

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

PRISÃO em FLAGRANTE DELITO CONSTITUCIONAL

7^a

Edição

revista
atualizada
ampliada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

FLAGRÂNCIA DELITIVA, FUNDADA SUSPEITA E INDICIAMENTO

Nobre Majura!

*Evidências.
Diligências.
Indícios. Laudos. Lucubrações.
O corpo que fala.
As testemunhas que calam.
Indagações.
A imprensa que justiga.
A opinião pública inimiga.
As correições.
Noites mal dormidas.
A incessante luta pela vida.
Pressões.
Informantes.
Vozes dissonantes.
A atenção aos detalhes.
A escassez de recursos.
Os entediados discursos.
As rebeliões.
O ininteligível merecimento.
O enfadonho interstício.
A lei que manietta.
O descaso institucional.
O vilipendiado inquérito policial.
Conclusões.
Da esperança, uma centelha.
A paz e a ordem social como lema.
Contas e carteiras vermelhas.
Em constante flagrância.
Quaisquer sejam as instâncias.
Preparados para servir e proteger.
Portas e ouvidos sempre abertos.
A autoridade do povo.
Cabeça-de-ponte da justiça.
Armados de coragem e discernimento.
Em qualquer lugar. Em todos os momentos.
Sim, doutoras e doutores, somos Delegados de Polícia!
(Paulo Della Rosa, 2015)*

6.1 FLAGRÂNCIA DELITIVA: REQUISITO TEMPORAL OU CIRCUNSTANCIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

A flagrância delitiva compreende o **requisito temporal** ou **circunstancial**, identificado nas situações nas quais um indivíduo será considerado em estado flagrancial delitivo, assim elencadas nos incisos do artigo 302 do CPP:

Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Tais situações são consideradas espécies ou modalidades de flagrante¹ e consistem em hipóteses legais taxativas de flagrância, em homenagem ao princípio da legalidade.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo leciona que as hipóteses dos incisos I e II do artigo 302 do CPP apontam estados de flagrância reais, enquanto aquelas dos incisos III e IV irrompem como virtualidades e indicam estados equiparados (estados de flagrância virtuais), pois, conquanto não sejam propriamente situações de flagrância delitiva, a lei as trata como se fossem².

O ordenamento impõe a presença de uma dessas hipóteses a título de **requisito temporal** e uma pessoa só pode ser legitimamente presa em flagrante delito se capturada em uma dessas circunstâncias, que recebem as denominações doutrinárias a seguir comentadas.

6.2 FLAGRANTE PRÓPRIO, PERFEITO, VERDADEIRO OU REAL

O intitulado **flagrante próprio** é também chamado de **verdadeiro, próprio** ou **real**³ e se caracteriza em uma das situações dos incisos I e II, do artigo 302, do CPP, vale dizer, quando o agente está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la.

1. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 311.
2. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Dos incidentes no auto de prisão em flagrante. Estudos inéditos. São Paulo, 4 nov. 1999. In: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. GIL, Maria Eugênia (Org.). *Obra em processo penal*. São Paulo: Singular, 2018, p. 716.
3. LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 869.

Como se nota, no flagrante próprio, o sujeito é surpreendido realizando a conduta delitiva ou imediatamente após perpetrá-la⁴.

Nas palavras de Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos⁵:

O chamado flagrante próprio ou flagrante real corresponde às duas primeiras hipóteses de flagrância, previstas nos inc. I e II do art. 302 do CPP, ou seja, quando alguém, respectivamente, “está cometendo a infração penal” ou “acaba de cometê-la”. Estas são as hipóteses que melhor traduzem a noção de flagrância delitiva, ou seja, aquela em que o agente é preso durante a execução de um crime ou no instante em que parou sua atividade criminoso, mesmo que o crime não se consume. Esta a razão porque a visibilidade e a certeza do cometimento do delito traduzem, neste caso, um forte fundamento de legitimidade para a permissão legal de restrição à liberdade de alguém.

