

**Unid. IX – Busca e apreensão**

**Obrigatória:**

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 109-128.

*A casa é o asilo inviolável do indivíduo, merece e exige do Estado proteção e segurança. É o seu castelo, o seu abrigo, em torno dos quais a Constituição deve erigir muros inextinguíveis através de suas proibições.*

IX

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI

INVIOLABILIDADE DO  
DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO

 MALHEIROS  
EDITORES

ce aquela para fins penais (JTA<sup>Crim</sup>SP 62/359; RT 554/380). Entende a doutrina<sup>290</sup> que há dissenso tácito quando, ausente ou insciente o titular, ingressa o sujeito ativo criminoso ou imoral: furtar, seduzir a esposa ou a filha do morador etc. (RT 378/312, 391/292). A jurisprudência, contudo, inclina-se no sentido de que não há crime quando o agente entra na residência de outrem a convite ou autorizado pela mulher ou filha do chefe da sociedade conjugal, ainda que para fins imorais ou ilícitos (RT 530/373, 464/437, 432/346, 425/290, 411/409, 380/288). Tais decisões, porém, fundam-se na inexistência do "dolo específico", e não no poder de admissão da mulher ou dos dependentes. Deve-se observar, porém, que a Constituição Federal de 1988, em seus arts. 5º, I, e 226, § 5º, coloca a mulher em igualdade jurídica em relação ao marido. Dessa forma, não é mais sustentável a posição contrária à jurisprudência citada, que tinha por fundamento situar a mulher no regime de subordinação marital.<sup>291</sup> Mas também já se tem decidido que não exclui o crime o consentimento de filha menor (RT 544/398) ou de empregada doméstica (RT 568/335, 483/382, 470/437, 457/382, 354/317; JTA<sup>Crim</sup>SP 33/296, 32/315), havendo decisões em sentido contrário (RT 457/379; JTA<sup>Crim</sup>SP 27/454). Suspenda Damásio E. de Jesus que a empregada que deixa o amante penetrar em seu quarto "comete o crime em concurso com ele, uma vez que na espécie presume-se o dissentimento do *dominus* (dono da casa). Nesse sentido JTA<sup>Crim</sup>SP 33/296".<sup>292</sup>

No regime de igualdade, como sucede nas repúblicas de estudantes, todos os moradores são titulares do direito de admitir ou de excluir alguém.<sup>293</sup> Marido e mulher também encontram-se em regime de igualdade, nos termos do art. 226, § 5º, da Constituição Federal. Mas, tratando-se de habitação coletiva ou de condomínio, se houver divergência entre os moradores, em igualdade de condições, prevalecerá a proibição: "melhor est conditio prohibentis".<sup>294</sup> Restará ao violador, que agiu de boa-fé, demonstrar não ter praticado o fato com dolo.

Como se vê, embora o consentimento do morador seja elemento indispensável à penetração no domicílio, não está isento de questionamentos diante da jurisprudência, quanto ao seu efetivo alcance.

290. Cf. Néelson Hungria, ob. cit., v. VII/219; E. Magalhães Noronha, ob. cit., v. 2/168; Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 411; Júlio Fabbrini Mirabete, ob. cit., v. 2/173.

291. Cf. Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 412.

292. Ob. cit., p. 412.

293. Cf. Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 411; Júlio Fabbrini Mirabete, ob. cit., v. 2/173.

294. Cf. Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 412; Júlio Fabbrini Mirabete, ob. cit., v. 2/173; Néelson Hungria, ob. cit., v. VII/219; Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, v. 2/107, São Paulo, Saraiva, 1988; Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., v. 1/270.

### 5. Exceções constitucionais à inviolabilidade

De início, cabe ponderar que, se a inviolabilidade do domicílio é norma de suma relevância para a segurança e tranquilidade individual e familiar, esta mesma regra, tornada absoluta, sem exceções, poderá revelar-se prejudicial, quer em razão do interesse público, quer em razão do interesse do próprio morador.

