

**A (I)LEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE QUANDO DA BUSCA  
DOMICILIAR**

**THE (IL)LEGALITY OF PRISON IN FLAGRANTE WITH A FOCUS ON  
RESIDENCE SEARCH**

Luana da Costa Kuhnen\*

Gabriel Ferreira dos Santos\*\*

**RESUMO**

O presente artigo científico tem como propósito de estudo a (i) legalidade da prisão em flagrante com enfoque na busca domiciliar. Nesse sentido, os temas serão abordados e fundamentados com base em diferentes doutrinas. Em um primeiro momento, é abordado um conceito do vocábulo flagrante. Seguidamente, apresenta-se e, também, conceitua-se a prisão em flagrante, bem como suas espécies, as quais dividem-se em: flagrante próprio, impróprio, presumido, preparado, provocado, forjado, e flagrante diferido ou controlado. Seguindo esta linha de raciocínio, o texto também versa e, conseqüentemente, define a questão do crime permanente, mencionando situações exemplificativas. Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XI, assegura, como sendo um direito fundamental, a inviolabilidade do domicílio, e excetua o flagrante delito, o que será estudado em um capítulo específico. Com isso, o objetivo desse trabalho é realizar uma análise crítica referente à prisão em flagrante no momento em que ela se concretiza da busca domiciliar. Os métodos utilizados são: pesquisa com base em bibliografias e artigos disponibilizados através da internet. Todavia, com a realização deste trabalho, foi possível perceber, de forma crítica, o constrangimento no qual moradores são submetidos na hipótese de não ser encontrado, por agentes policiais, nenhum objeto que caracterize o flagrante delito.

**Palavras-chave:** Crime permanente; Busca domiciliar; Inviolabilidade; Flagrante.

**ABSTRACT**

The proposal of this scientific article is to study the (il)legality of prison in flagrante with a focus on residence search. In this sense, the topics will be approached and founded on the basis of different doctrines. Initially a concept of the term "in flagrante" is approached. Next is presented and also conceptualized prison in flagrante, as well as its kinds which are divided into: appropriate, inappropriate, presumed, prepared, provoked, forged, and deferred or controlled in flagrante. Following this line of reasoning, the text also discusses and, consequently, defines the issue of permanent crime, citing exemplary situations. In this context, the 1988

\* Acadêmica do Curso de Graduação em Direito, IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul. E-mail: <luanackuhnen@hotmail.com>.

\*\* Orientador. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. E-mail: <gabrielsantos@imed.edu.br>.

Federal Constitution, in its Article 5, section XI, assures, as a fundamental right, the inviolability of the home, and excepts the offense in flagrante, which will be studied in a specific chapter. Thus, the aim of this study is to conduct a critical analysis regarding the arrest in flagrante at the time the residence search is being conducted. The methods used are: research based on bibliographies and articles made available on the internet. However, with the realisation of this work, it became possible to perceive, in a critical way, the embarrassment that residents undergo in the event of not being found, by police officers, any object that characterizes the commitment of offense.

**Keywords:** Permanent crime; Residence search; Inviolability; In Flagrante.

## 1 INTRODUÇÃO

Através desse artigo científico busca-se demonstrar os fundamentos da prisão em flagrante sob a perspectiva do direito fundamental, garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, XI, referente à (in) violabilidade domiciliar. O motivo que ensejou a produção do presente estudo funda-se na crítica a ser feita sobre tal modalidade de prisão no momento em que agentes policiais adentram nas moradias, independente de mandado judicial, desorganizam todos os cômodos, inclusive no interior dos móveis, com o intuito de encontrar o objeto do crime, para então caracterizar a prisão em flagrante, e acabam por não encontrarem nada. Assim, os moradores são submetidos a um constrangimento e têm seu direito fundamental completamente violado.

Nesse contexto, outra crítica a ser feita diz respeito à preocupante violação de domicílio, contrariando o que estabelece a Constituição Federal, na busca por provas sem que se tenha certeza acerca de sua existência. Tal fundamento será trabalhado com base em doutrinas no decorrer do presente artigo científico.

## 2 PRISÃO EM FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE

Diante da concepção de que, como o autor Paulo Rangel refere, “flagrante vem do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagare*, que significa queimar, ardente, que está em chamas” (2008, p. 591), verifica-se uma relação direta com a expressão flagrante delito, tendo em vista que significa o crime no instante de seu cometimento.

De modo geral, o comportamento dos indivíduos deve - ou, pelo menos, deveria – reger-se pelo princípio constitucional da presunção de inocência, artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. No entanto, o direito/dever de punir pertence ao

Estado, o qual priva um sujeito de sua liberdade com o intuito de garantir a ordem e harmonia da sociedade. Nessa ideologia, para a doutrina majoritária, enquanto o réu não for de fato condenado, presume-se que ele seja inocente. Sendo aquele presumidamente inocente, a sua prisão, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela como medida excepcional (TOURINHO FILHO *apud* RANGEL, 2008, p. 24).

