

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 142

abril/junho – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Questões controvertidas: da resistência e da desobediência em face do flagrante delito facultativo e do favorecimento pessoal na prisão em domicílio

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas e
Carlos Maria Gambaro

Sumário

1. Introdução. 2. Da resistência. 3. Da desobediência. 4. Do favorecimento pessoal. 5. Questões controvertidas. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Os delitos de resistência (CP, art. 329), desobediência (CP, art. 330) e favorecimento pessoal (CP, art. 348) mostram-se, à primeira vista, simples, e os fatos que os configuram, de fácil percepção e enquadramento no tipo penal. Contudo, certas situações se colocam no dia-a-dia que fogem às trivialidades da lei, colocando o jurista, e, principalmente, o juiz e o advogado em contato com situações anômalas, ou controvertidas.

No presente artigo, ponderar-se-á exatamente sobre essas situações que, a despeito de serem raras, não são de todo impossíveis.

Inicialmente se discutirá a respeito da configuração ou não dos delitos de resistência e desobediência nos casos de prisão em flagrante quando esta é realizada por particular. Em um segundo momento, teceremos considerações sobre os direitos do morador que alberga indivíduo procurado pela polícia, analisando se o impedimento à entrada da polícia em sua moradia configuraria o crime de favorecimento pessoal.

Antes de mais nada, porém, verifica-se a necessidade de se proceder a um estudo prévio de alguns aspectos dos delitos acima elencados, seus elementos e requisitos de configuração, para somente então enfrentar

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas é professora assistente da FHDSS – Unesp, doutoranda em Direito pela FHDSS – Unesp.

Carlos Maria Gambaro é mestrando em Direito Internacional pela FHDSS – Unesp.

as situações as quais nos propusemos a tratar, uma vez que a consumação, ou não, dos mesmos está diretamente ligada aos eventos, ações, circunstâncias e fatos ideados.

Desde já, esclarece-se que não se deseja esgotar as questões tratadas, mas apenas contribuir para o enriquecimento jurídico do estudo penal.

2. Da resistência

O art. 329 do Código Penal dispõe a respeito do delito:

“Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

...”

Esse artigo protege diretamente a autoridade e o prestígio da função pública, indispensáveis à liberdade de ação do poder estatal e à execução da própria vontade, e secundariamente a própria Administração Pública.

Sujeito ativo desse delito pode ser qualquer pessoa que se oponha à execução do ato legal, não importando seja exatamente aquela contra a qual se dirige a atuação do agente público, podendo responder pelo delito um terceiro. É o que ocorre no caso em que os “amigos” do interpelado pela autoridade pública procuram frustrar sua diligência.

Sujeitos passivos serão o Estado e, ao seu lado, o agente ou quem lhe presta auxílio para a execução do ato legal.

A conduta típica consiste em opor-se o sujeito à execução, por agente competente, de ato legal ou funcional.

Observa-se, portanto, que o delito somente se configura quando se dá a oposição a ato legal, de forma que, se o ato praticado pelo agente público for ilegal, não se pode falar em delito de resistência, sendo atípica a conduta. Essa legalidade deve ser tanto subs-

tancial, isto é, quanto à natureza do ato, não podendo contrariar as normas do Direito, nem violar as garantias fundamentais do indivíduo, como também formal, ou seja, deve seguir à risca todas as formalidades impostas pela lei para a execução válida do ato.

Outro requisito para a configuração do delito em estudo é que o funcionário que realiza o ato deve ser competente para a prática do mesmo, dando-se a atipicidade caso este não tenha atribuição ou competência para sua execução¹.

A violência a que se refere o artigo é aquela cometida contra a pessoa, não tipificando a conduta a violência voltada a coisa². Inexiste esse delito, portanto, quando, p. ex., alguém, notificado por oficial de justiça, amassa ou rasga a contrafé oferecida na frente deste³. Além disso, a resistência passiva tampouco tipifica o ato⁴, pois a atitude do sujeito ativo do delito deve ser atuante e positiva. Para que se configure crime, a resistência deve ser ativa, traduzindo-se na violência física (*vis corporalis*) voltada ao agente público que pratica o ato ou ao seu auxiliar. Por outro lado, a resistência passiva pode caracterizar o delito de desobediência.

O caput do art. 329 fala também em ameaça a funcionário, a qual, ao lado da violência, constitui-se elemento que deverá ser analisado objetivamente quando da verificação da ocorrência do delito.

“Ao contrário de outros tipos penais, aqui não se exige que a ameaça [*vis compulsiva*] seja grave, bastando que se prenuncie à vítima a prática de um mal. Pode ela ser feita por escrito ou verbalmente. Dessa forma, conforme o meio executivo, não se exige a presença do funcionário (p. ex.: ameaça por bilhete)”⁵.

A resistência deve ser contemporânea ao ato do funcionário público, não se caracterizando o delito se esta for anterior ou posterior ao mesmo.

O uso de palavras ultrajantes, palavras de baixo calão, a negativa em acompanhar o policial, em abrir a porta para o ingresso

de policiais, esperneio no momento da execução do ato, fuga⁶ ou outros casos de indisciplina não têm sido entendidos como configuradores da resistência, uma vez que, nessas horas, o sentimento de liberdade é colocado em perigo, o que torna o indivíduo mais irascível⁷. Contudo, pode caracterizar os delitos de desacato ou desobediência.

Além do agente, funcionário público, pode ser sujeito passivo do delito de resistência o terceiro particular que auxilia o primeiro na execução do ato.