Collard, aliás, já anotou que "a inviolabilidade do domicílio não é absoluta, é uma noção relativa. A inviolabilidade não pode parar o curso da justiça, não pode proteger os malfetores, não pode tornar impossível o recebimento dos impostos. Além disso, a noção de domicílio abarca diversas categorias que não são igualmente respeitáveis. A inviolabilidade é maior à noite que durante o dia; é menor em período de estado de sítio que em período normal".<sup>295</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, na vigência do texto constitucional anterior, afirmou, acertadamente, que "a casa é o asilo inviolável do indivíduo, porém não pode ser transformada em garantia de impunidade de crimes que em seu interior se praticam" (RTJ 74/883 e 84/302).

A Constituição brasileira de 1988 segue nessa linha. Assegura a inviolabilidade, mas não de modo absoluto, porquanto no art. 5º, XI, demarca nitidamente, de modo a ficarem determinadas e restritas, as exceções à inviolabilidade da casa, consistentes nos casos em que nela se pode penetrar sem consentimento do morador e sem mandado judicial: flagrante delito, desastre ou prestação de socorro.

Durante o dia, além destas hipóteses, cabe o ingresso por determinação judicial.

É importante observar que os casos de invasão domiciliar permitidos são os taxativamente enumerados pela norma constitucional, não cabendo à lei ordinária aumentar ou diminuir o rol estabelecido por esse dispositivo.

José Afonso da Silva nota que as exceções à proteção do domicílio são justificadas pelo interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou de socorro (desastre ou socorro), ou da justiça, apenas durante o dia (determinação judicial).<sup>296</sup>

Não definindo o texto constitucional flagrante delito, cabe à doutrina e à lei delinear seu conceito.

Segundo o magistério de Nogent-Saint-Laurents, flagrante delito implica a plena posse da evidência, a evidência absoluta, quanto

295. Ob. cit., p. 381.

296. Cf. Curso... cit., p. 382.

ao fato que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e em presença do qual seria absurdo ou impossível negá-lo.<sup>297</sup>

Na doutrina pátria tem sido conceituação dominante que "flagrante delito é aquele que se está cometendo ou se acabou de cometer sem intervalo algum".<sup>298</sup>

No art. 5º, LVI, a Constituição autoriza a prisão em flagrante, igualmente sem ordem de autoridade judiciária.

O Código de Processo Penal (Dec.-Lei 3.689, de 3.10.41), tratando da prisão em flagrante, dispõe:

"Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

"Art. 302. 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.

"Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência."

Da mesma maneira configura o flagrante, com palavras praticamente idênticas, o Código de Processo Penal Militar (Dec.-Lei 1.002, de 21.10.69), art. 244.

Consagrou-se a noção de que as duas primeiras situações consignadas no art. 302 do Código de Processo Penal representavam o flagrante próprio, que passou, também, a ser conhecido por flagrante real, flagrante propriamente dito e flagrante verdadeiro; e as duas últimas situações, o quase-flagrante, tornando-se usual chamar apenas a hipótese do inc. III do art. 302 de quase-flagrante, ou, mais cos-

297. Cf. por Tales Castelo Branco, ob. cit., pp. 16 e 17.

A palavra "flagrante" procede do latim *flagrans*, significando ardente, queimante, e o verbo *flagrare* tem a mesma raiz do verbo grego — *phlego*, ou seja, a do sânscrito — *bhng* (queimar), segundo a explicação de Tostes Malta (*Do Flagrante de Delito*, 1930, p. 17, cit. por Tales Castelo Branco, ob. cit., nota de rodapé 1).

Assim, flagrante delito significa o delito ainda queimante, ardente, "a certeza visual do crime", na expressão consagrada e antiga de Raphael Magalhães (*Arquivo Judiciário* 3/64, 1927, cit. por Tales Castelo Branco, ob. cit., p. 16).

298. Tales Castelo Branco, ob. cit., p. 17.

tamente, de flagrante impróprio, e a hipótese do inc. IV do mesmo artigo de flagrante ficto ou, também, só de flagrante presumido.