Assim sendo, para o autor Edilson Mougenot Bonfim (2012, p.501), prisão em flagrante:

[...] é aquela realizada nas hipóteses legalmente previstas como tal. De acordo com o art. 302 do CPP, pode ser preso em flagrante não só quem está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, como aquele que já praticou, nas circunstâncias ali especificadas. Permitida pela CF (art. 5º, LXI), portanto compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, a prisão em flagrante não depende de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, tendo, por isso, caráter administrativo.

No mesmo sentido, prender em flagrante, de acordo com Tourinho Filho (1995, p. 376), “é uma necessidade. Ou, como dizia Flmand, é um mal necessário. Não se trata de medida arbitrária, mas que atende ao impulso natural do homem de bem, em prol da segurança e da ordem”.

Com isso, embora a prisão em flagrante possua caráter administrativo, não significa, portanto, que tal modalidade não deva seguir as formalidades legais. Consiste em prender um sujeito no momento em que este está cometendo uma infração penal, seguindo o conjunto de regras estabelecido na Carta Maior e no Código de Processo Penal.

## 2.1 ESPÉCIES DOUTRINÁRIAS DE FLAGRANTE – ANÁLISE DO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Após ter ficado clara a concepção do que vem a ser denominado, portanto, prisões em flagrante, diversas doutrinas dividem a temática flagrante em espécies, as quais serão esclarecidas nos próximos parágrafos.

No que tange ao flagrante próprio, o doutrinador Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 502). afirma também ser “chamado de perfeito, real ou propriamente dito”, (...) no qual é a situação em que o agente é surpreendido: (i) no instante em que está cometendo a infração; ou (ii) no momento em que acabou de cometê-la (art.

302, I e II, do CPP)” Referente a tais incisos do artigo mencionado, Bonfim destaca que trata-se de duas situações diferentes, sendo que embora o inciso II do artigo supramencionado trate do fato de o delito já ter sido cometido, caracteriza uma mera presunção de flagrante, e não o ato propriamente dito.

Como observa o autor Paulo Rangel (2008, p. 596), o flagrante impróprio ocorre quando o sujeito autor da infração penal é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.

No entanto, o legislador não delimitou em que consistiria a expressão *logo após*, o que deixa espaço para a doutrina definir. Nesse ínterim, para o doutrinador Aury Lopes Júnior (2014, p. 828) “é um pequeno intervalo, um lapso exíguo entre a prática do crime e o início da perseguição”.

Já o flagrante presumido, por vezes, chamado de flagrante ficto,

[...] é a situação em que o suposto agente é encontrado, *logo depois* da ocorrência de fato delituoso, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (art. 302, IV). Nesse caso, ao contrário da hipótese anterior (art. 302, III), não se exige tenha o agente sido perseguido pela autoridade, bastando ter sido encontrado nas situações referidas, *logo depois* do crime. Contudo, ainda que tenha sido delatado por comparsa (chamamento à autoria), não há falar em flagrante presumido se o agente não for encontrado nas circunstâncias referidas-com instrumentos, armas, etc. (BONFIM, 2012, p.503).

Com base na referida citação, novamente a lei não se mostra clara para definir a expressão *logo após*, questão esta a ser levantada pelos doutrinadores. No entendimento de Paulo Rangel, “entendemos que deva ser um lapso de tempo entre duas ou três horas, pois, do contrário, a perseguição não seria logo em seguida, sem tardança, imediatamente, com maior brevidade”. Com isso, “a expressão deve ser levada em conta diante de cada caso concreto e deverá ser analisada pelo juiz ao receber a comunicação de prisão em flagrante, como manda a Constituição Federal (art. 5º, LXII)” (2008, p. 597).

Ao tratarmos de outra espécie de flagrante, observa o autor Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 543) que:

[...] ocorre o *flagrante preparado*, que diríamos melhor *flagrante esperado*, quando o agente *infrator*, por sua exclusiva iniciativa, concebe a ideia do crime, realiza os atos preparatórios, começa a executá-los e só não consuma seu intento porque a autoridade policial, previamente avisada, intervém para impedir a consumação do delito e prendê-lo em flagrante.

Nessa espécie de flagrante, pode-se afirmar que sujeito é induzido ou instigado a cometer a infração penal, o que pode gerar sua prisão em flagrante.