O dolo constitui o elemento subjetivo do delito. Este deve ser tanto o denominado dolo genérico, que é a vontade livre e consciente de agir de forma contrária ao Ordenamento Jurídico como um todo, no caso em tela, vontade livre e consciente de empregar violência contra funcionário público ou terceiro, ou ameaçá-los, como o dolo específico, ou seja, impedir a realização do ato funcional. Sem a presença deste último, fica descharacterizada a resistência.

A resistência é um crime formal, o que implica a não-necessidade de que o agente consiga alcançar o resultado pretendido, qual seja, a não-realização (execução) do ato legal para sua configuração. Ela se caracteriza com a simples prática da violência ou ameaça, e, caso o agente público deixe de executar o ato legal, responderá o responsável pelo delito em sua forma qualificada.

3. Da desobediência

O art. 330 do Código Penal regula esse delito nos seguintes termos:

“Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

Inserido no Título XI – Dos crimes contra a Administração Pública, no “Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, esse artigo tem por objeto de tutela a Administração Pública, assegurando “o prestígio e a dignidade da máquina estatal administrativa, no que diz respeito ao cumprimento de deter-

minações legais expedidas por funcionário público”⁸.

Tratando-se de crime comum, qualquer do povo poderá ser seu sujeito ativo. Sendo funcionário público⁹, deve o objeto da ordem desobedecida não estar ligado às suas atribuições como funcionário, pois, nesse caso, poderá haver a configuração do delito de prevaricação (Código Penal, art. 319).

Por sujeito passivo, deve-se entender, primeiramente, o Estado, titular da Administração Pública e, secundariamente, o funcionário do qual emanou a ordem.

O ofendido deve ser funcionário competente para emitir ordem legal, ou seja, funcionário cujo conceito é dado pelo direito administrativo, não tendo agora aplicação o art. 327 do Código Penal¹⁰, lembrando-se que, para o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, atualizada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, art. 2º), “servidor é pessoa legalmente investida em cargo público”, sendo este criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres públicos. Ainda nesse sentido, Néelson Hungria¹¹ afirma que o sujeito passivo, isto é, o expedidor ou executor da ordem, há de ser funcionário público, mas este, na espécie, entende-se aquele que o é no estrito sentido do Direito Administrativo, já que o critério ampliativo do art. 327 do Código Penal somente diz respeito ao funcionário como sujeito ativo de delito *intra officium*, e não para os casos em que figura no pólo passivo.

A doutrina, por outro lado, criou a figura do *agente público de fato*¹², o qual, em determinados casos extremos (incêndios, guerras, calamidades públicas, epidemias, enchentes, prisão de criminoso etc.), investisse temporariamente dos poderes e prerrogativas da Administração Pública para realizar o ato que caberia ao funcionário público *strictu sensu*.

Como se observa, esse agente de fato não é investido de acordo com as formalidades exigidas para o preenchimento do cargo pú-

blico; ele não possui vínculo laboral com a Administração Pública (ou qualquer outra instituição concessionária de serviço público) e tampouco recebe dos cofres públicos. Dessa forma, não se poderia considerá-lo um servidor público na acepção formal da palavra, tendo em vista que o formalismo adquire importância superlativa no campo administrativo. Ao que parece, essa definição foi criada pelos teóricos administrativistas como forma de enquadrar esse indivíduo que age nos momentos de exasperação em alguma categoria jurídica, determinando-lhe, por conseguinte, a natureza jurídica, tornando mais fácil a compreensão acadêmica dessa figura.

Nada obstante contra a classificação adotada pelo ramo administrativo, ela, contudo, não pode ser aplicada no âmbito penal, cujos conceitos e definições são mais restritos e precisos. Dessa maneira, não se pode utilizar essa classificação doutrinária de um dos ramos do Direito para conferir poderes a alguém, capaz de interferir de forma negativa no âmbito jurídico de terceiros. Em outras palavras, o entendimento de funcionário público no ramo penal deve ser feito o mais restritivamente possível, toda vez que venha a causar, de qualquer modo, grave à pessoa. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica da norma será sempre restrita e exaustiva¹³.

Não basta, portanto, que a ordem seja legal no sentido formal e material, ela deve ser expedida por funcionário público, devidamente investido na função, dentro de suas atribuições e com observância das determinações legais, sendo atípico, por exemplo, deixar de atender voz de prisão emitida por funcionário de autarquia. Aqui a ordem emana de funcionário público *strictu sensu*, mas este não tem, entre suas funções, a prerrogativa de prender alguém.

O comportamento tipificado se verifica no verbo núcleo do artigo desobedecer, isto é, desatender, não cumprir.

Além disso, essa desobediência deve estar ligada a uma *ordem legal*, não bastan-

do para caracterizar o crime a desatenção a simples pedido ou solicitação, ou, ainda, se ilegal tal ordem. Essa ordem deve ser direta¹⁴ e dirigida expressamente ao destinatário, isto é, a quem tenha o dever jurídico de obedecê-la, sob forma verbal ou escrita¹⁵.

Ocorre, contudo, tratar-se o art. 330 de uma norma penal em branco, uma vez que o preceito foi somente emanado em parte, necessitando de norma futura que o complete e esclareça. O dispositivo diz, apenas, “desobedecer a ordem legal”, mas não determina qual seja essa ordem. É preceito que encerra disposição vaga que será completada por disposição futura, constante de outra norma, regulamento ou ainda em face do caso concreto.