As expressões "logo após" e "logo depois" devem ser interpretadas restritivamente, não admitindo ampliação, sob pena de se incorrer em grave desvirtuação, comprometedora da noção de flagrância, quer legal, quer doutrinária.<sup>300</sup>

Celso Ribeiro Bastos destaca que se deve entender por flagrante delito a prática atual de um crime ou contravenção. Assim, se estiver havendo a prática de um delito, dentro da casa, a invasão se torna ilícita. Ela também será constitucional no caso de o autor do crime ou contravenção haver delinqüido fora da casa mas ter ido nela se refugiar. Se a Polícia está perseguindo diretamente um criminoso sem com ele perder contato, não pode ver-se impedida de apreendê-lo simplesmente porque se homizou em sua casa. Todavia, há que se observar a ocorrência do flagrante, o que significa dizer que as autoridades policiais não podem ter perdido a perseguição do criminoso. Na hipótese de quebra de flagrante, desaparece a permissão constitucional de invasão.<sup>301</sup>

Por sua vez, observa, com propriedade, Fernando da Costa Touzour, Filho que, em virtude de ter a Constituição Federal atual restringido a entrada em casa alheia, parece que a expressão "em caso de flagrante delito" refere-se à hipótese de flagrante próprio. Toda via, o legislador constituinte não deveria ter ignorado o amplo conceito de flagrante, contido nos incs. I, II, III e IV do art. 302 do Código de Processo Penal.<sup>302</sup>

A propósito, no processo 415.381, o Tribunal Regional Federal profertu acórdão, publicado no DJU de 19.9.89, com a seguinte enunciação: "Processo penal — Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal — Nulidade do flagrante — Descumprimento do estipulado no inc. XI do art. 5º da Constituição Federal de 1988. 1. Grupo de policiais que efetuam busca domiciliar, sem autorização judicial, encontrando situação que configuraria, em tese, delito capitu-

299. A opinião dominante é de que tais locuções adverbiais têm os mesmos significados da expressão francesa *temps voisin* (art. 41 — tempo vizinho) e das expressões italianas *tempo prossimo*, *immediatamente dopo*, *poco prima*, *eletta*, *rispettivamente*, nos arts. 46 do Código de 1865, 168 do Código de 1914 e 237 do de 1930 (cf. Tales Castelo Branco, ob. cit., p. 56).

300. Cf. Tales Castelo Branco, ob. cit., p. 57, RF 94/563. No sentido do texto: STF, RHC 63.042, DJU 28.6.85, p. 10.680.

301. Cf. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários...* cit., v. 2/67 e 68; Celso Ribeiro Bastos, *Curso...* cit., p. 183.

302. Cf. *Processo Penal*, v. 3/314 e 315, São Paulo, Saraiva, 1992.

lado no art. 334 do Código Penal brasileiro. 2. Inexistência dos pressupostos registrados no art. 302 do CPP, para configurar flagrância. 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 entrelaçam, indissoluvelmente, no tempo e no espaço, a prisão e a atualidade ainda palpante do crime. 4. O simples encontro da *res* em poder de alguém não constitui flagrância, em qualquer de suas modalidades. 5. Nessas circunstâncias, sem mandato judicial, não pode a casa ser penetrada por ninguém, sendo asilo inviolável do indivíduo, a teor do que impõe o inc. XI do art. 5.º da Carta Magna. 6. Nulidade do flagrante. 7. Negado provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal".

"Desastre" — consoante o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira<sup>303</sup> — é o "1. acontecimento calamitoso, especialmente o que ocorre de súbito e ocasionando grande dano ou prejuízo; 2. acidente".

Portanto, por desastre deve-se entender qualquer acontecimento de caráter catastrófico, o que significa dizer: um acidente de grandes proporções. Assim, se ocorrer desmoronamento, inundação, incêndio, "qualquer tipo de acidente, enfim, desastre, que ameace ou ponha em risco ou perigo a vida ou a saúde de alguém, a casa deixa de ser inviolável, ou seja, o domicílio pode ser invadido e transposto, porque a vida humana é bem maior do que a violação".<sup>304</sup>

Observe-se que esta exceção constitucional à regra da inviolabilidade já vinha sendo adotada nas Constituições anteriores.

