

Monografia de conclusão de curso  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora  
como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

---

Professora Mestre Marcella Mascarenhas Nardelli  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Luís Antônio Barroso Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Rafael Alem Mello Ferreira  
FUMESC

**Juiz de Fora**

**2013**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família, pelo apoio incondicional ao longo de toda minha caminhada universitária.

Obrigado, em especial, à minha orientadora, Marcella, pela dedicação e disponibilidade que tanto contribuíram para a feitura deste trabalho.

À minha mãe, Elizete, que não mediu esforços para realizar todos meus sonhos e, ao meu saudoso pai, eterno ídolo, Gerson.

**Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de  
cidadãos do mundo.  
Mahatma Gandhi**

## RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo o estudo do instituto da prisão em flagrante no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nas modificações incrementadas pela Lei 12.403/2011.

A falta de precisão no texto legal possibilitou o surgimento de dúvidas, dando ensejo ao aparecimento de um embate doutrinário acerca das hipóteses flagranciais que autorizam a violação de domicílio.

Nessa toada, busca-se superar os conflitos argumentativos, a partir de uma análise que vislumbra o alcance de uma perspectiva inovadora sob o tema em comento.

**Palavras Chave:** prisão em flagrante; Lei 12.403/2011; violação de domicílio; flagrante impróprio; teoria da prevenção especial.

## ABSTRACT

This research is to study the scope of the institute's arrest in flagrante in the Brazilian legal system, with emphasis on changes incremented by Law 12.403/2011.

The lack of precision in the legal text enabled the emergence of doubts, giving rise to the appearance of a clash about the doctrinal assumptions flagranciais authorizing the violation of domicile.

In this tune, seeks to overcome conflicts argumentative, from an analysis that sees the scope of a new perspective on the topic under discussion.

**Keywords:** arrest in flagrante; 12.403/2011 Law, violation of domicile; flagrant misconduct; theory of deterrence.

## SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	10.
II. “DOMICÍLIO” NO DIREITO PÁTRIO E SEUS CARACTERES PECULIARES.....	11.
2.1. “Domicílio” na ótica constitucional.....	11.
2.2. Violação de Domicilio.....	12.
III. OS CONTORNOS DO FLAGRANTE E AS HIPÓTESES FLAGRANCIAIS DELINEADAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	16.
3.1. A acepção “Flagrante”.....	16.
3.2. Prisão em Flagrante.....	16.
3.3. Espécies de Flagrante.....	21.
IV. EXEGESE DO INSTITUTO DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM FLAGRANTE IMPRÓPRIO, A PARTIR DE ANÁLISE PRECÍPUA E INOVADORA.....	26.
4.1. Violações de domicílio em flagrante impróprio – divergência doutrinária.....	26.
4.2. Fundo argumentativo teórico.....	31.
V. CONCLUSÃO.....	38.
VI. REFERÊNCIAS.....	40.

## I - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o fito de apresentar as nuances da exceção à inviolabilidade de domicílio, resguardada pela Magna Carta de 1988, como mecanismo de proteger à privacidade, nas estritas hipóteses de flagrante, especialmente a modalidade imprópria, devidamente entabulada no artigo 302, III do Código de Processo Penal.

A priori, para possibilitar um estudo nas minúcias do tema, optou-se por proceder a uma análise conceitual dos institutos jurídicos envolvidos, a partir do exame da produção doutrinária e jurisprudencial.

Nesse íterim, tem-se como marco inicial a delimitação do domicílio na seara penal, revertendo-se para uma exploração do texto constitucional, visando traçar os limites da violação de domicílio.

Em seguida, procede-se a uma criteriosa avaliação das espécies flagranciais, observando as inovações interpostas pela Lei 12.403/2011, estabelecendo conceitos para cada modalidade e, se atendo, com maior grau de especificação e clareza ao tipo impróprio.

Feito o exame inicial, busca-se superar as divergências doutrinárias pertinentes ao tema em comento, incrementando a tese, que se julga mais coerente com uma hermenêutica *lato sensu*, com a apresentação de um prisma singular, pautado em uma correlação com analogia e institutos penais que são imprescindíveis de serem conflitados.

Por fim, nota-se, como poderá ser observado, que o trabalho apresenta como referencial teórico princípios consagrados no Direito Penal e Direito Processual Penal, como o da obrigatoriedade, além de inovar, ao inserir uma exegese norteadas pela “Teoria da Prevenção Especial”, sob o prisma negativo.

## II – “DOMICÍLIO” NO DIREITO PÁTRIO E SEUS CARACTERES PECULIARES.

### 2.1 - “Domicílio” na ótica constitucional.

A priori, é fulcral estabelecer uma conceituação do termo domicílio no Direito pátrio. Esse se configura, através dos ensinamentos de Washington de Barros Monteiro, como “sede jurídica da pessoa onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos”<sup>1</sup>.

Nesse íterim, é o lugar onde a pessoa estabelece sua residência com ânimo de definitividade, ou seja, “animus manendi”, à luz do artigo 70, do Código Civil.

É vital o estabelecimento de domicílio, com o fito de que sejam fiscalizadas as obrigações decorrentes de tal exercício de direito de propriedade, como fiscais, políticas e tributárias.

A esse propósito, podemos averbar que o vocábulo acima conceituado ainda almeja satisfazer um direito social constitucionalmente consagrado, qual seja o direito à moradia, explicitado no artigo 6º da Carta Magna de 1988.

Não obstante, para o direito exposto não denotar apenas uma positivação ineficaz, é imprescindível uma postura ativa do Poder Público, evitando que se perpetuem políticas programáticas tendenciosas a ludibriar os verdadeiros legitimados do poder, o povo.

Destarte, em passo acertado, o respeito inequívoco ao domicílio e suas implicações exprime uma submissão peculiar ao princípio da dignidade da pessoa humana, em seus contornos. Todavia, como qualquer princípio consagrado na ordem constitucional, não é absoluto, comportando relativização através do sopesamento, com o propósito de resguardar sempre o interesse público.

---

<sup>1</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Parte Geral. vol. 1, 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

Não obstante, mesmo perante situação que configure omissão legislativa acerca da conceituação do termo “domicílio” na acepção penal do Direito, podemos aduzi-lo através da hermenêutica do artigo 150 do Código Penal.

Nesse diapasão, a expressão supracitada compreende casa alheia e suas dependências, sendo certo que “casa” deve ser entendida como qualquer compartimento habitado; aposento de habitação coletiva ou ainda; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, conforme delimita o §4º do artigo 150 do Código Penal.

Ademais, mostra-se importante ressaltar as localidades que não se enquadram no termo acima, à luz do §5º do mesmo diploma normativo, sendo estas: hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo as restrições no tocante ao aposento ocupado de habitação coletiva e; taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero<sup>2</sup>.

Em consonância com a explanação, vale complementar com os ditames do artigo 246 do Código de Processo Penal, que de certa forma, repete a redação dos parágrafos acima, qual seja: “Aplicar-se-á, também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade”.

Por conseguinte, vislumbra-se resguardar, claramente, a privacidade dos indivíduos, legítimos detentores de direito sobre o recinto que será alvo de proteção jurídica.