Destaca-se que a expressão “está cometendo” do inciso I do artigo 302 do CPP revela que a intervenção estatal (flagrante obrigatório) ou particular (flagrante facultativo) para a abordagem e captura do suspeito ocorre durante a prática criminosa, isto é, concomitante à ação ilícita. Caso a infração não se consume, estar-se-á diante de uma tentativa, visto que, iniciada a execução do delito, este não se perfez por circunstâncias alheias à vontade do agente, nos moldes do artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Já a locução “acaba de cometê-la” do inciso II do mesmo dispositivo processual penal denota uma condição de tempo imediatamente posterior à prática delitiva, quando o infrator é surpreendido entre encerrar a execução e resolver fugir ou retirar-se do local do delito⁶. A propósito, afirmava Inocêncio Borges da Rosa⁷:

Entende-se que o agente acaba de cometer a infração, quando já cessado o último ato de sua execução e ainda se acha no mesmo local do crime, logo após tê-lo cometido. Se está no mesmo local, mas já tem decorrido apreciável espaço de tempo, não mais se pode falar em flagrante delito porque já deixou de ocorrer o tempo imediatamente posterior à prática do último ato de execução.

4. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 740.

5. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação: teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 269.

6. BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39.

7. ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, v. II, p. 235-236.

6.3 FLAGRANTE IMPRÓPRIO, IMPERFEITO, IRREAL OU QUASE-FLAGRANTE

A modalidade conhecida como **flagrante impróprio**, também denominado flagrante **imperfeito, irreal** ou **quase-flagrante**⁸ é a prevista no inciso III, do destacado artigo 302, do CPP, que se configura quando o agente é perseguido e detido, logo após cometer a infração penal.

A lei processual penal autoriza que se considere o suspeito em estado flagrancial, embora já tenha praticado a ação, quando venha a ser capturado por policiais ou particulares que o apossavam.

Nesta hipótese não há o mesmo rigor temporal exigido para a configuração do flagrante próprio, admitindo certo intervalo de tempo entre a prática do delito e a captura do sujeito⁹.

O conceito de perseguição pode ser extraído do artigo 290, § 1º, do CPP:

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.

Desse modo, a norma processual penal impõe que o acompanhamento do suspeito deve ser ininterrupto, ainda que não se encontre mais sob a vista do perseguidor e inclusive aliado a indícios e informações do rumo tomado pelo fugitivo.

De fato, sobretudo diante do quadro tecnológico contemporâneo e da imensidão dos grandes conglomerados urbanos, não há como exigir que a perseguição seja realizada apenas com a percepção visual do criminoso. Como dito, deve ser ininterrupta e analisada nos moldes do mencionado § 1º do artigo 290 do CPP.

Assim, por exemplo, se um roubador subtrai um veículo automotor no qual há instalado equipamento rastreador via satélite com sistema de posicionamento global, popularmente conhecido pela sigla *GPS* (da expressão inglesa *Global Positioning System*), e a vítima em seguida comunica a polícia, nada obsta que os policiais, de imediato e com base nas informações obtidas

8. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

9. BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37.

pelo sistema de rastreamento, encetem diligências no encalço do criminoso, e este, caso seja encontrado, poderá ser capturado e preso em flagrante delito.

Raciocínio similar aplica-se para a subtração de aparelhos de telefonia móvel celular, atualmente um dos bens materiais que mais figuram entre os objetos de crimes patrimoniais e que costumam ser equipados com aplicativos eletrônicos de localização, em regra também via *GPS*. O criminoso poderá ser perseguido por meio das informações fornecidas virtualmente e, caso localizado, capturado e submetido à prisão flagrancial.

No que tange à locução “logo após”, há posicionamento que a diferencia da expressão “logo depois” prevista na modalidade do inciso IV, denominado “flagrante ficto ou presumido”, comentado no tópico seguinte, notadamente pelo lapso temporal. Esse entendimento confere ao “logo após” um sentido de duração menor que o “logo depois”, e argumenta que a modalidade do inciso III, por estar atrelada a uma “perseguição”, exige uma maior rapidez que a situação do inciso IV, que fala em “encontrar” o suspeito¹⁰.

