

GARANTIA FUNDAMENTAL À INVOLABILIDADE DOMICILIAR

Otávio Piva

INTRODUÇÃO

A inviolabilidade domiciliar é um preceito conhecido desde a Idade Média, principalmente na ordem jurídica inglesa, quando os monarcas absolutistas expediam mandados de busca e apreensão a pretexto de invadir a casa das pessoas e prender seus súditos independentemente de crimes cometidos.¹

A Constituição Federal de 1988, impregnada de valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito, resguardou a inviolabilidade domiciliar no art. 5.º, XI,

[...] com a intenção de proporcionar segurança às pessoas, de forma que o lar não possa ser invadido a qualquer momento e sob qualquer pretexto — ou nenhum — e, ainda, para assegurar a intimidade e a vida privada das pessoas, as Constituições não têm se furtado de garantir a inviolabilidade do domicílio, permitindo-se exceções.

(PIVA, Otávio. *Comentários ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 81)

O presente artigo pretende, então, analisar as principais questões relacionadas à garantia da inviolabilidade domiciliar, fornecendo subsídios aos operadores do direito quanto a questões controversas na doutrina e na jurisprudência, as quais merecem atenção dos agentes públicos, especialmente da autoridade policial.

CONCEITO NORMATIVO DE CASA

No sentido constitucional, o termo casa – ou domicílio – tem amplitude maior do que no direito privado. Considera-se, pois, CASA a *projeção espacial da pessoa*, ou seja, todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente,² pois **nessa relação entre pessoa e espaço, preserva-se, medianamente, a vida privada do sujeito.**³

O conceito de casa, portanto, é amplo, abrangendo:⁴

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 67.

² STF, RE 251.445, Rel. Min. Celso de Mello. Informativo 197.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 55

⁴ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol 1 São Paulo: Saraiva, 1989. p. 82.

- Qualquer compartimento habitado, inclusive os de natureza profissional;
- Aposento ocupado de habitação coletiva em pensões, hotéis, casas de pousada, mesmo que provisoriamente;⁵
- Dependências de casas, sendo cercadas, gradeadas, muradas, inclusive o jardim, a garagem e as partes externas.

Observe-se, contudo, a interpretação de DAMÁSIO,⁶ relativamente ao Código Penal Brasileiro (art. 150):

Assim, pode-se concluir que o compartimento aberto ao público não é protegido pela lei, como o museu, cinema, bar, loja, teatro etc. Compartimentos não abertos ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, são o consultório médico, o consultório do dentista, o escritório do advogado etc. Esses locais de atividades podem possuir uma parte aberta ao público, como a saleta de recepção, onde as pessoas podem entrar ou permanecer livremente. Entretanto, há os compartimentos com destinação específica ao exercício da profissão ou atividade, que constituem casa para efeitos penais. [...]

A proteção penal também se estende às dependências do domicílio, como jardins, alpendres, adegas, garagens, quintais, pátios etc., desde que fechados, cercados ou haja obstáculos de fácil percepção impedindo a passagem (correntes, telas etc.) (CP, art. 150, *caput*, parte final).

A DELIMITAÇÃO DO PERÍODO DIURNO

Na medida em que a Constituição Federal de 1988, no art. 5.º, XI, estabelece a possibilidade de ingresso no “asilo inviolável” com mandado judicial se limita ao período diurno, acendeu-se incansável discussão doutrinária sobre qual período compreende a expressão “dia” e quando se deve entender “noite”.

Não existe, até hoje, unanimidade na doutrina sobre a efetiva extensão do período diurno para fins de proteção domiciliar. Parte se filia ao critério “físico-astronômico”, segundo o qual **dia seria definido pelo critério da iluminação solar**. Por outro lado, parte da doutrina utiliza o **critério horário**. Há, ainda, os que misturam as duas propostas, considerando o que pode ocorrer no “horário de verão”, no qual o sol permanece alto, muitas vezes, além das 20 horas. Passam-se em revista, de forma exemplificativa, diversos autores, de forma a situar o leitor quanto à extensão dessa divergência:

⁵ MENDES. Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 379.