"Ubi eadem ratio ibi eadem interpretatio", vale dizer, a interpretação do texto constitucional permanece sem alteração.

Inova, porém, a Lei Maior ao indicar "a prestação de socorro" como exceção à regra da inviolabilidade. Esse elemento não aparecia com essa roupagem nas Constituições anteriores, daí por que é preciso fixar-lhe o alcance e o sentido.

Prestação de socorro por profissional — médico ou enfermeiro — ou por simples particular configura outra causa que permite a entrada no domicílio alheio, sem conseqüências jurídicas maiores para o penetrador, salienta José Cretella Júnior.<sup>305</sup>

Contudo, como bem alerta Celso Ribeiro Bastos, embora seja ilícito reconhecerem-se e configurar-se casos de alguém necessitar

de socorro sem que tenha ocorrido o motivo anterior (desastre), este permissivo constitucional deve ser interpretado com muito rigor, pena de ocorrerem invasões domiciliares sob uma alegação infundada de prestação de socorro. Precizando o conteúdo e o alcance da exceção, diz o constitucionalista pátrio: "É necessário que, primeiro, haja uma efetiva necessidade de socorro; é dizer, alguém correndo sério risco. Em segundo lugar, que a pessoa carente de ajuda esteja impossibilitada de, por seus próprios meios, fazer um apelo".<sup>306</sup>

Por oportuno, há que se reconhecer que prestação de socorro e desastre são conceitos abertos, recebendo, por conseguinte, várias respostas, conforme as premissas que se adotem.

Além dos casos já especificados, conforme o texto em vigor, durante o dia, o lar pode ser invadido mediante autorização judicial. Esta é uma modificação substancial em face do Direito anterior, que reservava à lei a definição das hipóteses de penetração domiciliar durante, sem o consentimento do morador, bem como a forma pela qual se efetuava essa entrada.

Agora, apenas o juiz pode autorizar o ingresso no domicílio de quem quer que seja. E o magistrado que examinará se se está ou não diante de caso que comporte invasão.

O termo "dia", já constante das Constituições anteriores, foi objeto de definição e conceituação doutrinárias. Assim, já tem sido levantada a questão de apurar o que seja dia e o que seja noite, quando começa um e quando termina o outro.

José Celso de Mello Filho sustenta que o termo "noite" deve ser entendido, "segundo o critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo".<sup>307</sup>

Para José Afonso da Silva "o princípio é que, para fins judiciais, o dia se estende de 6 às 18 horas".<sup>308</sup>

Celso Ribeiro Bastos faz criteriosa análise crítica dessas duas posições, ao assinalar que José Afonso da Silva parece oferecer soluções mais convenientes, na medida em que as áreas da penumbra deixam de existir. Todavia, é também indubitável que José Celso de Mello Filho é oportuno ao abordar os aspectos astronômicos. Se por alguma razão há alteração da hora oficial, será necessário modificar-se também a conceituação do que seja dia e noite. Haverá sempre inconciliabilidade numa invasão efetuada quando já não houver luminosidade

303. 2.ª ed., revista e aumentada, Rio, Nova Fronteira, p. 546.

304. José Cretella Júnior, *Comentários...* cit., v. 1/264.

305. Cf. *Comentários...* cit., v. 1/264.

306. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários...* cit., v. 2/68; Celso Ribeiro Bastos, *Curso...* cit., pp. 183 e 184.

307. *Ob. cit.*, p. 442.