O entendimento em sentido contrário, pela equivalência cronológica entre as expressões “logo após” e “logo depois”, funda-se na concepção de que a imediatidade e a pronta reação ao cometimento do delito são critérios comuns nas modalidades de flagrância, não comportando distinções semânticas¹¹.

Outrossim, não há restrição quanto ao tempo que a perseguição poderá durar, desde que não ocorra solução de continuidade, como assinala Gustavo Badaró¹²:

A expressão “logo após” indica que não pode haver solução de continuidade entre o cometimento do delito e o início da perseguição. Não importa o tempo que durar a perseguição, isto é, o tempo transcorrido entre o momento do crime e o da captura (horas ou até dias). Desde que não haja solução de continuidade, pouco importará o tempo da perseguição.

10. AVENA, Norberto. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 780.

11. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

12. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 725.

6.4 FLAGRANTE PRESUMIDO, ASSIMILADO OU FICTO

O **flagrante presumido**, também intitulado **flagrante ficto** ou **assimilado**¹³ consiste na modalidade definida no inciso IV, do artigo 302, do CPP, na qual o agente é encontrado logo depois de perpetrar a infração, na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Conforme apontado, conquanto a expressão “logo depois” tenha o mesmo significado que aquela prevista para o flagrante impróprio (“logo após”), há posicionamento entendendo que esta hipótese admite um elastério maior do lapso temporal entre a prática ilícita e a captura do suspeito.

Aqui prevalece que não há exigência de perseguição do suspeito, podendo ser uma mera abordagem casual, como numa operação rotineira de fiscalização estatal em que o agente seja surpreendido na posse de objetos ou instrumentos empregados em delito que cometera pouco antes¹⁴.

Há entendimento minoritário de que o “encontrado” do inciso IV deve ser causal e não casual, no sentido de encontrar de quem procurou, perseguiu, perdeu o rastro e seguia na busca do agente, de modo a não admitir um simples encontrar como surpreender e capturar o sujeito, sem vinculação previamente estabelecida em relação à prática delitiva¹⁵.

6.5 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NOS CRIMES PERMANENTES, NOS CRIMES HABITUAIS E NO CRIME CONTINUADO

O artigo 303 do Código de Processo Penal dispõe que, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

As infrações penais consideradas **permanentes** são aquelas cuja consumação protraí-se no tempo, por vontade do agente, de maneira que o ordenamento jurídico é agredido reiteradamente, razão pela qual a prisão em flagrante delito é cabível a qualquer momento, enquanto perdurar a ação ilícita¹⁶.

Geralmente, as ações nucleares de determinados tipos penais determinam se uma infração pode ser considerada permanente, sendo exemplos mais comuns os verbos transportar, conduzir e ocultar do delito de receptação do artigo 180, *caput*, do Código Penal; a conduta de privar alguém da liberdade e sequestrar

13. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

14. BONFIM, Edilson Mougén. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 464.

15. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 668.

16. MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 197.

dos crimes de sequestro ou cárcere privado e de extorsão mediante sequestro previstos nos artigos 148 e 159, assim como de ocultar cadáver do artigo 211, todos do estatuto criminal. Também podem ser citadas novas figuras equiparadas do crime de adulteração de sinal identificador de veículo, dos incisos II e III do parágrafo 2º do artigo 311 do Código Penal, inseridas pela **Lei nº 14.562, de 26 de abril de 2023**, ao veicularem verbos como transportar, ocultar e manter em depósito (ambos os incisos), possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou objeto destinado à adulteração ou falsificação (inciso I) ou ainda conduzir veículo automotor com sinal identificador adulterado ou remarcado (inciso II). De igual maneira, na legislação especial, as ações de possuir, portar e manter sob sua guarda arma de fogo, da posse irregular e porte ilegal dos artigos 12 e 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei Federal nº 10.826/2003), assim como os verbos trazer consigo, guardar e ter em depósito drogas, no porte para consumo pessoal e de comércio de substâncias ilícitas dos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas (Lei Federal nº 11.343/2006), a conduta típica de ocultar bens, direitos e valores provenientes de infração penal do artigo 1º da Lei da Lavagem de Capitais (Lei Federal nº 9.613/1998), e ainda a ação de promover ou constituir organização criminal do artigo 2º da Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei Federal nº 12.850/2013).