A partir das citações supramencionadas, faz-se necessário destacar a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, a qual diz: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Todavia, o flagrante provocado, de acordo com o posicionamento de BITENCOURT (2013, p. 543/544), ocorre quando o agente infrator é instigado à prática do crime por um agente provocador, podendo ser um agente policial ou, até mesmo, alguém a seu serviço. A título exemplificativo, ocorre quando a autoridade policial, visando prender alguém contra quem não tem provas concretas, mas que se tem conhecimento ser autor de diversos crimes, provocando-o para cometer um, com o objetivo de prendê-lo em flagrante. Assim, arma-lhe uma cilada.

Acerca do flagrante forjado, este não deve ser confundido com o provocado, tendo em vista que no primeiro,

[...] os policiais ‘criam’ provas de um crime que não existe. (...) Ocorre, por exemplo, quando agentes policiais ‘enxertam’ no bolso (ou no automóvel) de quem estão revistando substância entorpecente (ou até mesmo armas). É evidente a inexistência de crime, o que há efetivamente é o abuso de autoridade, devendo responder criminalmente o agente policial (BITENCOURT, 2013, p. 544).

Ainda envolvendo o flagrante forjado, para o autor Eugênio Pacelli, “forjam a prova de um crime atual para incriminar determinada pessoa”. Ainda, nessa concepção, o referido autor afirma que “a única consequência jurídica que se pode extrair de semelhante manobra é a punição de seus idealizadores e executores, por manifesta violação do direito” (2012, p. 531-532).

Para tanto, no que tange ao flagrante diferido ou controlado, Eugênio Pacelli faz referência a Lei nº 9.034/1995, a qual diz respeito ao Crime Organizado. Dessa forma, a Lei apresentada expõe os crimes praticados por organizações criminosas, o que também prevê uma espécie diferente de flagrante. “Diante da complexidade que acompanha as ações criminosas praticadas por grupos organizados, a lei prevê a possibilidade de retardamento da ação policial, para observação e acompanhamento das condutas tidas como integrantes de ações organizadas”. Para o referido autor, tal prisão em flagrante será diferida, ou, em outros termos, adiada, “para que a medida final se concretize no momento mais eficaz” (2012, p. 531-532).

## 2.2 CONCEITO DE CRIME PERMANENTE

Quando estudamos a temática da prisão em flagrante, nisso inclui-se conceito e espécies, o que se fala seguidamente em crimes permanentes. Partindo dessa concepção busca-se, com base em diferentes doutrinas, definir em que consiste a expressão crime permanente.

Inicialmente, vejamos o posicionamento do professor Aury Lopes Junior (2012, p.831/832) acerca do presente assunto:

[...] o crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria busca domiciliar (...) enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar, etc.), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independente da existência de mandado judicial (art. 5º, XI, da Constituição).

Em suma, observa José Geraldo da Silva (1999, p. 156), que crime permanente “é aquele cujo momento consumativo se prolonga no tempo. A situação de dano ou perigo se protraí no tempo”.

Contudo, como exemplos de crime permanente é possível citar algumas modalidades previstas no Código Penal brasileiro: a ocultação de cadáver (artigo 211), o seqüestro e cárcere privado (art. 148), e, ainda, é possível citar a Lei n. 11.343/2006, especificamente seu artigo 33 o qual diz respeito ter em depósito drogas psicotrópicas.

## 3 PRINCÍPIO DA (IN) VIOLABILIDADE DOMICILIAR

A Carta Magna, em seu artigo 5º, XI<sup>1</sup>, por sua vez, garante o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio. Assim, em conformidade com o que estabelece Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 577), a concepção do termo casa, para o direito constitucional, compreende não apenas a residência ou a habitação com o intuito definitivo de estabelecimento, mas sim todo o local, sendo ele determinado e separado, o qual “alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive

---

<sup>1</sup> Artigo 5º, XI, da Constituição Federal: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito, concluiu o Supremo Tribunal Federal”.

O doutrinador supramencionado também faz uma ressalva de suma importância ao afirmar que, sob outra perspectiva, um bar, um restaurante, uma boate, um ônibus, uma lancha de serviço ou passeio, ou outras áreas abertas ao público em geral não integram a definição constitucional de *casa*, uma vez que nas hipóteses acima mencionadas não existe o vínculo *particularidade* relacionando o sujeito à coisa (BULOS, 2012, p. 578).

Por outro lado, é possível ocorrer a violação domiciliar, no período noturno, apenas na hipótese de flagrante delito e desastre, ou para prestar socorro. Nesse contexto, salienta BULOS (2012, p. 579): “havendo flagrantes, incêndios, inundações, desabamentos, incidentes graves ou, ainda, na falta de meios próprios de autossocorro, a intromissão domiciliar afigura-se útil, pois visa proteger o maior de todos os bens: vida”.