⁶ Ob. cit., p. 236.

Autor	Livro	Posição quanto à definição do período diurno
Aury Lopes Jr.	<i>Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional</i> . Vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 665.	Critério horário (Das 6h às 20h)
Norberto Cláudio Pâncaro Avena	<i>Processo Penal. Série Concursos Públicos</i> . 4ed. São Paulo: Método, 2008. p. 248.	Critério horário (Das 6h às 20h)
José Afonso da Silva	<i>Curso de Direito Constitucional Positivo</i> . 30ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 437.	Critério horário (Das 6h às 18h)
Fernando da Costa Tourinho Filho	<i>Processo Penal</i> . Vol. 1. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 242.	Critério horário (Das 6h às 18h)
Julio Fabbrini Mirabete	<i>Processo Penal</i> . 17ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 347.	Critério horário (Das 6h às 18h)
Alexandre de Moraes	<i>Direito Constitucional</i> . 23ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56.	Aplicação conjunta dos critérios: admite cumprimento de mandados após as 18h, desde que não seja noite.
Pedro Lenza	<i>Direito Constitucional Esquematizado</i> . 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 686.	Aplicação conjunta dos critérios: admite cumprimento de mandados após as 18h, desde que não seja noite.
Guilherme de Souza Nucci	<i>Código Penal Comentado</i> . São Paulo: RT, 2000. p. 398.	Critério físico-astronômico
Fernando Capez	<i>Curso de Processo Penal</i> . 11ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 288.	Critério físico-astronômico
Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior	<i>Curso de Direito Constitucional</i> . 10ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 157.	Critério físico-astronômico
Gilmar Ferreira Mendes <i>et al</i>	<i>Curso de Direito Constitucional</i> . São Paulo: Saraiva, 2007. p. 381.	Critério físico-astronômico
Kildare Gonçalves Carvalho	<i>Direito Constitucional</i> . 13ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 602.	Critério físico-astronômico

Vê-se que, em apertada maioria, a doutrina consultada aponta o critério horário como definidor do período diurno; além disso, majoritariamente, o horário das **6 horas às 18 horas** é o mais referenciado. Não há como discordar dessa posição, na medida em que, relativamente aos Direitos Fundamentais, os órgãos estatais possuem a tarefa de promover sua **máxima efetividade**, nos termos do art. 5.º, § 1.º, da CF/88,⁷ e isso somente ocorre ao ser preservada a intimidade e a vida privada no âmbito doméstico.

Finalmente, entende-se que o magistrado e a autoridade policial, face à necessidade de cumprimento de mandados no interior de domicílio, além de evidentemente se pautarem pelas disposições constitucionais e legais sobre a matéria, devem utilizar de bom-senso. Ora, se persiste a dúvida sobre o que corresponde a dia e a noite, o que é verdade, maior razão está em, sempre que possível, **utilizar o critério mais restritivo (dia: das 6h às 18h)**, privilegiando a intimidade do lar, sob pena de ter-se (por que não?), no futuro, uma prova invalidada, tendo em vista alegação de ter sido o mandado cumprido no período da noite.

EXCEPCIONAL AUTORIZAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE MANDADOS JUDICIAIS NO PERÍODO DA NOITE

O Plenário do STF, ao julgar o Inquérito n.º 2.424-RJ (20-11-2008), entendeu, por maioria, que é lícita a prova decorrente de escuta ambiental cujo equipamento de captação foi instalado no interior de escritório profissional de advogado no período da noite.