## **2.2 – Violação de Domicílio.**

O termo domicílio, local onde se exerce o *animus domicilii*, de vital ressonância jurídica, abarcando tanto a seara cível quanto criminal, é largamente compreendido, com o intuito de se garantir a proteção ao bem jurídico que se almeja, qual seja a intimidade. É mister afirmar que existe uma diferença entre o

---

<sup>2</sup> GREGO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª edição. Niterói. Editora Impetus. p. 387 e ss.

inteligível nos dois ramos do Direito destacados, visto que na ótica penal basta a simples habitação, logo, apenas se requer o exercício de atos que revelem a utilização do recinto como moradia.

Deve ponderar que ao aplicar a expressão “domicilio” se entende como a casa e suas dependências, cenário aonde o ser humano estabelece sua vivência e, por conseguinte, tem direito a manter sua harmonia e paz.

O Supremo Tribunal Federal entende, em posição pacificada, a partir da análise imperiosa do texto constitucional, que a garantia comporta “qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”.

Nessa toada, caracterizado como crime a sua violação, artigo 150 do Código Penal<sup>3</sup> e, sendo esse de mera conduta, é crime de pequeno potencial ofensivo, em razão da sua pena não exceder os 02 anos, por conseguinte, terá seu julgamento perante o Juizado Especial Criminal. Certo é que protege o aspecto psicológico daquele residente na casa, não a casa em si, buscando-se a proteção da paz doméstica, com devidos resguardos não apenas à tranquilidade do lar, mas também a segurança dos moradores. Logo, advoga em favor de reprimenda a intervenções indesejáveis.

Ademais, com previsão expressa no artigo 5º, inciso XI da Magna Carta de 1988, a casa (pouco importando sua estrutura física, sua imponência ou humildade, tamanho ou localização e outras características secundárias<sup>4</sup>) é em sua essência, inviolável, logo entendido como asilo inexpugnável.

Excetua-se a assertiva acima as hipóteses de flagrante delito, onde resta configurado excludente de ilicitude, além dos casos de desastre e prestação de socorro – hipóteses de estado de necessidade – e por fim, durante do dia, por determinação judicial, munido das formalidades legais, assim, não tem caráter absoluto.

Nesse passo, requisita-se um mandado com ordem singular, portanto, prescinde ordem geral. O que dá ensejo à afirmação de que colhida prova em

---

<sup>3</sup> GREGO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª edição. Niterói. Editora Impetus. p. 387.

<sup>4</sup> TELES, Ney Moura. Direito Penal Vol. II, parte especial. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2006.

desafio à inviolabilidade de domicílio e suas limitações, as mesmas tornam-se imprestáveis, mesmo que o Poder Público não participe de tal ato de violação ao ordenamento.

Para que se perpetue a configuração do tipo incriminador é necessário que o agente violador entre ou permaneça em casa alheia contra vontade expressa ou tácita do morador.

Em passo contínuo, nota-se que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito, sendo certo que o polo passivo é preenchido por aquele que tem o poder de impedir a entrada de outrem em sua “casa”.

A título de exemplificação podemos citar a hipótese em que no direito de convivência de um casal a parilha está em igualdade de condições, prevalecendo à vontade de proibir no caso de posições conflitantes, haja vista que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos de forma igualitária, à luz do artigo 226, parágrafo 5º da CRFB<sup>5</sup>.

No que tange às casas com ausência de habitação, não subsiste crime, sendo o fato atípico, vez que não fere a tranquilidade familiar, a paz do lar que se busca resguardar. Faz-se imprescindível destacar a situação peculiar de comparecimento pessoal do juiz de Direito, sendo certo que nessa circunstância singular dispensa-se, por óbvio, o requisito de mandado judicial.

Finalmente, não se podem esquivar de apresentar as qualificações advindas do tipo penal de violação de domicílio. Em primeiro passo está o fato de a infringência ocorrer durante a noite, sendo que noite é o período de ausência de luz solar. Também no que concerne a lugar ermo, visto que é uma condição aproveitada pelo agente violador para cometimento do crime em comento. E por fim, utilizando-se do emprego de violência, seja contra pessoa ou coisa, sem qualquer distinção entre elas.

Em outro diapasão, além disso, aumenta-se em 1/3 a pena se o fato é cometido por funcionário público, em hipótese que não configure observância às

---

<sup>5</sup> STF (RTJ, 47/734).

formalidades legais ou, quando em amparo por lei, houver abuso de autoridade. A lógica de tal reprimenda mais vigorosa está pautada na fé pública do agente.

### **III – OS CONTORNOS DO FLAGRANTE E AS HIPÓTESES FLAGRANCIAIS DELINEADAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

#### **3.1 – A acepção “Flagrante”.**

O verbete “flagrante” evidencia a estrita situação onde o sujeito está no calor da ação, ou seja, em ato inflamado. Por conseguinte, tem-se presunção de uma certeza virtual do crime.<sup>6</sup>

A regra constitucional é da plena liberdade, em respeito inequívoco ao princípio da legalidade privada. Pois bem, onde inexistente proibição expressa, subsiste permissão implícita para a prática, evitando que seja reprimido por conduta, em quaisquer das modalidades comissiva ou omissiva. Contudo, o próprio texto consagrador apresenta exceções, que são taxativas e não permitem interpretação extensiva.

A corroborar o exposto acima, é fulcral utilizarmos de ensinamentos de Rousseau, na obra “O contrato social - abstenham-se da liberdade imoderada e o Estado lhes dará segurança”.

Enfim, é salutar colacionar a assertiva do ilustre Barão de Montesquieu, quando ao precisar sobre os contornos da liberdade, assim afirma: “Liberdade é o direito de fazer tudo o que a lei permite”.

#### **3.2 – Prisão em Flagrante.**

Inicialmente, vale destacar ser a prisão em flagrante entoada no fito de excetuar o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, consagrado

---

<sup>6</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª edição. Niterói. Editora: Impetus, 2012. p. 1263.

no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, justificando-se tal restrição a um mecanismo de defesa da ordem jurídica. Todavia, caracteriza-se por ser uma prisão cautelar, provisória por excelência.

É entendida como ferramenta eficiente à preservação social, constitucionalmente autorizada, viabilizando a captura daquele que é surpreendido na prática do delito, com o propósito evidente de se evitar a consumação do crime, impedir a fuga do criminoso e, ainda, levantar elementos indiciários que viabilizem a deflagração de processo *a posteriori*.<sup>7</sup>

Nos primórdios, a perceptiva do flagrante, unicamente, restava suficiente para infringir prisão ao indivíduo durante todo o trâmite processual, prescindindo de motivação pelo encarceramento, portanto, trazia um caráter inócuo e arbitrário ao processo penal.

Com o desenvolvimento da ordem constitucional, tendo em vista está entrelaçada a um contingente imponente de princípios, houve-se por bem requisitar que também a prisão acompanhasse esse desenvolvimento, surgindo requisitos que devem necessariamente estar configurados para a continuidade da restrição do direito de locomoção.

Faz-se necessário entabular um breve relato histórico acerca do progresso desta medida cautelar restritiva.

Por ora, primeiramente, é fundamental aferir que quando da feitura do Código de Processo Penal a instituição da prisão em flagrante restava suficiente para a limitação de seu direito de liberdade, salvo nas hipóteses precisas do crime ser afiançável ou quando o acusado livrava-se solto, seguindo os ditames da antiga redação do artigo 321 do CPP.