A desobediência, delito de mera conduta que é, pode dar-se de forma comissiva ou omissiva, dependendo do conteúdo da ordem, se positiva ou negativa; isto é, se a ordem exige que se faça algo, a desobediência dar-se-á com o não-cumprimento desta; de outro lado, se a ordem proíbe alguma prática, o crime se caracteriza com a prática do ato.

O dolo, nesse caso, é o chamado genérico¹⁶. Assim, o agente deve ter a vontade livre e consciente de desobedecer à ordem do funcionário público¹⁷, desde que saiba e reconheça a legalidade¹⁸ da mesma, além da obrigatoriedade de seu cumprimento¹⁹.

Importante nesse ponto é diferenciar o delito de *resistência* do de *desobediência*, uma vez que ambos possuem características bem próximas. Na resistência, o crime é cometido por meio de ato de violência e de ameaça, enquanto na desobediência ele se reveste de uma resistência passiva, apenas deixa-se de fazer, sem qualquer violência ou ameaça²⁰.

4. Do favorecimento pessoal

O art. 348 do Código Penal dispõe:

“Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

...

§ 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”.

O bem jurídico tutelado por esse dispositivo é a administração da justiça, impondo-se o dever de o sujeito não colocar obstáculos à ação judiciária em sua cruzada contra a criminalidade.

O sujeito ativo desse delito pode ser qualquer pessoa, exceto o co-autor ou o partícipe de crime anterior, desde que a este seja cominada pena de reclusão. Dessa forma, se o indivíduo prometeu auxílio ao criminoso, antes ou durante a prática do delito punido com reclusão, ele não poderá ser incurso no delito tipificado no art. 348, pois se tratará de partícipe daquele. Para que se configure o favorecimento pessoal, o auxílio deve ser prestado somente após a prática delitiva.

Em lição de Damásio Evangelista de Jesus,

“não há auto-favorecimento. No concurso de agentes, se o partícipe prestar auxílio aos outros, beneficiando-se também, não responde por este delito. Somente há crime quando beneficiar apenas os comparsas”²¹.

Pune-se a conduta de quem auxilia, favorece, autor de crime²² – doloso, culposo ou preterdoloso; consumado ou tentado – a subtrair-se, isto é, escapar, esquivar-se à ação da autoridade pública, por meio do emprego de meios para fuga, promovendo o engano da polícia, ocultando o autor do delito, proporcionando asilo etc. Não existe favorecimento pessoal no auxílio ao autor de ilícito contravençional.

Não há que se falar em favorecimento pessoal se no delito principal houve

“extinção da punibilidade, exclusão da ilicitude, irresponsabilidade ou inimputabilidade penal, imunidade penal absoluta. Igualmente, se o crime precedente for de ação privada e não houver queixa, ou sendo a ação pública condicionada à representação

ou requisição ministerial, estas não forem oferecidas”²³.

O dolo, nesse delito, é o genérico, auxiliando criminoso, buscando livrá-lo da atuação da autoridade pública²⁴. O indivíduo que auxilia deve ter conhecimento, mesmo que superficial, de que o auxiliado é autor de crime. Não havendo esse conhecimento, excluído estará o dolo, sendo que, de acordo com a doutrina, a dúvida caracteriza dolo eventual.

“O crime consuma-se no momento em que o beneficiado, em razão do auxílio do sujeito, consegue subtrair-se, ainda que por breves instantes, da ação da autoridade pública”²⁵. Não é necessário, portanto, que seja definitiva a subtração do favorecido à ação de autoridade pública, basta o retardamento, ainda que breve, da captura ou retenção. Trata-se de delito comissivo, sendo impossível a prática por omissão.

Tendo em atenção os laços de especial afeto que ligam os membros de uma mesma família, o legislador viu por bem isentar de pena o sujeito ativo que se enquadre em alguma das situações previstas no § 2º do referido artigo. Tal enumeração, contudo, é taxativa, não podendo ser ampliada ao parentesco afim.

Para que se configure o delito de favorecimento pessoal, é irrelevante a existência, ou não, de prisão em flagrante, prisão preventiva decretada, perseguição ou procura ao criminoso, uma vez que a conduta descrita no delito do art. 348 procura exatamente impedir a ocorrência dessas conseqüências.

5. *Questões controvertidas*

Uma vez traçadas as considerações gerais acerca desses delitos que, eventualmente, podem ocorrer nas espécies de situações a que nos propusemos tratar e estudados os elementos que auxiliarão na resolução das questões apresentadas, pode-se, finalmente, enfrentar tais problemas de forma mais clara.

As situações a seguir apresentadas

buscam esclarecer pontos controvertidos em relação à configuração, ou não, dos delitos em estudo, por meio da aplicação da teoria a supostos fatos reais, em que se confrontarão os direitos assegurados e restrições impostas pelo Direito, quando envolvem particulares, utilizando-se, para tanto, o método analítico.

I – Negativa à ordem de prisão em flagrante por particular

A primeira situação a ser analisada busca verificar a ocorrência dos delitos de resistência ou desobediência, na hipótese de, sendo o agente delituoso surpreendido em flagrante por particular que lhe dá voz de prisão, negar-se a acompanhá-lo, de modo ativo ou passivo.

A prisão em flagrante inclui-se entre as prisões cautelares de natureza processual. É uma espécie de autodefesa do próprio ordenamento jurídico.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho²⁶,

“A prisão em flagrante, a rigor, é mero ato administrativo, levado a cabo, grosso modo, pela Polícia Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Mesmo quando levada a cabo por particulares ou pelo próprio Juiz, não perde o caráter de ato administrativo”.