A decisão do Supremo, contudo, **deu-se em caso e em situação extremamente peculiares**, quando se investigava a participação do próprio advogado e de outras pessoas – algumas, agentes públicos – em esquema de venda de decisões judiciais favoráveis a uma quadrilha que explorava caça-níqueis e bingos:

Considerou-se, entretanto, que tal inviolabilidade cederia lugar à tutela constitucional de raiz, instância e alcance superiores quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime concebido e consumado, sobretudo no âmbito do seu escritório, sob pretexto de exercício da profissão. **Aduziu-se que o sigilo do advogado não existe para protegê-lo quando cometa crime, mas proteger seu cliente, que tem direito à ampla defesa, não sendo admissível que a inviolabilidade transforme o escritório no único reduto inexpugnável de criminalidade.** Enfatizou-se que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. **Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio**, julgou-se ser

⁷ SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 262.

preciso recompor a *ratio* constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, **considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu***, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem.

(STF, Informativo n.º 529)

Ressalte-se, então, que no caso julgado encontram-se particularidades muito relevantes: **a)** o advogado estaria praticando delitos; **b)** no momento da invasão, o escritório encontrava-se vazio; **c)** o sentido da proteção legal de privacidade do advogado seria a proteção do cliente e não de profissional que estaria a praticar delitos; **d)** não haveria como instalar as escutas durante o dia sem esvaziar a utilidade do meio.

Mesmo assim, os ministros Eros Grau, Marco Aurélio e Celso de Mello divergiram do relator no julgamento preliminar da invasão do escritório para a colocação das escutas. Para eles, o recinto de trabalho está equiparado ao domicílio em todos os casos, ainda que seu dono seja investigado por crime.

Parte da doutrina⁸ assim se posiciona:

Ainda assim, não se pode excluir, de plano, a possibilidade de, em casos excepcionais, devidamente justificados, ser autorizado judicialmente o cumprimento de mandado de busca e apreensão fora desse período, naquelas hipóteses em que a prova a ser colhida somente estará disponível durante a noite.

Por isso, certamente, o juiz, desde que o faça fundamentadamente, pode autorizar o cumprimento do mandado mesmo à noite para que a medida alcance algum resultado prático. Não fosse assim, estaria aberta uma imunidade quase intransponível para a prática ou ocultação de crime no interior de residências.

(MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 136).

INVASÃO EM SITUAÇÕES DE FLAGRANTE DELITO

Nos termos expressos da Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, XI), nos casos de flagrante delito, não importando ser dia ou noite, é permitido o ingresso na casa de qualquer pessoa, independentemente de autorização do morador. Quanto ao tema, não há divergência sensível, concluindo-se que essa possibilidade se dá em quaisquer das modalidades de flagrante delito (próprio, impróprio ou presumido).

⁸ O autor é Juiz Federal titular da 9.ª Vara Federal de Fortaleza/CE.

Em relação aos **crimes permanentes**, também não há divergência de que há possibilidade de invasão domiciliar sem autorização do morador, com ou sem mandado judicial, mesmo no período da noite (STJ, HC 31.514/MG e STF, HC 84.772, Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ, 12-11-04).

FLAGRANTE EM CASO DE PERSEGUIÇÃO (art. 302, III, do CPP).

MANDADOS EM QUE A EXECUÇÃO INICIOU DURANTE O DIA

Situação peculiar seria aquela em que, ocorrendo o delito, a autoridade policial empreende perseguição aos suspeitos e estes vêm a se homiziar em domicílio, já no período da noite. Poderia a autoridade policial, então, invadir a residência e efetuar a prisão, considerando a existência de flagrância, sem autorização do morador? De forma semelhante, seria lícito permanecer com a diligência de busca, mesmo tendo anoitecido?