Com o advento da Lei nº 6.416/1977, houve a inserção de um parágrafo único ao art. 310 do CPP, trazendo alterações em seu substrato, passando a determinar que o juiz, ao analisar o auto de prisão em flagrante, caso verifique o não preenchimento dos requisitos que respaldam a prisão em flagrante, deveria proceder à concessão de liberdade provisória como medida legítima, sem fiança, mediante a

---

<sup>7</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª edição. Niterói. Editora: Impetus, 2012. p. 1262-1263.

assinatura de termo de comparecimento pelo acusado, sob pena de que fosse cassado o benefício.

Nesse foco, antes mesmo da entrada em vigência da Lei nº 12.403/2011, é inequívoco que apenas a homologação do auto de prisão em flagrante não resta suficiente para a permanência da custódia, sendo imprescindível a convolação em prisão preventiva, desde que atendidos os requisitos necessários para sua decretação, devidamente estabelecidos pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Não se deve deixar de salientar que as assertivas acima expostas conduzem a uma interpretação mais equânime do ordenamento, visto que o indivíduo não deve ser penalizado em seu bem maior, que é a liberdade, antes mesmo que um juízo de culpa, cumulado com todas as garantias processuais que acompanham o devido processo legal, seja interposto, determinando a condenação ou inocência do acusado.

Em contraposto, denotando o verdadeiro contexto histórico pré- Lei nº 12.403/2011, vale ressaltar que havia prevalência na jurisprudência no tocante ao entendimento de que a prisão em flagrante era modalidade autônoma de custódia provisória, capaz de bastar-se para a manutenção do cárcere, independentemente de conversão em prisão preventiva, tendo como fundamentação o exposto no artigo 334 do CPP, que alega a possibilidade de concessão da fiança até o trânsito em julgado.<sup>8</sup>

Não obstante, o pensamento que demonstrou ser dominante nos Tribunais e instâncias inferiores naquele período, induz a uma necessidade de avanço na legislação, evitando que ao perquirir a lei se alcance decisões injustas, que porventura poderiam configurar erros judiciários irreparáveis, o que foi verificado no ano de 2011, passando a vigorar as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011.

Logo, com ainda mais afinco podemos afirmar que a Lei nº 12.403/2011 deixou patente que não mais, *de per si*, há respaldo para a permanência da prisão

---

<sup>8</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª edição. Niterói. Editora: Impetus, 2012. p. 1266-1267.

em razão da mesma ter se verificado pela hipótese flagrancial, com alteração expressa nos ditames do artigo 310 do Código de Processo Penal.

No que tange às fases da prisão em flagrante, cumpre salientar que a melhor doutrina, na esteira de Tourinho Filho<sup>9</sup>, inicialmente entende prisão em flagrante como ato administrativo, exigindo para sua imposição apenas a aparência de tipicidade.

Nessa toada, evidencia-se com a captura do delinquente, posterior condução do mesmo à presença da autoridade, sendo certa a obrigação de comunicar a prisão e o local onde esta se consuma ao juiz, Ministério Público, à sua família ou pessoa por ele indicada. Além disso, ocorre a lavratura do auto de prisão em flagrante, recolhendo-se o capturado ao cárcere, excetuando-se as hipóteses de concessão de fiança pela autoridade policial, ou seja, crimes como pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos. A partir de então, entrega-se a nota de culpa ao acusado, em prazo improrrogável de 24 (vinte e quatro) horas após a captura<sup>10</sup>.

Em momento seguinte, denotando a segunda fase do ato complexo que se configura a prisão em flagrante, há conversão do ato em judicial, visto a comunicação à autoridade judiciária sobre a detenção do agente, com o propósito deste apreciar sobre os aspectos da legalidade da medida restritiva imposta, decidindo, ainda, pela instituição de prisão preventiva ou cabimento de liberdade provisória.

Na mesma ótica, é importante ressaltar que a divisão em duas fases muito distintas acarreta alteração da autoridade coatora para o propósito de impetração de *habeas corpus*. Assim, pode-se afirmar que enquanto configurar ato administrativo, terá o delegado como coator, portanto, eventual ação constitucional deverá ser impetrada obrigatoriamente perante um juiz de 1º grau. Contudo, a partir da comunicação à autoridade judiciária, incumbe à mesma a responsabilização, logo, competente será o Tribunal para apreciação.

---

<sup>9</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 456-457.

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª edição. Niterói. Editora: Impetus, 2012. p. 1264-1265.

Além disso, segundo melhor doutrina, sem embargos de opiniões de grandes doutrinadores em sentido contrário, haja vista a independência de prévia autorização judicial, entende a prisão em flagrante como de natureza jurídica precautelar. Tal posicionamento fundamenta-se na razão de não se ter o escopo de garantir o resultado final do processo, mas tão somente dispor o capturado ao deleite do juiz, para que o magistrado adote a verdadeira medida cautelar.

Assim sendo, Aury Lopes Júnior, preceitua:

“a precariedade da prisão em flagrante vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.”<sup>11</sup>

Por último, faz-se necessário precisar sobre os sujeitos, ativo e passivo, da reprimenda à liberdade de ir e vir em dissecação. A priori, no que tange ao polo ativo, este é preenchido por aquele que efetua a prisão do cidadão surpreendido em situação que configure hipóteses fragrâncias, devidamente previstas no artigo 302 do CPP, sendo certo que se extrai do artigo 301 do mesmo diploma normativo que é facultativo a qualquer do povo efetuar a prisão, porém, entende-se como dever às autoridades policiais e seus agentes procederem à prisão, em situação que configura estrito cumprimento do dever legal, sendo que sua omissão pode inclusive estabelecer responsabilidade criminal.<sup>12</sup>

Nesse passo, afinal, aponta-se que qualquer pessoa pode ser presa em flagrante, ser sujeito passivo do flagrante, com exceções das imunidades provisionais, devidamente expressas em lei, visto se tratar de ocasiões excepcionais.

---

<sup>11</sup> Op. Cit. P. 63. No sentido de que a prisão em flagrante não é uma medida cautelar, mas sim pré-cautelar: GOMES, Luis Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

<sup>12</sup> Deve a autoridade policial efetuar a prisão durante as 24 horas do dia: “A situação de trabalho do policial civil o remete ao porte permanente de arma, já que considerado por lei constantemente atrelado aos seus deveres funcionais” (TJ/SP, nº 324.778-3, Jaú, 6ª C. rel. Barbosa Pereira, 19/04/2001, v.u., JUBI 60/01).

### 3.3 – Espécies de Flagrante.

Frise-se que as hipóteses que autorizam a restrição da liberdade pelo flagrante estão consubstancialmente preenchidas no artigo 302 do Código de Processo Penal, por conseguinte, cuida-se de rol taxativo, prescindindo interpretações extensivas, vez que a liberdade individual é o norte do jogo.

Certo é que, excedendo-se as possibilidades de imposição da medida restritiva da liberdade de locomoção configura-se inequívoca situação peculiar de constrangimento ilegal, comportando relaxamento de prisão, nos moldes do artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal.

Pelas palavras de Paulo Rangel, nota-se que os incisos do dispositivo legal em foco apresentam uma relação decrescente de imediatidade, como se pode aferir da exposição a seguir:

“tem início com o fogo ardendo (está cometendo a infração penal – inciso I), passa para uma diminuição da chama (acaba de cometê-la – inciso II), depois para a perseguição direcionada pela fumaça deixada pela infração penal (inciso III) e, por último, termina com o encontro das cinzas ocasionadas pela infração penal (é encontrado logo depois- IV)”.<sup>13</sup>

Nessa toada, é imprescindível realizar um estudo minucioso das espécies de flagrantes admitidas, com suas devidas peculiaridades, o que se passa a fazer a seguir.