308. *Curso...* cit., p. 382. No mesmo sentido, Cláudio Pacheco, *ob. cit.*, v. XI/199.

desastre é acidente de grandes proporções

Verdade é que Celso de Mello Filho

Posterior de

segundo

com a interpretação de Celso de Mello Filho, o termo "dia" deve ser entendido como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo.

de solar, mesmo que, com base em uma hora oficial, seja dia. Deve prevalecer, pois, o texto constitucional nas zonas não-duvidosas.<sup>309</sup>

A lei processual civil menciona um horário para diligência, ao dispor, no art. 172, que os atos processuais se realizarão, em dias úteis, das 6 às 18 horas. Em seus parágrafos, contudo, abre exceção para que sejam concluídos depois das 18 horas os atos iniciados antes, quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano.

A Carta Magna atual não recepcionou este preceito. Chegada a noite, as autoridades que no local se encontrem perderão as condições de legitimidade de lá permanecer, pois a inviolabilidade do domicílio implica o direito de o morador excluir da sua casa os que lá se encontrem indevidamente.

Como afirma, com precisão, Celso Ribeiro Bastos, "não se pode colocar as conveniências de uma diligência acima da proteção constitucional do domicílio. No caso de grave dano, ao morador caberá apreciar das possíveis inconveniências para si e, se o desejar, consentir no andamento dos atos já iniciados".<sup>310</sup>

Ressalte-se, ainda, que, no silêncio da lei, a noção de noite é submetida à apreciação soberana dos tribunais.<sup>311</sup>

A jurisprudência brasileira tem decidido que por "noite" deve-se entender o tempo compreendido entre o ocaso, isto é, o desaparecimento do sol no horizonte, e o seu nascimento. O espaço de tempo que vai desde o crepúsculo da tarde até o crepúsculo da manhã (JTA-CrimSP 46/155, 70/216; RT 555/357). Portanto, o período variará de acordo com a época do ano, sendo mais longo no inverno e bem mais curto no verão.<sup>312</sup>

A seu turno, o Código Penal, editado na vigência da Constituição anterior, no art. 150, § 3º, elenca as situações em que a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências não constitui crime de violação de domicílio: "I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser".<sup>313</sup>

309. Cf. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários*... cit., v. 2/169.

310. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários*... cit., v. 2/169.

311. Cf. Claude-Albert Collard, ob. cit., p. 383.

312. Cf. A. J. da Costa e Silva, artigo cit., *Justitia* 40/161; Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., v. II/271 e 272; Nelson Hungria, ob. cit., v. VI/220-222; Bento de Faria, ob. cit., v. IV/287.

313. O CPP, nos arts. 240 e ss., traça as formalidades legais a serem observadas para ser efetuada prisão ou diligência em domicílio alheio, e deverão ser analisados sob o enfoque das alterações constitucionais ocorridas.

Ora, é evidente que o Código Penal deve, agora, ser interpretado à luz da Constituição vigente, que o recepcionou naquilo que não for contrário às suas disposições.

No que tange à primeira hipótese, cumpre notar que, de acordo com a Constituição Federal, art. 5º, XI, *in fine*, é necessário sempre ordem judicial para realizar qualquer diligência, seja de natureza policial, judicial, fiscal ou administrativa, se não houver o consentimento do morador. Manchado de prisão e ordem judicial, daí por que permite a entrada em domicílio, é ordem, porém, que deverá ser fundamentada, nos termos do art. 5º, LXI, da Constituição.<sup>314</sup>

Reforça a proteção à inviolabilidade do domicílio o dispositivo constitucional que considera expressamente inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVII). E não há dúvida de que as provas obtidas com violação do domicílio são ilícitas. Nesse sentido é valiosa a decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (relator Dante Busana) que desconsiderou a prova ilícita resultante de busca e apreensão efetuada sem mandado judicial, com invasão de domicílio, absolvendo o réu por inexistência da prova do fato (Ap. Crim. 83.624-3, publ. RTJSP 131/490).<sup>315</sup>

Quanto ao inc. II, embora o Código e a Constituição anterior se referissem apenas a "crime", já se entendia que o dispositivo abrangia, até por analogia *in bonum partem*, os casos em que se pratica contravenção.<sup>316</sup>

Diante da nova Carta, que menciona a hipótese de "flagrante delito", aquela conclusão se impõe.