Dispõe o art. 301 do Código de Processo Penal que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Existe, portanto, a possibilidade, franqueada pela lei, de que qualquer do povo capture alguém em flagrante delito.

“Trata-se de um caso especial de *exercício de função pública transitória exercida por particular*, em caráter facultativo e, portanto, de exercício regular de direito. Embora a lei não seja expressa, admite-se que o particular, autor da prisão, que pode ser o ofendido, possa apreender coisas em

poder do preso desde que relacionadas com a prova do crime e da autoria”²⁷ (grifo nosso).

Trata-se do *flagrante facultativo*, pois o particular tem a faculdade de, em querendo, proceder à prisão em flagrante; diferente dos agentes públicos, os quais têm o dever de prender, sob pena de responderem administrativa e penalmente por sua omissão. Por outro lado, o particular que se omite à prática do flagrante não estará submetido a nenhum tipo de sanção, uma vez que não é função primordial deste zelar, de forma ostensiva e direta, pela obediência aos preceitos da Administração Pública.

O art. 329 do Código Penal tipifica a resistência procurando proteger o bem jurídico *autoridade e prestígio da função pública*, indispensáveis à liberdade de ação do poder estatal e à execução da própria vontade, e, secundariamente, a própria Administração Pública. Assim sendo, observa-se que essa autoridade e prestígio da função pública dizem respeito apenas aos atos de funcionários públicos *strictu sensu*, pois, quando é o particular que realiza a prisão, não está ele impondo respeito àqueles, já que ele próprio, particular, não possui tais prerrogativas. Na verdade, o particular, ao dar a voz de prisão, está agindo de acordo com os desígnios da Administração Pública, quais sejam, procurar fazer com que todo aquele que pratica crime responda por seus atos perante o Poder Judiciário. Mas, ao agir assim, não incorpora ele as prerrogativas próprias do funcionário público devidamente investido, segundo a lei.

Ademais, o art. 329 é claro ao dispor que cometerá o delito de resistência aquele que se insurgir contra o funcionário público ou seu auxiliar, particular, mas que não age de forma autônoma, apenas ajuda o executor público em sua tarefa. Quem dirige o ato aqui é o agente público devidamente investido em suas funções, exercendo o particular simples papel de colaborador. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras dos célebres Alberto Silva Franco, José Silva Júnior,

Luiz Carlos Betanho, Rui Stoco, Sebastião Oscar Feltrin, Vicente Celso da Rocha Guastini e Wilson Ninno²⁸, ao afirmarem que

“é também sujeito passivo, ainda expressamente dito pela lei, o terceiro que auxilia o funcionário na execução do ato legal. Pouco importa a maneira por que foi dada a ajuda (pedido do funcionário, requisição, *oferecimento com aceitação dele* etc.). É necessário, entretanto, que sua ação seja supletiva, isto é, junte-se à do funcionário; ao contrário, se for *única e exclusiva* (como a do particular que prende em flagrante delito – Código de Processo Penal, art. 301), a oposição a ela não configurará o delito em questão, mas outro, pois não é feita contra *ato legal de funcionário*. Não há delicto contra a Administração Pública (E. Magalhães Noronha, Direito Penal, 8^ª ed., vol 4^º/318, Saraiva, 1976).

Sobre o assunto, esclarece Néelson Hungria que outro dos pressupostos do crime é que o sujeito passivo revista a qualidade de funcionário público ou de assistente deste. Pouco importa que o executor do ato seja titular primário ou secundário da autoridade pública: o que é essencial é que tenha competência funcional in concreto. A especial proteção ampliada ao estrangeiro que presta auxílio ao funcionário vem de que tal assistente representa um desdobramento, um delegado ou uma ‘longa manus’ do assistido. A assistência pode ser prestada mediante requisição ou a rogo do funcionário, ou espontaneamente (*com assentimento do funcionário*); e pressupõe a presença do assistido. Assim, não é adequado sujeito passivo de resistência o ‘quidam de populo’ que, por sua conta exclusiva, prende alguém surpreendido em flagrante delito. Sem dúvida, estará ele exercendo uma função pública, mas a regra do art. 327, como já foi acentuado, somente se

aplica quando o exercente de função pública se faz, em tal qualidade (isto é, ‘*intra officium*’), sujeito ativo do crime. Em tal caso, a violência física ou coação moral empregada em resistência terá enquadramento fora da órbita dos crimes contra a Administração Pública” (grifo nosso).

Observa-se, pois, que todo o ato de particular deve estar jungido ao ato do funcionário público, sendo até mesmo necessária a aceitação por parte deste no caso em que o primeiro se oferece livremente para ajudá-lo, para que se tenha o indivíduo como *auxiliar* e potencial sujeito passivo do crime de resistência.

Poder-se-ia, por outro lado, argumentar que o agente privado, ao proceder à prisão em flagrante, estaria exercendo função pública, mesmo que transitoriamente, prerrogativa que lhe é dada pela própria lei, investindo-se, portanto, de todas as faculdades próprias do funcionário público competente para tal ato.