Em primeiro lugar, os incisos I e II do art. 302 do CPP tratam da hipótese de flagrante próprio, também intitulado perfeito, real ou verdadeiro. Nessa espécie o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la. É importante precisar que no tocante a expressão “acaba de cometê-la” há necessidade de interpretação unívoca, qual seja a absoluta imediatidade, logo, o agente é encontrado sem que tenha se distanciado da vítima e do lugar do delito, ou seja, os atos executórios já estão concluídos.

---

<sup>13</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005. p. 620.

Ainda, no cenário acima, a prática do verbo núcleo do tipo penal é o que viabiliza a prisão no inciso I, mesmo que reste configurada posteriormente a atipicidade material da conduta, visto que a análise requisitada é apenas no tocante à tipicidade formal.<sup>14</sup>

A segunda espécie em observação é o flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou “quase flagrante” (CPP, art. 302, inc. III). Este ocorre quando o agente é perseguido logo após cometer a infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito.

Importa destacar os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima sobre essa modalidade de Flagrante, o qual esclarece:

“Exige o flagrante impróprio a conjugação de 3 (três) fatores: a) perseguição (requisito de atividade); b) logo após o cometimento da infração penal (requisito temporal); c) situação que faça presumir a autoria (requisito circunstancial)”.<sup>15</sup>

Nesse diapasão, torna-se fulcral analisar os fatores interpostos. Inicialmente, em relação à expressão “logo após” é de se interpretar como o lapso temporal que compreende o acionamento da autoridade policial, posterior comparecimento e resgate dos vestígios que amparam a perseguição policial.

Já no que concerne à “perseguição” vale ressaltar que a esta, em virtude da ausência de definição no artigo em tela, utiliza-se do conceito fixado no artigo 250 do CPP, tendo a exata explanação:

**Art. 250.** A autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta.

**§1.º** Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa, quando:

a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista;

<sup>14</sup> STJ, 5ª Turma, HC nº154.949/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 03/08/2010, DJe 23/08/2010.

<sup>15</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª edição. Niterói. Editora: Impetus, 2012. p. 1271.

b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encalço;”.

Nesse íterim, podemos afirmar que o flagrante não requer prazo pré-fixado, ou seja, não na lei prazo de duração da perseguição, que persiste enquanto houver necessidade, encontrando êxito com a captura do perseguido. Além disso, como requisito de validade, não é necessário contato visual, bastante somente que a perseguição seja contínua, sem qualquer quebra da solução de continuidade.<sup>16</sup>

Em passo contínuo, também existe a categoria flagrante presumida, ficto, assimilado ou “feliz encontro” (inc. IV do art. 302, CPP), onde se afere a prisão do indivíduo logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas ou papéis que lhe acarretem a presunção de responsabilidade pelo fato delituoso, não sendo necessária a ocorrência de perseguição imediatamente após o cometimento do ato criminoso.<sup>17</sup>

Subsiste ainda, mesmo diante de ausência de positivação no artigo 302 do CPP, a espécie de flagrante denominado esperado, onde se valendo de investigação anterior, a autoridade policial ou terceiro limita-se a esperar o momento da concretização do delito para proceder à prisão.<sup>18</sup>

Na mesma ótica, mas com respaldo legal pelas leis nº 9.034/1995 (Lei de Organizações Criminosas), nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e nº 9.613/98 (Lei de Lavagens de Capitais), cada qual com suas peculiaridades, existe a modalidade flagrancial designado como prorrogado, postergado, protelado, retardado ou diferido (ação controlada). Esta consiste na possibilidade de se retardar a intervenção policial, visando se operar em momento mais oportuno, almejando relevar

---

<sup>16</sup> Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC nº 66.616/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 25/06/2007, p. 264.

<sup>17</sup> STJ, 6ª Turma, REsp nº 147.839, Rel. Hamilton Carvalhido, j. 01/03/2001, RT 794/572. Com entendimento semelhante: STJ, 5ª Turma, HC nº 75.114/MT, Rel.ª Min.ª Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ 01/10/2007, p. 317.

<sup>18</sup> STF, 2ª Turma, HC nº 78.250/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26/02/1999, p.3. E ainda: STF, 1ª Turma, HC nº 76.397/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 27/02/1998, p.3. E também: “(...) Não há que se confundir flagrante preparado, modalidade que conduz à caracterização do crime impossível, com o flagrante esperado, que é plenamente admitido pela legislação penal e processual penal. Verifica-se o flagrante esperado na hipótese em que policiais, após obterem, por meio de interceptação telefônica judicialmente autorizada, informações de que quadrilha armada pretende realizar roubo em estabelecimento industrial, consegue, por meio de ação tempestiva, evitar a consumação da empreitada criminoso” (STF, 5ª Turma, HC nº 84.141/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18/02/2008, p. 48).

acertadamente os pontos de vista da investigação criminal, a colheita de provas, a captura do maior número de infratores e o enquadramento no delito principal da organização.<sup>19</sup>

Faz-se primordial destacar que a ação controlada é compatível com o direito a não autoincriminação. Nesse sentido merece destaque os dizeres de Maria Elizabeth Queijo:

“Se, à primeira vista, a inexistência de advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere* conduz à conclusão de que há violação ao citado direito fundamental, pois os averiguados acabariam por produzir provas em seu desfavor, na verdade, o interesse público na persecução penal dos direitos praticados por organizações criminosas justifica a restrição ao referido princípio, representada pela ação controlada, em consonância com o princípio da proporcionalidade”.<sup>20</sup>

Em outro prisma, é mister trazer à baila a existência de espécies de flagrante que são devidamente vedadas pela legislação atinente a matéria, tendo em vista a afronta clara a princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais.

Nesse passo, inicialmente, merece ressaltar o flagrante preparado ou seus muitos nomes: provocado, crime de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador. Ocorre na delineada situação onde alguém, autoridade policial ou particular, por meio insidioso, instiga o agente a praticar o delito, com o fito de prendê-lo em flagrante.

A doutrina tende a entender tal situação como o autor representando um protagonista inconsciente de uma comédia, com cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou da simulação da exterioridade de um crime.

Não obstante, a atuação do agente caracteriza irrestrita hipótese de atipicidade formal, por preencher os requisitos de um crime impossível, em razão da ineficácia absoluta dos meios empregados, haja vista a ausência de livre e espontânea vontade de praticar o delito.

---

<sup>19</sup> STJ, 5ª Turma, HC nº 119. 205/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 29/09/2009, DJe 16/11/2009.

<sup>20</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir provas contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 368.

Coadunando o exposto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por meio da Súmula nº 145, tendo o seguinte teor:

“Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Em última análise, apresenta-se o também proibido flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido. O mesmo deve ser entendido como totalmente artificial, uma vez que ocorre a criação de provas de um crime inexistente, com o fim de legitimar uma prisão em flagrante totalmente injustificável.<sup>21</sup> Em virtude da inexistência do delito, sendo o causador a autoridade policial, realizando-o em razão de suas funções, responderá esta pelo delito de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/1965, art. 3º, “a”). O particular, por sua vez, terá sua responsabilização penal prevista no crime de denúncia caluniosa (CP, art. 339).