Júlio Fabbrini Mirabete destaca que, no caso do inc. II, há legítima defesa, de terceiro ou prisão em flagrante por particular, que constitui exercício regular de direito. No caso de "desastre ou para prestar socorro" (art. 5º, XI, da CF), vislumbra o autor situações de estado de necessidade.<sup>317</sup>

E Damásio E. de Jesus complementa que "não há violação de domicílio quanto o fato é cometido em estado de necessidade, legíti-

314. Cf. Júlio Fabbrini Mirabete, ob. cit., v. 2/177; Damásio E. de Jesus, ob. cit., pp. 416 e 417.

315. Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scaranze Ferrandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, *As Nullidades no Processo Penal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1992, p. 116.

316. Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., v. II/271; Júlio Fabbrini Mirabete, ob. cit., v. 2/177; Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 417; Anbal Bruno, *Direito Penal*, 2ª ed., t. 4/383, Rio/São Paulo, Forense, 1972; Nelson Hungria, ob. cit., v. VII/224 e 225; Magalhães Noronha, ob. cit., v. 2/174; RTJ 84/302.

317. Ob. cit., v. 2/177.

por ser natureza de se ceder deve ser (in bonum partem) submetida aos tribunais

invasão domicílio

na defesa e exercício regular de direito. Nesse sentido: *JTACrimSP* 78/292, 318

#### 6. A reserva jurisdicional: amplitude e alcance

Inovação de suma relevância no texto constitucional em vigor é a exigência de "determinação judicial"<sup>319</sup> para penetração no domicílio, durante o dia, sem o consentimento do morador, em substituição à reserva legal prevista nos textos anteriores.<sup>320</sup>

Como se vê, a problemática da exigência da expedição de mandado, que esteve e continua presente nos Estados Unidos, em Portugal e na Espanha, agora se projeta no Direito brasileiro.

Comenta-se que a fórmula adotada pelo constituinte brasileiro sofreu influência da Constituição portuguesa (art. 34º). Porém, na-quele diploma constitucional a reserva jurisdicional permaneceu aco-plada à lei ou à reserva legal. Por essa razão, talvez o texto brasileiro tenha, afinal, uma correlação maior com a Constituição espanhola, onde só há menção constitucional expressa à reserva jurisdicional.

Forçoso é reconhecer que a modificação ocorrida ensejará uma série de problemas que, indubitavelmente, acabarão acarretando várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Dentre a variada gama de questões suscitadas pela supressão, na dicção constitucional, da "reserva legal" e sua substituição pela "reserva jurisdicional", o *punctum saliens*, ou seja, a questão principal, até agora apenas afiorada pela doutrina e pela jurisprudência, parece ser a possibilidade ou não da incursão do legislador ordinário, nesse domínio. Em outras palavras, questiona-se se a chamada "reserva jurisdicional" supprime, por inteiro, a "reserva legal" dantes expressamente admitida, ao ponto de impedir, em qualquer hipótese, a inclusão da "lei", seja para disciplinar o exercício do direito,

318. Ob. cit., p. 417. Na mesma toalha: Álvaro Mayrink da Costa, ob. cit., v. 2, t. 1/482; Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., v. 3/315.

319. Determinação judicial quer dizer: ordem escrita, expedida pela autoridade judiciária, ou seja, qualquer juiz de direito ou membro do Poder Judiciário investido no cargo de magistrado (cf. Vicente Carlos Lúcio, *Constituição Federal Comentada*, 1ª ed., Jairovi, 1990, p. 36).