A resposta a ambas as questões afigura-se **positiva**, analisando-se a situação com a devida proporcionalidade, pois especialmente importa o momento em que se iniciou o ato⁹ e a preservação do resultado útil pretendido com a conduta invasiva. Assim, também, fala a doutrina do Direito Constitucional:

[...] Não obstante, em determinadas circunstâncias, caso o cumprimento do mandado judicial, iniciado no período diurno, ultrapasse o limite constitucional – como na hipótese de uma ação de grande complexidade concluída logo após anoitecer – não será razoável considerar as provas obtidas como sendo ilícitas. A admissibilidade do prolongamento da ação após o ocaso (desaparecimento do sol no horizonte) deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

(NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ed. São Paulo: Método, 2009. p. 411)

Impõe-se, entretanto, fazer referência à decisão judicial que anulou flagrante delito, considerando que: “3. *Não se pode confundir flagrante com diligências policiais post delictum, cujo valor probante, por mais forte que pareça, não se encadeia com elos objetivos, que entrelacem, indissolivelmente, no tempo e no espaço, a prisão e a atualidade ainda palpitante do crime.* 4. *O simples encontro da res in poder de alguém não consubstancia flagrância, em qualquer de suas modalidades.*”¹⁰

⁹ **Quanto a mandados de busca e apreensão:** LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 665. **Quanto ao caso de perseguição contínua:** GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 111.

¹⁰ Julgamento citado por GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 111, apenas indicando ser de Tribunal Regional Federal, sob nº 415.381, de 1989.

A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO “MORADOR”

A Constituição Federal de 1988, expressamente, autoriza o ingresso no domicílio da pessoa, independentemente de ordem judicial ou existência de situação de flagrância e, não importando ser dia ou noite, se houver consentimento do morador.

Suscita dúvida, porém, sobre quem ostenta essa legitimidade para autorizar o ingresso da autoridade ou do particular no interior da casa. Sobre isso, objetivamente, apresentam-se algumas conclusões:

- a) O termo “morador” tem abrangência maior do que a expressão “proprietário” (dono);¹¹
- b) Havendo mais de um titular do direito de inviolabilidade – vários moradores – cabe ao chefe da casa ou do estabelecimento a autorização, devendo prevalecer a vontade daquele que administra os interesses da família, “normalmente os pais ou patrões”.¹²
- c) Se entre os moradores houver divergência e, entre eles, houver igualdade de condições, como no caso de marido e mulher ou de uma república de estudantes, isso deverá ser entendido como proibição de ingresso ou de permanência na casa;¹³
- d) Os dependentes ou subordinados exercem o direito à inviolabilidade somente relativamente àqueles locais que lhes foram destinados (quarto do filho ou do empregado), não podendo esse direito ser oposto ao chefe ou patrão;¹⁴
- e) O eventual consentimento de ingresso ou permanência no interior do domicílio pode ser revogado a qualquer instante pelo titular do direito;¹⁵
- f) O consentimento de ingresso deve ser válido, ou seja, nunca poderá ser presumido e deverá ser dado por pessoa capaz que compreenda perfeitamente o objeto do requerimento policial;¹⁶
- g) Há opinião doutrinária no sentido de que não se consideraria válido o consentimento por pessoa submetida à prisão cautelar (temporária ou preventiva), pois seria insuficiente a autorização “por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente”.¹⁷

¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 105.

¹² CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Ob. cit., p. 380

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Ob. cit., p. 380

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ed. São Paulo: RT. p. 523.

¹⁶ LOPES JR., Aury. Ob. cit., p. 660

¹⁷ LOPES JR., Aury. Ob. cit., p. 660

DESTINATÁRIOS DA GARANTIA DE INVIOBILIDADE DOMICILIAR

Determina o art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, que aos brasileiros e aos estrangeiros **residentes** no país são assegurados o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Quanto aos **estrangeiros**, esclareça-se que a expressão constitucional “*estrangeiros residentes nos país*” deve ser entendida no sentido de que a “[...] *validade e a fruição dos direitos fundamentais se exercem dentro do território brasileiro*”¹⁸[...]”, o que não exclui o estrangeiro em trânsito pelo Brasil.¹⁹

Quanto à **pessoa jurídica** ser contemplada com o direito de inviolabilidade domiciliar, isso também se mostra inegável, desde que considerado que não se trata de um direito da pessoa jurídica propriamente dita, mas sim de um direito do indivíduo projetado a ela.²⁰

Nesse sentido, o STF²¹ entendeu que seria, em tese, ilícita a prova obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa, sem ter havido a autorização do morador para ingresso naquele local. Segundo a Corte, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da autoexecutoriedade.