Ainda que a matéria esteja esgotada, é salutar ressaltar um aspecto singular que cerca o flagrante, qual seja a “prisão por apresentação”. Em que pese a revogação expressa do artigo 317 do CPP com o advento da Lei nº 12.403/2011, outrossim subsiste fundamentos para afirmar que não tem cabimento prender em flagrante aquele que se entrega à polícia, que não procedeu perseguição, e confessa o crime, haja vista que não há enquadramento nas hipóteses flagranciais previstas no artigo 302 do CPP. É óbvio que, caso preencha os requisitos da prisão preventiva, pode esta se efetivar, devidamente decretada pela autoridade judiciária, desde que respeitados os pressupostos dos artigos 312 e 313 do CPP (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*).<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> STF, 1ª Turma, HC nº 74.510/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 22/11/1996, p. 45.690. E também: “Os policiais, que participam de diligências tendentes à constatação de crime que estaria sendo praticado, não estão impedidos de depor como testemunhas. Não é flagrante forjado aquele resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes”. (STF, 1ª Turma, HC nº 74.195/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 13/09/1996, p. 33.235).

<sup>22</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 156. Em sentido diverso, apontando que, doravante, a apresentação espontânea não mais impede a prisão em flagrante: MACIEL, Sílvio. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Coordenação: Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

## IV – EXEGESE DO INSTITUTO DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM FLAGRANTE IMPRÓPRIO, A PARTIR DE ANÁLISE PRECÍPUA E INOVADORA.

### 4.1 - Violações de domicílio em flagrante impróprio – divergência doutrinária.

Nas primícias, cumpre ressaltar que a prisão em flagrante tem o escopo de atuar como mecanismo de defesa da ordem jurídica, sendo uma conotação da persecução penal e configurando o exercício do *jus puniendi* do Estado, em embate clássico com a privacidade do particular.

Dentro da casta flagrantial, importa-nos analisar, nas suas minúcias, a espécie imprópria, visto que insurgem questionamentos acerca da licitude da invasão de domicílio nessa situação ímpar, ou seja, imperiosa circunstância onde o delinquente comete crime, é perseguido logo após a prática do mesmo, e adentra em domicílio, próprio ou de terceiro.

Certo é que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca do tema, entretanto de maneira insuficiente, não atenuando a celeuma, mas aferiu: “não é ilegal a entrada em domicílio sem o consentimento do autor do delito, que é perseguido, logo após a prática do crime, pela autoridade policial, pois a própria Constituição Federal permite a entrada em casa alheia, mesmo contra a vontade do morador, para fins de prisão em flagrante”<sup>23</sup>. Colaciona-se a seguir:

**EMENTA:** CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIME HEDIONDO. MATÉRIA NÃO-DISPUTADA EM 2º GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE IMPRÓPRIO OU QUASE-FLAGRANTE. PERSEGUIÇÃO CARACTERIZADA. NULIDADE DO AUTO. MERAS IRREGULARIDADES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (HC 10899 / GO; HABEAS CORPUS Nº 1999/0091473-2; 5ª TURMA, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP; JULGAMENTO: 13/03/2001).

---

<sup>23</sup> STJ, 5ª Turma, HC nº 10.899/GO, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 23/04/2011 e; STJ, 5ª Turma, RHC nº 21.326/PR, Relatora Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ 19/11/2007.

I. Não se conhece de argumento relativo à possibilidade de concessão de liberdade provisória em crime hediondo, sob pena de indevida supressão de instância, na hipótese de não ter havido o seu exame em 2º grau de jurisdição.

II. A perseguição pode ser caracterizada pelo patrulhamento e guarda, visando à prisão do autor do delito, pois a lei não explicita as diligências que a caracterizam, sendo que a única exigência é referente ao início da perseguição, a qual deve se dar logo após a prática do fato.

III. Não é ilegal a entrada em domicílio sem o consentimento do autor do delito, que é perseguido, logo após a prática do crime, pela autoridade policial, pois a própria Constituição Federal permite a entrada em casa alheia, mesmo contra a vontade do morador, para fins de prisão em flagrante.

IV. Meras irregularidades ocorridas no auto de prisão em flagrante, que não podem ser consideradas essenciais, não autorizam, por si só, a revogação da custódia cautelar.

V. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

Gilmar Ferreira Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, em obra inteligente na árdua luta por uma análise menos dicotômica do Direito Constitucional, expôs de forma evidenciada seu posicionamento, aduzindo:

“A Constituição estabelece exceções à inviolabilidade, que não é absoluta. A qualquer momento é lícito o ingresso no domicílio alheio em caso de flagrante delito, conceito que cabe ao legislador definir. A polícia, dando perseguição ao agente que acabou de cometer um crime, e que se homiziou na sua casa, pode adentrá-la. Quebrando o flagrante, contudo, a invasão é proibida<sup>24</sup>”.

Deste modo, doutrina majoritária vem acompanhando a opção jurisprudencial, alegando ser acertada a preponderância de interpretação *lato sensu*, com a legitimidade da conduta de violação de domicílio, vez que não subsiste quaisquer exceções expressamente postas no ordenamento vigente. Assim, não é de se admitir a ocorrência de interpretação restritiva, mas somente nos exatos termos legais.

Nesse passo, ao se precisar a doutrina que disserta sobre a processualística penal, é de se destacar a existência de grandes expoentes que advogam nos sentidos das hipóteses flagranciais que autorizam ou reprovam a violação de domicílio, em observância notória as espécies do instituto que se destacam.

Assim sendo, RENATO BRASILEIRO DE LIMA, preceitua:

---

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. 2010. Editora Saraiva: São Paulo.

“Diverge a doutrina quanto à espécie de flagrante que autoriza a violação ao domicílio sem mandado judicial. Parte da doutrina entende que a única espécie de flagrante que autoriza o ingresso em domicílio sem autorização judicial é o flagrante próprio (CPP, art. 302, incs. I e II). Como garantia constitucional, a proteção ao domicílio não pode ser alargada indevidamente. (...) A nosso ver, se a Constituição Federal estabelece que é possível o ingresso em domicílio nas hipóteses de flagrante delito, deve se extrair do estatuto processual penal o conceito de flagrância (CPP, arts. 302, incisos I, II, III e IV). Ora, se interpretarmos que a fuga para a residência seria inviabilizadora da prisão em flagrante, estar-se-ia criando hipótese de imunidade ao criminoso: bastaria sua prisão”<sup>25</sup>.

No mesmo sentido, o renomado professor de Direito Processual Penal TOURINHO FILHO, aposentado como promotor de justiça pelo Ministério Público de São Paulo, admite a licitude da violação domiciliar em nítida configuração de flagrante:

“Se o conceito de flagrância nos é dado pelo art. 302 do CPP, compreende o flagrante próprio, o impróprio e o presumido, e como a Constituição, tivesse ou não vontade o legislador constituinte, permite a entrada à noite no caso de flagrante delito, sem qualquer restrição, é sinal de que fez uso daquela expressão com o sentido que lhe empresta o estatuto processual penal. Assim, chegamos à conclusão de que em todo e qualquer caso de flagrância, será possível a entrada, à noite, no domicílio”<sup>26</sup>.