320. Essa modificação, que aparece desde o anteprojeto Alonzo Arios, persistiu durante todos os projetos das Comissões no seio da Constituinte de 1987/1988, salientando-se os projetos de uma Subcomissão, que mantinha a reserva legal pura e simplesmente (cf. "Anteprojeto constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais" (Decreto 91.450/85), Quadro Comparativo, Brasília, 1986, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; Senador José Ignácio Ferreira, *Projeto de Constituição (Quadro Comparativo)*, Edições Técnicas do Senado Federal, p. 9).

seja para disciplinar a atividade do juiz etc. Nesse caso, o entendimento da *mens constitutionis* levaria à conclusão de que o direito à inviolabilidade do domicílio tem caráter "quase-absoluto"; o único elemento de contenção desse direito, agora os casos de exceção expressos na Constituição, seria a ordem judicial.

Essa questão fulcral tem, como é claramente perceptível, vários desdobramentos, dentre os quais podem-se ressaltar os relativos aos casos e condições em que a autoridade judicial pode permitir a franquia à casa, bem como a possibilidade de invasão da casa, por decisão administrativa, de natureza policial ou não, sem autorização judicial.

Quanto à primeira questão, tem-se a impressão de que, pelo menos, dois caminhos já despontam para a interpretação do inc. XI do art. 5º, *in fine*. Um, que sustenta que as hipóteses de invasão domiciliar foram taxativamente explicitadas, não cabendo à lei ordinária aumentar ou diminuir o elenco estatuído pela norma constitucional. Outro, que afirma que a determinação judicial é um *plus*, ou seja, que apenas o juiz pode autorizar o ingresso no domicílio de quem quer que seja, mas que tal determinação pressupõe lei que defina os casos em que cabia.<sup>321</sup>

Para os partidários da primeira corrente, a lei deixou de ser um elemento de contenção da norma, o que equivale a dizer que a lei não pode criar casos que inovem a disciplina constitucional. Esta é uma alteração substancial em face do Direito anterior, em que a lei ordinária podia editar "os casos e as formas" de violabilidade domiciliar diurna. Celso Ribeiro Bastos diz, muito expressivamente, que a atual Carta Magna substituiu a reserva da lei pelo que pode ser tido por uma reserva jurisdicional.<sup>322</sup>

A nova sistemática estabelecida levou José Cretella Júnior a afirmar que, na Constituição de 1988, a proteção do lar é muito maior do que nas Constituições anteriores, em que a lei ordinária poderia, "respeitados os parâmetros constitucionais, editar regras jurídicas, estabelecendo 'os casos e as formas' de violabilidade domiciliar, ao passo que, agora, durante o dia, só o Poder Judiciário, mediante determinação precisa, é que pode autorizar a penetração de autoridades na casa, além do que, em outras hipóteses, a penetração, que não pode ser deixada a cargo da lei ordinária, é taxativamente explicitada, limitando-se a poucos casos: a) prestação de socorro a qualquer pessoa que se encontre na residência, b) desastre, c) crime cometido ou em vias de ser cometido, estando o delinqüente no interior, ou tendo-se homiziado na casa, depois de perseguido, na via pública."<sup>323</sup>

321. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários...* cit., v. 1/37.

322. Cf. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários...* cit., v. 2/68, 323. *Comentários...* cit., v. 1/265 e 266.

Dentro desse posicionamento, poder-se-á sustentar que, embora se trate de preceito por si mesmo operante, nada impede que a lei comum venha a precisar dados não constantes da norma constitucional para sua melhor funcionalidade, que se mostrem úteis à sua implementação.

Com efeito, como já mencionado (v. pp. 83 e 84), embora o comando constitucional seja bastante em si para deflagrar todos os efeitos a que se preordena, parece cuidar-se de regra que comporta o tratamento do seu *modus operandi*, ou dos seus pontos de minúcia, através da legislação ordinária. Enfim, cogita-se de norma que admite um regramento anclar. Mas é importante que se frise, utilizando as expressões de Celso Ribeiro Bastos e de Carlos Ayres de Brito, que a legislação regulamentadora é de mero revestimento, pois não vai ser pressuposto para a existência do direito, permanecendo a norma constitucional a mesma, antes e depois da sua regulamentação subalterna.<sup>324</sup>