Sobre a flagrância delitiva nas hipóteses de crimes permanentes, assim exemplifica Aury Lopes Junior¹⁷:

Em todos esses casos a consumação se prolonga no tempo, fazendo com que exista um estado de flagrância igualmente prolongado. Enquanto durar a permanência, pode o agente ser preso em flagrante delito, pois considera-se que o agente “está cometendo a infração penal”, nos termos em que prevê o inciso I do art. 302.

Assim, a descoberta de um cadáver “ocultado”, ou de bens e valores (no caso de delito de lavagem), autoriza a prisão em flagrante do agente, pois é como se o crime estivesse sendo praticado naquele momento.

Da mesma forma, enquanto o agente tiver em depósito ou guardar drogas para entregar a consumo ou fornecer (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) haverá uma situação de flagrante permanente.

Não se olvida da existência de delitos que, embora em princípio sejam de consumação imediata (crimes instantâneos ou de estado)¹⁸, em especial aqueles de cunho patrimonial, em algumas circunstâncias a jurisprudência já reconheceu que podem ser considerados permanentes, como ocorre no estelionato praticado contra a Previdência, tipificado no artigo 171, com causa de

17. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 606-607.

18. MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 196.

aumento do § 3º, do Código Penal, consoante se observa na ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça¹⁹:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA PREVIDÊNCIA SOCIAL POR EX-PRESIDIÁRIO. CRIME PERMANENTE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. O recebimento indevido de benefício, obtido mediante fraude praticada por ex-presidiário, configura **crime permanente**, não se exaurindo o seu iter apenas no momento da sua concessão, pois **se renova toda vez que o agente se apresenta perante a Previdência para novos recebimentos**. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos (grifamos).

Já os denominados **crimes habituais** são aqueles que a caracterização depende de uma **reiteração de atos**²⁰, e que, como exemplos, costumam ser citadas as figuras penais de *nomen iuris* “casa de prostituição” (CP, art. 229), o rufianismo (CP, art. 230), o exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (CP, art. 284), o curandeirismo (CP, art. 284)²¹ e o novo delito de perseguição (CP, art. 147-A), inserido pela Lei Federal nº 14.132, de 31 de março de 2021, que também revogou a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (Decreto-lei nº 3.688/1941, art. 65).

A nova figura penal do artigo 147-A do Código Penal criminaliza a prática do denominado *stalking*²², com a seguinte redação:

Perseguir alguém, **reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica**, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou **perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade**.

Pena – reclusão, de 6 meses a 2 anos, e multa.

19. STJ, RE nº 1.235.529/RS, Min. Rel. Moura Ribeiro, j. 27/08/2014.

20. SUMARIVA, Paulo. *Direito penal – parte geral*. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2016, p. 14.

21. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 286-287.

22. O termo inglês *stalking* designa forma de violência na qual o sujeito repetidamente invade a esfera de privacidade da vítima, mediante emprego de táticas de perseguição persistente, tais como ligações telefônicas, envio de mensagens em aplicativos ou endereços eletrônicos, publicações em páginas em redes sociais, remessa de presentes, espera em lugares frequentados pela vítima, prática de constrangimentos públicos direcionados, menoscabo, desprezo ou xingamentos e gritarias, entre outros abusos, resultando dano à integridade psicológica, restrição à sua liberdade de locomoção ou lesão à sua reputação, motivados por erotomania, violência doméstica, inveja, vingança ou ódio e, quando perpetrado por meio virtual, costuma ser chamado de *cyberstalking*. ALONSO, Nathalia. A teoria das janelas quebradas e a violência doméstica. In: IBRAHIM, Francini Imene Dias; BELIATO, Araceli Martins (Org.) *Direito policial: temas atuais*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 373-394; COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. *Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. Consultor jurídico*, São Paulo, 6 abr. 2021; LESSA, Marcelo de Lima. Primeiras impressões sobre o novo crime de perseguição. *Jus Navigandi*, Teresina, abr.2021; GARCEZ, William. Lei 14.132/21: a tipificação do crime de perseguição (*stalking*). *Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2021.