Acrescentam-se ainda os ensinamentos de FERNANDO CAPEZ, que em vez de se atentar as peculiaridades das espécies que ensejam flagrâncias, opta por especificar a perseguição, então requisito do “quase flagrante”, assim afirmando:

“Contanto que a perseguição não seja interrompida, o executor poderá efetuar a prisão onde quer que alcance o capturado, desde que dentro do território nacional (CPP, art. 290, primeira parte)”<sup>27</sup>.

Mais uma vez, faz-se necessário delinear os contornos da perseguição interposta no dispositivo legal acima citado (artigo 290 do CPP). É por bem afirmar que pode ocorrer do capturado empreender fuga para ilidir a efetivação da diligência, ou mesmo com o fim de se evitar a configuração do flagrante, nesse passo, inicialmente, deve-se colacionar a transcrição da norma, em seu parágrafo 1º:

<sup>25</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª edição. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012.

<sup>26</sup> FILHO, Tourinho. **Código de Processo Penal Comentado**. 9ª edição. São Paulo. Editoria Saraiva, 2005. p.689.

<sup>27</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011. p.302.

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

§ 1.º 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.”

Advém a assertiva de que, havendo flagrante, não existe impedimento que a perseguição se estenda a outro Município ou Estado, sendo hipótese de exceção aos limites da jurisdição do foro, realizando-se a restrição da liberdade em comarca distinta, cabendo, posteriormente, proceder à apresentação do preso à autoridade local pra lavratura do auto de prisão em flagrante.

Com muito mais afinco, ainda vale transcrever o entendimento de NESTOR TÁVORA, onde se pode aferir que este doutrinador fez a opção manifesta por uma interpretação *lato sensu* :

“Se em razão da perseguição, o agente vier a adentrar numa casa, diante da situação de flagrância, por não ter havido interrupção da perseguição, o executor poderá invadir a residência, sendo dia ou noite, pois, por autorização constitucional, o ingresso domiciliar ocorreria para concretizar o flagrante, tendo assim pleno cabimento<sup>28</sup>”.

Cabe frisar que se tornando necessário para a efetivação de medida prisional o ingresso no domicílio, seja casa de terceiro ou a própria casa do perseguido, o morador será intimado a proceder ao ato de entrega do procurado, evitando que se perfaça a entrada a força no recinto, o que está devidamente garantido por força do artigo 293 do CPP, apenas requisitando a convocação de duas testemunhas.

Nota-se que, a legislação pátria tende a limitar o lapso temporal para cumprimento de determinadas medidas judicial, visto que ao se tratar de

---

<sup>28</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. de. Curso de Direito Processual Penal. 8ª edição. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2013.

cumprimento de mandato, é fulcral salientar que somente se deve proceder à prisão no período entendido como “dia”, o que exige que seja devidamente conceituado essa expressão. Nesse sentido, “dia” é o período que se compreende entre as seis e as dezoito horas, sendo observado o horário do local onde se está cumprindo a diligência, não o horário de Brasília.

É certo que a utilização de violência, podendo-se proceder até mesmo o arrombamento, em caso de resistência ou tentativa de fuga, à luz dos ditames do artigo 284 do Código de Processo Penal, não distingue o horário a ser aplicada tal medida coercitiva, mas deve-se ter em vista o resguardo contra eventuais arbitrariedades.

Caso se encontre diante de “noite”, a autoridade policial deve, após a intimação do morador, com sua posterior recusa, isolar o local, guardando todas as saídas, com o fim de se evitar a fuga, o que torna a casa incomunicável e, desde que amanhecer, procederá à invasão com arrombamento das portas, efetivando a prisão.

Não se deve deixar de constar que é lícita a opção do morador de vedar o ingresso do agente policial em período noturno, visto se tratar de estrita hipótese de exercício regular de direito.

Em prol do Estado Democrático de Direito, em garantia à liberdade de expressão, fundamento da democracia modera, mesmo diante da solidez do complexo argumentativo apresentado pela corrente que advoga em favor da licitude da prática invasiva, não se obsta a insurgir posição divergente, tendo como principal expoente Guilherme de Souza Nucci, com expressa redação em seu renomado Código de Processo Penal Comentado:

“Nesse sentido dispõe a Instrução Normativa nº1/92 (DOU 13/11/1992) do Diretor do Departamento de Polícia Federal, tratando do procedimento policial: Art. 73. A autoridade policial somente procederá à busca domiciliar sem mandado judicial quando houver consentimento espontâneo do morador ou quando tiver certeza da situação de flagrância. (...) 73.2. Na segunda hipótese, é imprescindível ter-se certeza de que o delito está sendo praticado naquele momento, não se justificando o ingresso no domicílio para a realização de diligências complementares à prisão em flagrante ocorrido noutro lugar, nem para averiguação de *notitia criminis*<sup>29</sup>”.

---

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 4ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 544.

Percebe-se que a posição acima, defendida de forma acalorada pelo reverente doutrinador do ramo de Processo Penal, tem por norte uma exegese *stricto sensu*, uma vez que apenas admite a violação de domicílio na modalidade flagrancial própria, em razão de alegar a imprescindibilidade da ocorrência do delito no instante em que se consuma à ofensa a direito consagrado, qual seja a privacidade.

Além disso, existem posicionamentos jurisprudências, estagnados principalmente nas instâncias inferiores, que aplicam os ensinamentos inframencionados, conforme se pode aduzir da ementa que será a seguir traga à baila:

**TAMG.** Invasão de domicílio. Prisão em flagrante. Quase-flagrante. Hipótese que não se enquadra nas exceções constitucionais à inviolabilidade do domicílio. Advogado. Escritório de advocacia. Lei 8.906/94 (EOAB), 7º, II. CF/88, art. 5º, XI. CP, art. 150, § 3º. CPP, art. 293.

Não obstante, a seara penal requisita interpretações mais consistentes e precisas, evitando um nimbo jurídico. À vista disto, somente uma compreensão restritamente amparada no texto legal viabiliza uma solução equânime. Todavia, denota-se que a discussão acerca da licitude da violação ainda não se perfaz esgotada, destarte, é fulcral ser explorado mais anatomicamente o tema, haja vista uma deficiência teórica inequívoca, sob o prisma de profundidade.

#### **4.2 – Fundo argumentativo teórico.**

Com o escopo de engrandecer o complexo argumentativo, faz-se necessário trazer à baila uma análise à luz da “Teoria da Prevenção Especial”, tendo essa como grande expoente Von Liszt, que alude: “tais teorias, também chamadas de relativas, são marcadamente finalistas por verem a pena não como um fim em si mesma, mas

como um meio a serviço de determinados fins<sup>30</sup>. Segundo ensinamentos de Ferrajoli, “o utilitarismo jurídico enfrenta uma ambivalência, pois objetiva uma máxima segurança e uma mínima aflição<sup>31</sup>”.

Em observância explícita aos ditames da teoria aferida, tem-se por dizer que a função da prisão está intrinsecamente relacionada à proteção de bens jurídicos, incidindo sobre a personalidade do delinquente e tendo o fito de evitar a prática de novos delitos. Nessa toada, ocorrerá à separação evidente dos criminosos em três grupos, ensejando três funções distintas: ressocialização (delinquentes corrigíveis); intimidação (não precisam de correção) e inocuização (não suscetíveis de correção).

Sob o enfoque negativo dessa teoria, entende-se pela busca da segregação do delinquente, evitando que volte a cometer crimes. Tem, assim, o único objetivo de neutralizar o indivíduo a partir de causar-lhe um mal, denotando um bem para a sociedade.