Entendeu o STF, contudo, que não se pode concluir ter ocorrido automática revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis. Essa legislação que, sob a Constituição de 1969, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: **o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia.**

Finalmente, lembre-se de que a garantia fundamental à inviolabilidade domiciliar destina-se precipuamente ao Estado e seus agentes. Nada obstante, também é oponível frente a terceiros, **particulares**.²² Nesse sentido, por exemplo, há doutrina²³ citando Damásio E. de Jesus, considerando ser crime, praticado em concurso de agentes, o caso de empregado doméstico que, sem autorização do *dominus*, permite o ingresso de namorado no interior da casa.

¹⁸ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. N.º 1, São Paulo: Saraiva. 1989. p. 59.

¹⁹ No mesmo sentido: Alexandre de Moraes, Ob. cit., p. 63 e Celso Ribeiro Bastos *et al*, *Comentários à Constituição do Brasil*. 2v. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 4.

²⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 104.

²¹ STF, HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-08, DJE de 1º-8-08.

²² MENDES, Gilmar Ferreira et al. Ob. cit., p. 379.

²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 108.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da Constituição de 1988 teve efeito impactante ao consignar o maior rol de direitos e garantias fundamentais de toda a história brasileira. Incrivelmente, essa característica chegou a ser lida em tom depreciativo, a ponto de se afirmar, não poucas vezes, que se estaria frente à Constituição na qual só foram lançados direitos, mas não deveres.

Essa incompreensão seria, até certo ponto, justificável, pois foram muitos anos de regime que beirou à completa exceção, período dentro do qual gerações foram instruídas e formadas.

Atualmente, contudo, a sociedade e boa parte daqueles que atuam no direito já se acostumaram a conviver e a reivindicar direitos fundamentais. Além disso, parece que toda a comunidade, inclusive o Poder Judiciário e o Ministério Público, despertaram da letargia e passaram a atuar propositivamente, não se escusando do ingresso de ações em defesa de Direitos Sociais e sem o temor de julgar impondo condutas aos demais Poderes de Estado.

A imprensa, da mesma forma, deixou de ser mera espectadora e narradora de fatos e passou a adotar postura ativa e, entendendo ser seu papel institucional, a atuar investigando e denunciando abusos aos direitos.

Enfim, é inserido em um contexto político-social no qual, todos os segmentos da sociedade estão conscientes – e atentos – do que a Constituição traz a título de direitos e garantias fundamentais é que se desenvolve a atividade de persecução criminal. E é justamente por isso que a autoridade policial, investida de *munus* constitucional de segurança pública, não pode deixar, intransigentemente, de preservar os direitos e garantias fundamentais dos sujeitos à sua atuação.

Não se desconsidera que o agir policial está submetido a incalculáveis variáveis de ordem prática que, somente o agente, na vida real, no efetivo cumprimento de seu dever, poderá aquilatar a correção e a intensidade de suas condutas e que teorias de direito, em algumas situações, podem soar como despropositadas e excessivamente garantidoras de direitos.

Mas o fato é que a Constituição está para ser cumprida não apenas para assegurar o direito individual da pessoa eventualmente investigada, mas também o **direito de toda a sociedade** de ver criminosos devidamente punidos e segregados do convívio coletivo, quando for o caso. Em outras palavras: preservar a integridade dos direitos fundamentais do investigado é manter intacta a possibilidade de eventual futura condenação. A sociedade agradece.

O autor é advogado. Mestrando em Ciências Sociais na PUC-RS. Professor de Direito Constitucional na Faculdade IDC, na Escola Superior da Magistratura – AJURIS e em diversas instituições de ensino. É autor de diversos livros, entre os quais: *Comentários ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3ed. São Paulo: Editora Método, 2009.