É bem verdade que o popular pode dar voz de prisão e até mesmo usar da força para conduzir o flagrado à presença da autoridade competente para conhecer do caso; contudo, essa maneira de agir não lhe é obrigatória, podendo este furtar-se à ação sem nenhuma conseqüência. O mesmo não se pode dizer do agente público, que está obrigado a agir. Afigure-se a situação em que existem vários agentes delituosos, cometendo crime no exato instante em que são flagrados por um particular; se este, vendo-se em menor número e situação desvantajosa, retirar-se sem nada fazer, não poderá ser responsabilizado. O mesmo não acontecerá, *v. g.*, com um policial, que, surpreendendo os criminosos e estando em menor número, terá, obrigatoriamente, de agir, seja procedendo à prisão em flagrante, seja tomando providências para que ela aconteça, sob pena de responder administrativa e penalmente por sua eventual omissão. São exatamente essas situações que o legislador procurou abranger, buscando desencorajar

ainda mais o criminoso que, uma vez surpreendido, mostra-se em situação de superioridade em face do agente público, o qual terá o dever de interpelar aquele, não importando quais sejam as circunstâncias da situação.

Além disso, como já frisado anteriormente, deve o intérprete da norma penal executar suas elucubrações tendo por paradigma o princípio de hermenêutica que determina não se poder interpretar, ou utilizar de analogias, extensivamente aquilo que for grave em relação à pessoa. Assim sendo, não é correto estender-se restrições e prejuízos, como a configuração de delitos, isto é, resistência ou desobediência, àqueles que agem contrariamente às ordens proferidas por particulares, quando investidos, ou melhor, auto-investidos, transitoriamente, na função pública. Aqui não cabe a figura do *agente público de fato*, pois esta, existente na doutrina administrativa, é simples classificação dada ao particular que age em situações extremas para evitar um mal maior em face da impossibilidade de atuação da Administração Pública no momento. O particular faz as vezes da Administração, uma vez que, sendo cidadão, deve também zelar pelo bem estar público; porém, essa atuação supletiva não lhe pode conferir direitos que se traduzam em prejuízos para terceiros, já que ninguém lhe deu legitimidade de agir, piorando a situação de seu igual, mas tão-somente para melhorá-la.

Quanto à *desobediência*, dispõe expressamente o art. 330 do Código Penal que se configura o delito quando o agente não acata, discorda por meio de gestos ou palavras, menospreza, *intencionalmente*, ordem legal provinda de *funcionário público competente*.

O ofendido deve ser, portanto, funcionário público competente para emitir ordem legal, ou seja, funcionário cujo conceito é dado pelo Direito Administrativo (Lei nº 8.112/90), não tendo agora aplicação o art. 327 do Código Penal.

Não basta, portanto, que a ordem seja legal no sentido formal e material, ela deve ser expedida por funcionário público, devidamente investido na função, dentro de suas atribuições e com observância das determinações legais.

Dessa forma, se o criminoso se recusa a acompanhar o particular que efetuou o flagrante, ele não estará cometendo crime em questão, já que a desobediência é a resistência passiva, ou seja, a simples negativa em obedecer, sem a utilização de violência.

Do exposto, verifica-se, assim, a impossibilidade de configuração dos delitos de resistência ou desobediência caso o flagrado se recuse a acompanhar o particular que efetuou o flagrante, mesmo que para tal utilize-se aquele de violência ou ameaças, no primeiro caso, ou simplesmente não acate a ordem proferida, no segundo.

É possível, contudo, a configuração de outros delitos como, *v. g.*, lesões corporais ou ameaça, tendo por sujeito passivo o particular.

II – Negativa do morador ao cumprimento de mandado judicial durante o dia

A segunda questão a ser abordada refere-se à configuração de delito quando o morador nega permissão à entrada da autoridade pública, na posse de mandado judicial ordenando prisão de indivíduo, ou em caso de perseguição, em virtude de flagrante, quando este vai abrigar-se durante o dia no domicílio daquele.

Antes de mais nada, vale lembrar que o conceito de domicílio no Direito Penal é diferente do conceito presente no Direito Civil. Neste, significa residência com ânimo de definitividade, local de irradiação de relações jurídicas. No Penal, por sua vez, em virtude do que estabelece o art. 150, § 4º, do Código Penal, a expressão casa, entendida como sinônimo de domicílio, compreende: qualquer compartimento habitado (inc. I); aposento ocupado de habitação coletiva (inc. II); compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (inc. III).

Dispõe a respeito o art. 293 do Código de Processo Penal:

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

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

Encontrando-se o perseguido já alojado dentro da residência, com o consentimento do morador²⁹, durante o dia, que a jurisprudência considera o período contido entre 6:00 e 18:00h, e este se recusando a permitir a entrada da autoridade pública, poder-se-á ter várias possibilidades:

a) caso o morador apenas negue permissão à entrada da autoridade competente, não lhe abrindo a porta, ou não oferecendo resistência quando esta a arromba e entra, atendidos os requisitos do art. 293 do Código de Processo Penal, não estará cometendo o delito de *resistência*, uma vez que este se traduz no emprego de força física ou ameaça, não sendo suficiente para caracterizá-lo a *resistência passiva*.

Quanto à *desobediência*, o delito já estará consumado antes mesmo do momento da entrada forçada da autoridade, pois esta, em sendo competente, já terá emanado a ordem diretamente àquele que está obrigado a obedecê-la, respondendo, então, o morador pelo delito.