Com relação aos parágrafos anteriores, é importante delimitar aproximadamente a qual horário correspondem os períodos dia e noite, para a finalidade de cumprimento de sentença judicial a qual permite a entrada no domicílio de outrem sem o seu consentimento. Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 579) certifica que “dia é o período que vai das 6 às 18 horas, seja no *horário normal*, seja no *horário brasileiro de verão*”, e noite como sendo o “período que vai das 18 às 6 horas do dia seguinte, seja no *horário normal*, seja no *horário brasileiro de verão*”.

No entanto, o mesmo autor mencionado no parágrafo anterior faz uma ressalva de significativa importância referente ao art. 172, *caput*, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas”. É com base na presente perspectiva que tal artigo está em conformidade com o princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar, uma vez que ele dirige-se apenas a atos processuais (2012, p. 580). Dessa forma, conforme estipula a Carta Maior, e o que afirma BULOS (2012, p. 580), os “mandados judiciais autorizando a violação domiciliar devem ser cumpridos das 6 às 18 horas (CF, art. 5º, XI), e não das 6 às 20 horas (CPC, art. 172, *caput*)”.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO NA INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Após ter estudado que os agentes para adentrar na moradia de alguém, faz-se necessário ter em mãos um mandado judicial para tanto, há situações nas quais somente o magistrado pode praticar atos relativos à função jurisdicional, tendo em vista que determinados assuntos devem ser analisados à esfera única de apreciação dos juízes (BULOS, 2012, p. 580).

Assim sendo, o mesmo autor conclui que:

[...] terceiros não podem interferir em matérias que a Carta Política, explicitamente, deixou a cargo do Poder Judiciário. Nem mesmo as comissões parlamentares de inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (CF, art. 58, § 3º), podem praticar atos inerentes à jurisdição, a exemplo da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI). (...) conforme ensinou o Ministro Celso de Mello, ‘o princípio da reserva de jurisdição – mais do que simples formulação de ordem doutrinária – representa, na concreção do seu alcance, um expressivo instrumento de proteção das pessoas em geral contra as ações eventualmente arbitrárias do Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que se projete a atividade estatal’(STF, Pleno, MS 23.452-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 16-9-1999).

### 3.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclama que todos os cidadãos devem ter garantidos seus direitos de liberdade, propriedade e segurança à opressão. Desse modo, no período em que a presente declaração foi criada, em meados do século XVIII, “o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia”, surgindo, então, “a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado” (RANGEL, 2008, p. 23).

Nesse contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelece em seu artigo 9º que: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”.

Como explica o autor FERRAJOLI *apud* Ary Lopes Junior (2012, p. 217):

[...] se a jurisdição é atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Segue o autor elucidando que a presunção de inocência estabelece um “*dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”. Para o professor citado, no que diz respeito à dimensão interna, “é um dever de tratamento imposto ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador”, bem como que na dúvida, importe na absolvição do acusado. Todavia, no que tange à dimensão externa ao processo, “a presunção de inocência deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial” (2012, p. 220).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente artigo científico buscou-se, com base em diferentes doutrinas, definir a modalidade de medida cautelar, em específico a prisão em flagrante, bem como suas espécies, a fim de deixar claro em qual circunstância em particular aplica-se cada uma delas. Com isso, estudou-se o princípio da inviolabilidade de domicílio garantido pela Constituição Federal de 1988, bem como a delimitação dos períodos dia e noite, o princípio de reserva da jurisdição na inviolabilidade domiciliar, e, por fim, o princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, partindo da perspectiva na qual um policial dirige-se à casa de um indivíduo, com o objetivo de prendê-lo em flagrante, sem mandado judicial para tanto, independente de ser dia ou noite, estaria, em tese, violando o direito da inviolabilidade do domicílio. Além disso, o agente, ao adentrar na moradia sem o consentimento do morador, abrindo móveis, além de outros compartimentos, a fim de encontrar o objeto do crime para, então, poder realizar a prisão em flagrante, poderia, ainda, estar violando a própria dignidade da pessoa humana.

Com base nesta concepção, o objetivo do presente artigo científico é analisar o constrangimento no qual os moradores são submetidos na hipótese do agente policial não encontrar nenhum objeto que seja capaz de caracterizar o flagrante delito, uma vez que é indiscutível a imprescindibilidade do respeito à garantia da inviolabilidade do domicílio, todavia, pertinente ponderar que este direito não pode ser transformado em reduto da impunidade.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição Federal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Súmula 145. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_101\\_200](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200)>. Acesso em 16 out de 2015.

DECLARAÇÃO. dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 = Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 08 jun 2015.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Aury Junior. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008.

SILVA, José Geraldo da. *Teoria do crime*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 03. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.