Surge então no Direito costumeiro americano, com o intuito primor de coadunar com o exposto acima, a “Teoria penitenciária americana *Incapacitation*”. Fundamenta-se na própria inocuização do preso, sem relevar a ressocialização do mesmo. Seus defensores advogam que, em especial aos presos perigosos, a privação de liberdade é compreendida como meio de garantir segurança à sociedade, pelo menos no que tange ao tempo da reclusão, onde o temor se mantém afastado.

Sabe-se bem que a teoria infracitada, distinguindo-se apenas em relação à forma de se intitulá-la, está intimamente relacionada à pena, todavia, com muito mais fundamento se aplica ao marco pré-processual, vez que naquele estamos diante de um procedimento marcado pelos traços inquisitórios e, sobretudo, pelo norte de recolhimento daquele que infringiu as normas que foram legitimadas pela sociedade, através de seus representantes, mas resguardando-se sempre o poder

---

<sup>30</sup> BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. Teoria da Prevenção Especial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n.85, fev. 2011 [Internet]. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9013](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013). Acesso em 03 de março de 2013.

<sup>31</sup>FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

jurisdicional de detalhar os fatos e fazer juízo pela manutenção da medida, em respeito claro ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Por fim, apesar do contexto histórico distinto entre a criação da Teoria da Prevenção Especial, sob o prisma negativo, e o estágio atual de evolução social, não se obsta a entender que a aplicação temperada dos seus ensinamentos é de relevância fundamental para a melhor solução acerca da legitimidade da ofensa de direitos, haja vista a defesa de um bem maior que é a sociedade e, para tanto, torna-se necessário violar a esfera individual.

É mister ressaltar a devida incidência dos princípios penais, como o da legalidade, fragmentariedade, ofensividade e principalmente, da proporcionalidade, visando alcançar a manifestação judicial mais justa e equânime, evitando-se, assim, o desnecessário inchaço das casas prisionais. Torna-se imprescindível destacar que a atuação estatal na seara criminal somente deve se perpetuar em *ultima ratio*, conseqüentemente, deve-se estar em consonância com o princípio da intervenção mínima.

Nesse aspecto, deve-se por certo proceder a um estudo sobre a base principiológica acima citada, fundamentais para garantia dos cidadãos perante o poder punitivo do Estado.

Inicialmente, observa-se o princípio da legalidade, também denominada de reserva legal, como efetiva limitação à punição estatal, uma vez que a elaboração de normas incriminadoras é exclusivamente função da lei, assim, somente a partir da sua instituição se pode considerar algum fato como crime, assim como determinar sua pena e, conseqüente, aplicação. Isto posto, a lei deve precisar de forma inequívoca a conduta proibida e a sanção cominada<sup>32</sup>.

No que tange ao princípio da intervenção mínima, *ultima ratio*, tem-se por admitir a criminalização de uma conduta visando resguardar um bem jurídico, mas somente quando mostrarem-se ineficientes outros meios de controle social, ou seja,

---

<sup>32</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 41.

incapazes de estabelecer a tutela necessária a bens relevantes, seja com relação à sociedade ou ao próprio indivíduo<sup>33</sup>.

Atuando como corolário da intervenção mínima e da reserva legal, surge o princípio da fragmentariedade com o fito de determinar que o Direito Penal atue, através da sua ciência jurídica, somente visando à proteção de valores que se mostrem imprescindíveis para o bem social. Afinal, não sancionando todas as condutas que se mostrem lesivas ao bem jurídico, mas apenas as mais graves contra bens jurídicos que devem ser mais relevados. Assim, segundo os dizeres de Régis Prado:

“é o que se denomina *caráter fragmentário* do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.<sup>34</sup>”.

Sobre o enfoque penal, para existir tipificação de alguma conduta, faz-se imprescindível à existência de, no mínimo, perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico que a ordem legal optou por proteger. Nesse passo, é válido colacionar o pensamento de Cezar Roberto Bitencourt sobre o princípio da ofensividade, aferindo:

“Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado<sup>35</sup>”.

Ademais, não se deve confundir o princípio inframencionado com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, sendo que este delega que não incumbe ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43.

<sup>34</sup> PRADO, Régis. Direito Penal Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 52.

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 52.

<sup>36</sup> GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.43: “A função principal do princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas e governo, a norma penal em si etc. O direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática. O

Ainda, resta evidenciada a aplicação princípio da proporcionalidade, relevando-se cada aspecto sobrevalente, funcionando como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

A partir de análise intrínseca do princípio em foco, denota-se a configuração de uma união harmônica de três fatores essenciais, que segundo ensinamentos de Paulo Bonavides são: “a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais<sup>37</sup>”.

Dessa feita, em consonância com a explanação teórica acima, não se pode deixar de consolidar a perfeita adequação com a licitude da violação de domicílio em flagrante impróprio. Tal entendimento se perfaz na medida em que incumbe à autoridade policial proceder à ofensa a um bem jurídico de menor importância, qual seja a privacidade do ofendido ou de terceiro, em prol da defesa do interesse público.

Nesse íterim, a prisão do indivíduo que se encontra na situação descritiva na espécie, visa garantir que a esse seja imputado os atos de sua autoria que ofenderam a sociedade, em seus conceitos e valores. Cabendo ao magistrado o controle da legalidade dessa prisão, optando por relaxá-la quando verificar sua desnecessidade ou ilicitude na sua consumação.

Do mesmo modo, vale ressaltar que um dos objetivos da prisão em flagrante é a garantia da paz social, ou seja, reprimir a ocorrência de novos delitos pelo criminoso, desta feita, incumbe à autoridade policial o dever de, perante atividade que configure crime em flagrante delito, proceder à imediata restrição da liberdade

---

princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico. E disso deriva, como já afirmado tantas vezes, a inadmissibilidade de outras formas de delito (mera desobediência, simples valoração da norma imperativa etc.)”.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo V.. Curso de Direito Constitucional, 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 356-397.

do indivíduo, encaminhando-o, com respeito inequívoco das garantias fundamentais, ao julgador, a quem é atribuído o poder de realizar juízo sobre a manutenção ou não da prisão.

Em que pese toda a lógica consubstanciada nas exposições acima, a discussão merece apresentar um caráter inovador.

Incrementando a tese, tem-se por bem apresentar que o agente público, ao agir em violação a um direito protetivo, está amparado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal (artigo 23, III do Código Penal). Destarte, ocorre claro afastamento daquilo que ensejaria a ilicitude da ação. Não se pode deixar de observar que o estrito cumprimento do dever legal se perfaz nas hipóteses estritamente previstas no texto legal que autorizam a violação de um direito sem que isso seja considerado ilícito. Portanto, amparado pelo dever de efetivar a prisão diante da expressa situação flagrancial.

Com rápida explanação, pode-se entender o estrito cumprimento do dever legal com a hipótese onde à lei impõe determinada conduta e, em face da qual, embora típica, não será ilícita, ainda que cause lesão a um bem juridicamente tutelado, portanto, não comete crime, vez que a lei não contém contradições, em razão da norma permissiva do artigo 23, III, primeira parte, do Código Penal<sup>38</sup>.