Em relação ao *favorecimento pessoal*, há que se verificar se presentes os requisitos

exigidos para a consumação do crime. Inicialmente deve o asilado ter cometido delito anterior apenado com reclusão, do qual o morador não teve participação alguma; há que se verificar se não se operou extinção de punibilidade ou outras causas que venham a desnaturar a punibilidade do delito; finalmente, o morador deve ter conhecimento, mesmo que superficial, de que o auxiliado é autor de crime e o auxílio visar a subtração à ação da autoridade. Verifica-se, ainda, que, mesmo que caracterizado o delito, não sofrerá imposição alguma de pena o morador se auxiliar qualquer das pessoas descritas no § 2º do art. 348 do Código Penal.

b) se o morador, além de negar a permissão de entrada à autoridade policial, vier a agredi-la, física ou moralmente, ou a quem a estiver auxiliando quando esta adentrar a residência, desde que observados os requisitos do *caput* do art. 293, isto é, mandado judicial válido e presença de duas testemunhas, praticará o delito de *resistência*.

O crime de *desobediência*, nesse caso, ficará absorvido pela consumação do delito anterior – de *resistência*.

Quanto ao *favorecimento pessoal*, estará caracterizado o delito desde que presentes todos os pressupostos: anterioridade do crime principal sem a participação do morador, punibilidade do crime principal, conhecimento, por parte do morador, de que o auxiliado é criminoso e vontade de o auxiliar a subtrair-se à atuação pública.

Em qualquer dos casos acima, se a autoridade adentrar forçosamente a casa, sem haver preenchido previamente todos os requisitos exigidos pelo art. 293 do Código de Processo Penal, estará violando o domicílio, cometendo o crime de abuso de autoridade consistente em “executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (art. 4º, *a*, da Lei nº 4.898, de 9-12-65). O morador que se opuser à presença dela dentro da residência, mesmo mediante o uso de força física ou fazendo ameaças, não responderá por crime algum, pois estará

agindo no exercício regular do direito (Código Penal, art. 23, inc. III, 2ª parte), ao preservar a inviolabilidade de seu domicílio, previsto na Constituição Federal, art. 5º, inc. XI.

III – Negativa do morador ao cumprimento de mandado judicial, durante a noite

A última situação a ser analisada diz respeito ao cometimento de crime pelo morador que se nega a permitir a entrada da autoridade pública, em posse de mandado judicial ordenando prisão de indivíduo, ou em caso de perseguição, em virtude de flagrante, quando este vai se abrigar, durante a noite, dentro do domicílio daquele.

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 5º, inc. XI, 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” (grifo nosso).

Observa-se que o legislador Constitucional determinou taxativamente os eventos que permitem à autoridade pública adentrar uma casa sem consentimento de seu morador, restringindo ainda mais essa entrada no período noturno, que vai das 18:00h às 6:00h.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seu art. 293, *caput*, 2ª parte, afirma:

“... sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão”.

Verifica-se, pois, que é totalmente vedada a entrada da autoridade pública em qualquer casa, durante a noite, sem o consentimento do seu morador, ressalvadas as permissivas constitucionais (art. 5º, inc. XI), devendo este aguardar pelo dia seguinte, tomando todas as providências de modo a impedir a evasão do capturando durante a noite.

Em se opondo, portanto, o morador à

entrada do executor ou executores da ordem judicial, ou perseguidores do fugitivo surpreendido em flagrante, não poderão estes adentrar a residência e, se acaso o fizerem, estarão violando o domicílio, cometendo o crime de abuso de autoridade consistente em “executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (art. 4º, *a*, da Lei nº 4.898, de 9-12-65). Nesses casos, toda e qualquer oposição do morador, mesmo que violenta, não configurará delito algum, pois estará agindo ele no exercício regular do direito (Código Penal, art. 23, inc. III, 2ª parte), protegido pela Constituição Federal.

Contudo, não é facultado ao morador usar de violência excessiva. Sua ação deve-se restringir ao necessário para retirar de sua moradia o funcionário que age com abuso de poder. O próprio Código Penal refere-se ao exercício regular do direito. Não pode, a pretexto de exercer o direito de inviolabilidade de domicílio, causar lesões corporais graves ou gravíssimas, ou mesmo matar o executor da ordem judicial. Nesses casos, o morador deixaria de agir acobertado pela causa de exclusão da ilicitude, configurando-se o excesso púnivel³⁰, tipificado no parágrafo único do art. 23. Há uma flagrante desproporção entre os bens jurídicos tutelados, a inviolabilidade da casa, por um lado, e a integridade física ou a vida, de outro. Dessa forma, ao extrapolar os limites legais da excludente, o morador cria uma situação em que o funcionário poderá agir em situação de legítima defesa, afastando agressão que, a despeito de ser válida no início, acabou por se tornar injusta.

Levantou-se a possibilidade de que, pelo fato de a Constituição Federal e o Código de Processo Penal permitirem a entrada noturna em residência em caso de flagrante delito ou crime, estaria possibilitada “a entrada contra o consentimento do morador que estivesse auxiliando o capturando a subtrair-se à ação da autoridade, pela prática do ilícito penal previsto no artigo 348 (favorecimento pessoal). Entretanto, tal auxílio não é

ilícito, pois, nos termos do artigo 293 do Código de Processo Penal, não se permite a entrada à noite sem o consentimento do morador. A lei processual dilatou a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio mesmo que seja o caso de executar-se mandado de prisão. O morador, portanto, encontra-se no exercício regular de direito, que exclui a ilicitude do fato (art. 23, III, 2ª parte do Código Penal)³¹ (grifo nosso).