§1º A pena é aumentada **de metade** se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou pessoa idosa;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2º-A do art. 121 deste Código (violência doméstica e familiar/menosprezo ou discriminação à mulher)²³;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§3º Somente se procede **mediante representação** (grifamos).

Trata-se de infração penal cujo tipo expressamente reclama reiteração de atos e de ação penal condicionada à representação da vítima ou de seu representante²⁴.

Discute a doutrina acerca da possibilidade de prisão em flagrante delito nos crimes habituais, sobretudo por reclamar o desempenho reiterado de condutas para a configuração de tais infrações penais.

Uma primeira corrente argumenta que não cabe a custódia extrajudicial na medida em que a habitualidade não seria compatível com o estado flagrancial de um ato isolado, porquanto insuficiente para abranger o conjunto de atitudes repetidas para a configuração do delito habitual. Para essa posição, deve ser instaurado inquérito policial via portaria para apuração dos fatos e obtenção dos elementos que demonstrem a habitualidade, e a percepção da conduta única seria um indiferente penal, que não admite a forma tentada²⁵.

A segunda corrente defende que basta a configuração da tentativa punível de um crime habitual, ainda que uma única vez, acompanhada de elementos que indiquem a intenção de reiteração da conduta ilícita, para admitir a prisão em flagrante em tais infrações penais²⁶.

23. Anota-se que §2º-A do art. 121 foi revogado pela Lei nº 14.994/2024, diploma que inseriu o feminicídio como delito autônomo no artigo 121-A do Código Penal, e incluiu a consideração legal de que há razões da condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher no atual §1º do artigo 121-A do Estatuto Criminal. Logo, o legislador esqueceu de atualizar a redação do inciso II do §1º do artigo 147-A ora comentado.

24. O tipo penal do novo delito reprime a restrição da capacidade de locomoção e a invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade da vítima. Restringir a capacidade de locomoção não equivale a privar alguém dessa capacidade, de modo que simples limitações são suficientes, como na conduta de postar-se diante residência da vítima, a fim de importuná-la tão logo alcance a via pública. De igual sorte, invadir ou perturbar a esfera de liberdade são expressões imprecisas, afetas a outras liberdades que não a de locomoção, tratada em apartado pela norma, tais como a liberdade religiosa e a de manifestação do pensamento. GILABERTE, Bruno. Crime de perseguição (art. 147-A, CP): análise preliminar. *Jusbrasil*, mar. 2021.

25. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 727.

26. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de direito processual penal*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 318; ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação: teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 287.

Por sua vez, no chamado **crime continuado** ou **continuidade delitiva**²⁷, consiste na verdade em medida de política criminal e ficção jurídica prevista no artigo 71 do Código Penal, destinada a casos de concurso de infrações penais, quando o agente, por meio de duas ou mais condutas, comete dois ou mais delitos da mesma espécie e, pelas condições de tempo, modo de execução e outras semelhantes, os subsequentes são havidos como continuação do primeiro crime, aplicando a pena de um dos crimes, aumentada²⁸.

Nota-se que, presente um dos requisitos temporais da prisão flagrancial, consubstanciados nas situações típicas do artigo 302 do CPP, não há óbice para a decretação da custódia extrajudicial do sujeito surpreendido na prática de um dos fatos delituosos integrantes da série de delitos que posteriormente será considerada a título de continuidade delitiva, na aplicação da reprimenda penal.

6.5.1 Crimes permanentes e a inviolabilidade domiciliar: justa causa provável ou visibilidade provável prévia

A inviolabilidade do domicílio recebe especial tutela constitucional no inciso XI do artigo 5º da Lei Maior, que preceitua que “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”.

Como se observa, dentre as exceções arroladas pela Constituição Federal à regra da inviolabilidade domiciliar, encontra-se justamente a flagrância delitiva, razão pela qual o ingresso em residência para interromper prática criminosa em estado flagrancial consubstancia causa excludente de ilicitude dos crimes de violação de domicílio (CP, art. 150, § 3º, inciso II) e de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019, art. 22, § 2º).

27. MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 749-750.

28. CP, Art. 71: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”.

Presente o estado flagrancial, a Lei Maior autoriza o ingresso em uma casa, independentemente do horário e de ordem judicial. A principal controvérsia consiste na precedente avaliação sobre a situação de flagrância delituosa, vale dizer, no nível de evidência da prática de ilícito penal em flagrante.

Sobre o tema, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro assim sintetiza os posicionamentos existentes²⁹:

Polêmica existe não quanto à possibilidade da entrada na casa em situação flagrancial, mas no grau de certeza de que o crime está ocorrendo. Nesse ponto, há basicamente 3 correntes:

- a) é preciso que o policial tenha certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública; trata-se de **juízo de certeza**;
- b) não se exige que o policial possa enxergar o crime acontecendo dentro da residência, mas fundadas razões de que há uma situação flagrancial, com lastro em circunstâncias objetivas, ou seja, demonstração por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica); cuida-se de **juízo de probabilidade**, demonstrado por **elemento externo objetivo**;
- c) é dispensável do policial a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado em vagas suspeitas de que crime está ocorrendo no interior da casa, com base na mera intuição pessoal; trata-se de **juízo de possibilidade**, aferível por **elemento interno subjetivo** (grifamos).

A posição intermediária (**juízo de probabilidade por elemento externo objetivo**), conhecida como **justa causa provável** ou **visível**, exige um mínimo de conhecimento antecipado por meio de substratos concretos e verossímeis de que há prática delitiva em estado flagrancial no interior da residência, denominada **visibilidade provável prévia ou palpável** por Ruchester Marreiros Barbosa, sob os seguintes argumentos para o ingresso legítimo em domicílio³⁰:

Tais critérios de conhecimento prévio são aqueles que levariam uma pessoa em circunstâncias razoáveis (não se exige certeza absoluta) a crer que precisaria agir imediatamente para prevenir um mal a alguém ou fazer cessar um crime em andamento, pelo qual tomou conhecimento e faz com que o agente creia

29. CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Prisão em flagrante no domicílio possui limites. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jul. 2017.

30. BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e apreensão e a justa causa visível ou provável. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 143-144.

que está em curso, ainda que posteriormente se constate o contrário, sendo plenamente possível a hipótese de estrito cumprimento do dever legal putativo.

Até mesmo esta discriminante putativa, para que se leve a efeito, o agente público precisaria tomar conhecimento de circunstâncias tais que se existissem o fariam crer estar um crime em curso, e que, portanto, precisaria ingressar na casa.

Destas premissas, chegamos à conclusão que é necessário um **elemento concreto** que denominamos de **visibilidade provável prévia** ou **palpável** para a decisão do ingresso ou não na casa (grifamos).

No campo jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do pleno e em sede de repercussão geral, adotou entendimento nessa senda, de que a entrada forçada em domicílio sem ordem judicial só é lícita quando escorada em fundadas razões indicativas da situação de flagrância delitiva no interior da residência, devida e posteriormente justificadas para moderação pelo Poder Judiciário³¹:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. **Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente.** Possibilidade. **A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.** 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. **Controle judicial a posteriori.** Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. **Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente.** A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17, 1). **O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico.** Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. **Justa causa.** A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação

31. STF, RE nº 603.616-RO, Plenário, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 05/11/2015.

de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. **Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. **Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.** 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso (grifamos).

Já o Superior Tribunal de Justiça, em decisão da 6ª Turma que considerou como referência o citado julgado da Corte Suprema brasileira, negou provimento a Recurso Especial e manteve decisão absolutória do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que considerara ilícito ingresso em domicílio baseado em mera intuição, com vaga suspeita desprovida de elementos concretos, conforme trecho de decisão ora colacionado³²:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. FLAGRANTE. **DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DA ACUSADA. RECURSO NÃO PROVIDO.**

(...)

4. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de **fundadas razões (justa causa)** que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. **É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.**

(..)