O estrito cumprimento do dever legal se adéqua perfeitamente à situação singular de violação de domicílio em circunstância que consubstancie flagrante impróprio. Com ainda mais razão é permitido à ofensa a direito individual quando encarado conjuntamente com a inteligência do artigo 292 do CPP, visto que este autoriza ao executor se furtar de meios necessários para vencerem a resistência à prisão que se verificar no caso concreto.

Evitando arbitrariedade, é importante destacar que a medida somente é lícita se utilizar apenas de atos rigorosamente necessários e, além disso, é indispensável que o dever seja legal, o que coaduna com o princípio da obrigatoriedade, uma vez que configurada situação que preencha os requisitos do flagrante, é dever da

---

<sup>38</sup> TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª edição. 2008. São Paulo: Editora Saraiva. p. 211-212.

autoridade policial proceder à prisão, podendo ser responsabilizado criminalmente e administrativamente em razão do descumprimento.

Delineando uma análise do princípio da obrigatoriedade sobre outro enfoque, sendo este norte da ação penal pública, impõe-se uma obrigação ao Ministério Público de propor ação diante da existência de lastro probatório mínimo e inexistência de impedimentos (excludente de ilicitude, culpabilidade, tipicidade).

Nessa toada, ao determinar o dever de proceder à prisão pela autoridade policial quando se encontrar em situação que evidencia flagrante delito, exposto no artigo 301 do Código de Processo Penal, é por bem se entender que estamos diante de uma determinação do princípio da obrigatoriedade, mas sob o prisma de anterioridade ao processo judicial.

Torna-se salutar trazer á baila o pensamento de Julio Fabbrini Mirabete sobre o excesso acima citado, o qual precisa:

“Prevendo o estrito cumprimento do dever, exige a lei que se obedeça rigorosamente às condições objetivas a que a ação esteja subordinada. Todo dever é limitado ou regulado em sua execução, e fora dos limites traçados na lei o que se apresenta é o excesso de poder punível<sup>39</sup>”

Ainda, é imprescindível dizer que, impedir a violação declarada, por meio do clamor aos respeito às garantias individuais, não se configura menos do que um patente enaltecimento à conduta criminosa, vangloriando a impunidade, haja vista ser essa uma evidente demonstração de respeito e cumprimento aos deveres que são aferidos pelo ordenamento ao agente policial.

Finalmente, tecendo os últimos incrementos modificativos, que demonstram um trabalho variante dos consubstanciados na doutrina, faz-se notável apresentar uma analogia.

A supra reside na característica marcante do inquérito policial, que será iniciado após a prisão em flagrante, qual seja o mesmo configurar procedimento oficioso. Nesse diapasão, uma vez que a autoridade policial tome conhecimento de

---

<sup>39</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 24ª edição. 2007. São Paulo: Editora Atlas. p. 184 ; RT 486/277, 517/295, 561/405, 572/297, 716/476; RJTJERGS 157/118.

um fato criminoso, bastando o caráter formal, torna-se obrigatório a instauração de ofício dessa peça inquisitória.

Dessa maneira, tendo por certo o ascender de um procedimento administrativo, nada mais verídico de que atentar pela obrigação de que atue coercitivamente, não se encontrando respaldo para inércia do agente público, visto que este incumbe o dever de resguardar a segurança e ordem à coletividade.

## V - CONCLUSÃO

A priori, faz-se necessário trazer a colação reiterada do devido traslado de excêntrico julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se afirma a licitude de violação de domicílio em manifesta situação de perseguição policial, após constatação de flagrante:

“Não é ilegal a entrada em domicílio sem o consentimento do autor do delito, que é perseguido, logo após a prática do crime, pela autoridade policial, pois a própria Constituição Federal permite a entrada em casa alheia, mesmo contra a vontade do morador, para fins de prisão em flagrante”<sup>40</sup>.

Ante o exposto, resta-nos afirmar que o legislador, ao estabelecer às exceções constitucionais que dão ensejo a autorização para que se perpetue a violação do domicílio, não estabeleceu restrição às hipóteses flagranciais, logo, é por bem, e em prol do Estado Democrático de Direito, não estabelecer restrições onde à lei não o faça.

Nesse comento, é certo dizer que não subsistem argumentos que coadunam com a dinâmica do ordenamento pátrio para uma interpretação restritiva, assim, deve-se entender que como o artigo 302 do CPP é o delineador das hipóteses previamente fixadas de flagrante delito, todas as enquadradas tem o condão de autorizar tal prática restritiva de direitos individuais.

Não se pode deixar de sopesar a expressa redação do artigo 290 do CPP, onde se exprime que, uma vez em perseguição, pode a autoridade policial até mesmo exceder a sua jurisdição. Desta feita, tendo a delimitação de jurisdição, que se perpetua através da medida da competência, como garantidora da imparcialidade e um dos pilares do processo nacional, alargada para além dos poderes da autoridade policial, o direito à inviolabilidade de domicílio não pode ser elevado a tal grau que inviabilize a medida flagrancial em sua integralidade, como quis o constituinte ao estabelecer a exceção. Assim, não pode ser sustentáculo que inviabilize a interdição policial daquele que causou temor social por sua atitude desviante.

---

<sup>40</sup> STJ, 5ª Turma, HC nº 10.899/GO, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 23/04/2011.

Além disso, é válido dizer que, mesmo sendo inequívoco o respeito a direitos e garantias fundamentais no ato de prisão, por meio da repressão a eventuais transgressões, torna-se necessário o crivo judicial valorar sobre a decretação de eventual medida cautelar – inclusive a preventiva – se presente os requisitos, através de parâmetros legais, resguardando-se contra arbitrariedades que porventura poderiam desvirtuar o fim.

Por bem, torna-se imprescindível reiterar a aplicação da “Teoria da Prevenção Especial”, em seu enfoque negativo, buscando-se a segregação daquele que ofendeu as normas legitimadas pela sociedade, e evitando que mantenha foco na linha delitiva. Não se deve deixar de salientar que mesmo tendo sido criada para a instituição da pena, mais razão assiste a sua incidência ao marco pré-processual, visto que denota um procedimento administrativo com marcas de inquisitorialidade.

Coadunando com toda a tese autorizativa da violação de domicílio em hipótese taxativa de flagrante impróprio, surge a analogia interposta diante dos princípios da obrigatoriedade e, ademais, incrementa-se a argumentação a partir de análise do instituto da exceção perpetuada pelo estrito cumprimento do dever legal.

Destarte, impedir a violação ao domicílio nas hipóteses que caracteriza flagrante impróprio, haja vista um dever expresso da autoridade policial em proceder à prisão quando nessa situação se encontrar, seria uma interpretação a contrário senso e incompatível com os fundamentos norteadores da legislação, configurando-se inoportunamente como uma alusão a impunidade delitiva, criando o estigma social de que o medo se perpetuará pela não reprimenda dos delinquentes.

## VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. **Teoria da Prevenção Especial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n.85, fev. 2011 [Internet]. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9013](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013). Acesso em 03 de março de 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo V.. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CONDE, Francisco Munoz; WINFRIED, Hassemer. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.2008.

CORDEIRO, Alexandre. **Teorias legitimadoras da pena como critério inicial da atividade judicial de individualização**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/26108>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GREGO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. Niterói. Editora Impetus.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª edição. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**. 1ª edição. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal**. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**. Vol. 1, 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PRADO, Régis. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª edição. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2013.

TELLES, Ney Moura. **Direito Penal Vol. II, parte especial**. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição, 14ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.