A nosso ver, houve uma imprecisão analítica por parte do ilustre professor Mirabete, pois o auxílio que configura o favorecimento pessoal é coisa distinta da faculdade de impedir o acesso noturno da autoridade ao interior da casa. O que o legislador constituinte procurou evitar foi a possibilidade de o capturando se manter, de forma forçada, no interior da residência ameaçando e pressionando o morador a não consentir com a entrada dos funcionários públicos, e não a negativa de permissão por sua livre vontade, mesmo que, a priori, esteja cometendo delito naquele exato instante. Mas o morador pode não querer, em momento algum, auxiliar o fugitivo a subtrair-se à ação da autoridade pública, podendo até mesmo querer que o autor do crime seja levado à justiça. Contudo, ele – morador – não admite a entrada do funcionário público em sua residência durante a noite, por quaisquer motivos que sejam. Nesses casos, o morador não está cometendo crime de favorecimento, pois não age dolosamente em favor do criminoso, apenas está exercendo o direito constitucional de ter respeitada a inviolabilidade de sua casa. Por outro lado, se o morador tiver o animus de auxiliar o delinqüente a subtrair-se à ação policial, sua conduta será típica. O problema que aqui se apresenta está ligado à prova das intenções do morador, porquanto, desde já, observa-se ser nitidamente de foro íntimo o diferencial que tipifica a conduta ou não, e sabe-se que a prova, nesses casos, é de dificultosa e duvidosa verificação.

6. Considerações finais

O flagrante facultativo tem-se tornado cada vez mais raro em nossa sociedade, devido, principalmente, ao armamento de que atualmente dispõem os criminosos. Restou esse poder de prisão relegado a apenas ser utilizado contra “trombadinhas” ou pungistas e, mesmo aqui, em número cada vez menor.

A questão é que, como o indivíduo não possui aparelhamento para lutar contra o poder de fogo dos delinqüentes, esse tipo de flagrante, ainda que, na maioria das vezes, efetivo, somente é utilizado para a repressão de delitos de menor ou ínfima monta, não contribuindo globalmente para a erradicação da violência. Um assaltante de bancos ou seqüestrador dificilmente será preso por um particular.

Mesmo assim, esse direito do particular é essencial para uma melhor administração da justiça e no auxílio ao já bastante desgastado setor de repressão da criminalidade e violência da Administração Pública.

Quanto à inviolabilidade do domicílio, ele é pilar fundamental para a construção de uma sociedade pacífica e segura. A proteção dada pela Carta Magna é de indubitável importância, pois coloca uma barreira de cunho social e íntimo à sede, muitas vezes válida, de cumprimento do dever por parte da força pública.

Um particular pode consentir que um criminoso permaneça em sua casa, proibindo a entrada da polícia, pelo menos durante a noite, e não cometer qualquer tipo de delito!

Esse poder de freiar a ação persecutória do Estado traz segurança aos lares de que estes não serão adentrados sem que exista uma permissão expressa, seja legal ou por parte de seu ocupante, e que, afora isso, toda e qualquer entrada forçada é invasão e violação, o que remonta às barbáries cometidas pelos regimes nazista, facista e militar.

O combate à violência e ao crime é um dos escopos do Estado Moderno; ele possui legitimidade para tal. Contudo, em uma pers-

pectiva social, tal poder-dever do Estado está voltado somente para atender os anseios do povo e seu bem-estar e, sob essa óptica, não pode vir a prejudicá-lo, ou causar-lhe temor e inquietação, na busca dessa finalidade. A casa é asilo inviolável para todos, um portal que somente se abre com autorização clara e expressa de seu ocupante ou da lei, e que assim continue.

Bibliografia

- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*, vol. IV, Editora Losada S/A, Buenos Aires, Argentina, 1961.
- BELTRÃO, Jorge. *Desacato, Resistência, Desobediência*, Editora Juriscredi Ltda., Minas Gerais, 1971.
- BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*, 3ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1986.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva; SILVA JR., José; BETHANHO, Luiz Carlos; STOCO, Rui; FELTRIN, Sebastião Oscar; GUASTINI, Vicente Celso da Rocha; NINNO, Wilson. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomo I, 5ª ed., Editora Max Limonad Ltda., São Paulo, 1980.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1990.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, vol. III, 3ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1987.
- _____. *Código de Processo Penal Interpretado*, 3ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1995.
- _____. *Processo Penal*, 5ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1992.
- PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- TEIXEIRA, Renildo do Carmo. *Da Prisão em Flagrante* – teoria, prática e jurisprudência, Editora de Direito, São Paulo, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*, 17ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

TUCCL, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

Revista dos Tribunais, 324/318, 370/269, 378/235 e 308, 382/87, 383/216, 396/303, 398/292, 418/249, 449/431, 462/376, 500/319, 518/350 e 347, 523/461, 551/311, 555/374, 671/321.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, nº 14, abril – junho, 1996.

Notas

¹ RF. 296/368 e RT 518/350.

² Em sentido contrário, entendendo que é típica a violência contra coisa: Nelson Hungria, in *Comentários ao Código Penal*, 1959, IX/412.

³ JTACrSP 20/59.

⁴ “Delito não caracterizado – Ausência de violência física ou moral – Réu que se limita a se opor à prisão agarrando-se ao volante de seu veículo – “Oposição branca” – Decisão absolutória mantida – Inteligência do art. 329 do Cód. Penal” (Ac. 1ª Câmara. Trib. Alçada de São Paulo, in RT. 324/318).

⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 182.

⁶ “A simples fuga do infrator, ao ser preso, não configura o delito de resistência, que exige, para sua caracterização, a presença dos requisitos da violência ou ameaça contra o funcionário” (TACRIM-SP – AC – Rel. Mattos Faria – JUTACRIM 10/249). No mesmo sentido: JUTACRIM 61/326.