9. **A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a**

32. STJ, RE nº 1.558.004/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 31/08/2017.

situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

(...)

13. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pela recorrida, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, isoladamente, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.

14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, **não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio.** Assim, como decorrência da **Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio da recorrida, de 11 pedras de crack –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.**

15. Recurso especial não provido (grifamos).

De outra banda, a mesma 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o forte odor exalado pela droga “maconha”, associado ao comportamento nervoso do suspeito, seriam suficientes para o juízo de probabilidade, vale dizer, ensejam a **justa causa provável** ou a **visibilidade provável prévia** em delitos de ação permanente da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que criminaliza o comércio de substâncias pela política proibicionista vigente, como se observa na ementa abaixo reproduzida³³:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE ILEGALIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **CRIME PERMANENTE. FORTE ODORE DE MACONHA. NERVOSISMO DO PACIENTE. RAZÃO PARA REALIZAR A BUSCA NO IMÓVEL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA.** MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE 667 PORÇÕES DE CRACK (286,14 G), 1.605 INVÓLUCROS DE MACONHA (6.731,81 G), 1.244 INVÓLUCROS DE COCAÍNA (1.533,23 G) E 35 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME.

33. STJ, AgRg no HC nº 423.838/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, DJe 19/02/2018.

1. Consta nos autos que os policiais perceberam o nervosismo do paciente e que ao chegarem à residência, já sentiram um forte odor de maconha, razão pela qual fizeram a busca dentro da residência.
2. Agravo regimental improvido (grifamos).

Já a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, também invocando a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, reputou que a fuga isolada do suspeito seria insuficiente para denotar a justa causa provável ou visível, sendo imprescindível a promoção de diligências prévias³⁴:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TEMA 280/STF. **FUGA ISOLADA DO SUSPEITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DE PROVAS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

1. No RE nº 603.616/Tema 280/STF, a Suprema Corte asseverou que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF).

2. Apesar de se verificar precedentes desta Quinta Turma em sentido contrário, entende-se mais adequado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento que exige a **prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas** (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”).

4. Recurso em habeas corpus provido para que sejam declaradas ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal n.o 0006327-46.2015.8.26.0224, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP (grifamos).

Também com o condão de tutelar a inviolabilidade do domicílio, a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), assim estabelece em seu artigo 22:

Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à **revelia da vontade do ocupante**, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou **fora das condições estabelecidas em lei**:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

34. STJ, RHC nº 89.853/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 02/03/2020.

I – **coage alguém**, mediante violência ou grave ameaça, **a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências**;

II – (VETADO);

III – cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º **Não haverá crime** se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver **fundados indícios** que indiquem a necessidade do ingresso em razão de **situação de flagrante delito** ou de desastre (grifamos).

Assinala-se que a expressão “imóvel alheio” empregada no dispositivo admite interpretação mais ampla que o vocábulo “casa”, adotado no Código Penal (CP, art. 150) e na Lei Maior (CF, art. 5º, XI), de modo a abranger, na linha do artigo 79 do Código Civil (Lei Federal nº 10.406/2002), qualquer edificação, desde o solo, até construções não abertas ao público³⁵.

Já as figuras equiparadas, dos incisos do § 1º do artigo 22 da nova lei, criminalizam as condutas de quem coage, mediante violência ou grave ameaça, pessoa a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências bem como daquele que executa mandado de busca domiciliar após as 21 ou antes das 5 horas.

Em relação ao **prévio consentimento do morador** para a entrada em domicílio, cuja obtenção via coação pode ensejar a figura equiparada do colacionado inciso I, do § 1º, do artigo 22 da Lei nº 13.869/2019, a 6ª Turma do STJ assinalou ser ônus do Poder Público comprovar a **voluntariedade** do consentimento e salientou a relevância de formalização da diligência, acompanhada de registro audiovisual³⁶:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. **INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.**

35. CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2019, p.195-196; MOREIRA FILHO, Guaracy (Coord.); AZEVEDO, André Boiani e [et al]. *Nova lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. São Paulo: Rideel, 2019, p.74-76.

36. STJ, HC nº 598.051/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 02/03/2021.