⁷ “Não configura o delito de resistência o obstáculo oposto pelo réu, com um movimento instintivo de fuga ao flagrante, reflexo de seu desejo de preservar ou garantir sua liberdade” (TARJ – AC – Rel. Erasmo do Couto – RT 523/461).

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 185.

⁹ “O delito de desobediência não é suscetível de cometimento apenas por particulares. Também o funcionário público pode ser sujeito ativo da infração” (TACRIM-SP – RHC – Rel. Ricardo Couto – RT 418/249).

¹⁰ Contra, entendendo que também nesse caso deve-se considerar a ampliação do art. 327: Julio Fabrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, vol. III, Editora Atlas, São Paulo, 1987, pg. 275 – 9.

¹¹ Op. cit., pg. 417.

¹² Denominação adotada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso de Direito Administrativo, pg. 202); “funcionário de fato” – denominação utilizada por Diógenes Gasparini (Direito Administrativo, pg. 47); “gestor de negócios” – denominação dada

por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, pg. 309).

¹³ Esse entendimento conta com o aval de Carlos Maximiliano (*in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1964, pg. 256), que afirma dever ser “estrita a interpretação das leis *excepcionais*, das *fiscais* e das *PUNITIVAS*” (grifo nosso).

¹⁴ “Desrespeito a instruções ou a proibições de caráter geral não constitui crime de desobediência” (Rec. Crim. 3.485, ac. 24.06.52, p. 2.992).

¹⁵ “Para os efeitos de interpretação do art. 330 do Código Penal, a ordem legal deve ser expressa, real e atual, não podendo ser presumida em nenhum caso” (TACRIM – SP – AC – Relator Manoel Pedro – RT 370/269).

¹⁶ “O dolo específico não é exigível para a configuração da desobediência, delito que se completa com o mero dolo genérico, consistente na vontade consciente e livre de desobedecer” (TJSP – AC – Rel. Prestes Barra – in RT. 518/347).

¹⁷ “Desobedecendo à ordem legal da autoridade e pondo-se em fuga para evitar ser surpreendido na prática de infração penal, não comete o acusado o delito do art. 330 do Código Penal, por estar agindo num impulso instintivo de conservar a liberdade” (TJSP – AC – Rel. Cunha Camargo – RT 551/311 e RJTJSP. 71/316). No mesmo sentido: RT. 378/235, 383/216, 396/303, 398/292, 462/376, 555/374; e JUTACRIM 1-2/75, 8/182, 12/240-1.

¹⁸ “Indispensável à caracterização de desobediência opor-se o agente à ordem legal, consciente da antijuricidade do fato” (TACRIM-SP – AC – Rel. Geraldo Ferrari – JUTACRIM 26/158).

¹⁹ Ignorando o agente a qualidade de funcionário, que não se identifica, não se configura o ilícito. RT. 449/431.

²⁰ “Não há confundir os delitos dos arts. 329 e 330 do Código Penal. A resistência encerra a desobediência, enquanto esta representa resistência passiva, ou, quando comissiva, desacompanhada de força física ou coação moral” (TACRIM-SP – AC – Rel. Edmond Acar – *Juricrim-Franceschini* 1/624).

“Sem que haja violência ou grave ameaça à pessoa incumbida do cumprimento da ordem legal, não há falar em resistência, mas em mera desobediência” (TACRIM-SP – AC – Rel. Gonçalves Santana – RT. 382/87).

²¹ *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 271.

²² A doutrina tem entendido que a expressão “autor de crime” é empregada no sentido amplo, compreendendo também os co-autores e partícipes.

²³ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1991, pg. 537.

²⁴ “Não caracteriza o delito de favorecimento pessoal previsto no art. 348 do Código Penal o auxílio para iludir as investigações do delito, mas apenas e tão-somente o prestado ao agente para subtrair-se à ação da autoridade pública” (TJSP – HC – Rel. Dante Busana – RT. 671/321).

“Favorecimento Pessoal – Delito não caracterizado – Acusado que não ocultou homicida em sua residência, mas apenas permitiu que ali se lavasse, retirando-se em seguida – Impronúncia decretada – Recurso provido – Inteligência do art. 348 do CP – Imprescindível à configuração do delito do art. 348 do CP que se demonstre tenha o acusado prestado auxílio a criminoso, homiziando-o para que não fosse alcançado pela ação da autoridade” (TJSP – AC – Rel. Nigro Conceição – RT. 500/319).

²⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 272.

²⁶ *Prática do Processo Penal*, pg. 34.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, vol. III, Editora Atlas, São Paulo, 1987, pg. 373.

²⁸ *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pg. 3.104 – 5.

²⁹ Caso contrário, estaria configurado o delito de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal, permitindo-se a invasão sem consentimento, em virtude da ocorrência de flagrante delito (CF, art. 5º, inc. XI).

³⁰ Vários estudiosos e doutrinadores já discorreram a respeito do tema, sendo aqui suficiente esclarecer que uma ação legítima tornar-se-á ilegítima ou irregular, configurando o abuso de direito, sempre que o exercício deste tenha por finalidade única causar dano a uma pessoa ou coisa. No caso em tela, o morador, uma vez subjugado o policial que adentrou a sua casa sem permissão durante a noite (ação legítima), em vez de expulsá-lo do interior da residência, passa a ofendê-lo com socos e pontapés (ação ilegítima – abuso).

³¹ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*, 5ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1996, pg. 359.