Para a segunda corrente, durante o dia a tutela constitucional é menos ampla, visto que a lei ordinária pode definir os casos de entrada na casa durante aquele período.<sup>325</sup> Ou seja, durante o dia a proteção constitucional existe, mas pode a inviolabilidade deixar de existir por determinação judicial, embasada em lei que determine os casos em que caiba. Parece que, consoante esse entendimento, como a atividade jurisdicional é vinculada à Constituição e à lei, o juiz não poderá autorizar a intrusão domiciliar discricionariamente, a seu talante, mas apenas com fulcro em normas legais e nos limites de suas disposições. Ademais, destaca Fernando da Costa Tourinho Filho, "não se deve deslembrar que, em face do princípio do *due process of law*, o juiz não pode agir em desconformidade com o Direito preestabelecido..."<sup>326</sup>

Na realidade, constata-se, com fundamento na cláusula de reserva legal prevista nos textos constitucionais anteriores, que há diversas leis regulando assuntos variados, tais como procedimentos judiciais e policiais, que permitem a entrada no domicílio.

Exemplificando: a lei processual civil estabelece hipóteses de invasão do domicílio, sem consentimento do morador. Na efetivação de penhora, sequestro, arresto e busca e apreensão, ao oficial de justiça é autorizada a entrada na residência do devedor. Se o devedor

324. *Interpretação e Aplicabilidade...* cit., p. 45.

325. Cf. Pinto Ferreira, *Comentários...* cit., v. 1/82. V., também, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários...* cit., v. 1/37; Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., v. 3/316.

326. Ob. cit., v. 3/316.

fechar suas portas, a casa poderá ser arrombada, mediante ordem judicial, e na presença de duas testemunhas (arts. 659, 660, 661, 821, 823, 842). Mas aqui, note-se, se a lei estabelece os casos, a invasão efetiva depende de ordem judicial.

Por sua vez, o Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.689, de 3.10.41), em seu art. 240, depois de recomendar em que circunstâncias a busca e apreensão terá lugar, ou seja, quando houver fundadas razões que a autorizem, faz uma resenha dos seus objetivos. Tratando normas para a sua realização, preceitua referido diploma legal: "Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado".

Como se vê, anteriormente à Constituição em vigor, a autoridade podia, ela própria, realizar a busca. Não precisava que outra pessoa a efetuasse. Se, porém, não desse a busca pessoalmente, se ordenasse que outrem a realizasse, a ordem tinha de ser consignada em documento, que, por isso mesmo, é conhecido como mandado.

Atualmente, diante da nova Constituição Federal, a autoridade policial não pode mais proceder de ofício pessoalmente ou por seu agente à busca domiciliar. Se desejar empreender uma busca domiciliar, mesmo que pretenda fazê-lo pessoalmente, haverá indeclinável necessidade de ordem judicial. Se o juiz não autorizar, não será possível, e, se mesmo assim vier a acontecer, responderá a autoridade criminalmente, pois a "entrada" se deu sem as formalidades legais.<sup>327</sup>

A propósito, registra Fernando da Costa Tourinho Filho que "o que inspirou o legislador constituinte nesta restrição foram os abusos cometidos por maus delegados, por maus policiais"<sup>328</sup>

Cabe ressaltar, por outro lado, a existência de leis, disciplinando atividades inerentes ao Poder Público e mesmo exercício de direitos individuais, que também podem resultar na penetração no domicílio.

Assim é que quanto à vigilância sanitária,<sup>329</sup> o Estado de São Paulo dispõe de Código Sanitário (Dec. estadual 12.342, de 27.9.78,

327. Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 157; Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 464; Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., v. 6/315.

328. Cf. ob. cit., v. 3/316.

329. Com respeito às restrições sanitárias, Duguit, na França, ao comentar medidas de evacuação à revelia do morador, de um local considerado insalubre (já que é medida que o prefeito, na França, pode determinar, com autorização do Tribunal de Polícia), para torná-lo habitável, declara-se contrário a elas, considerando tratar-se de poderes exorbitantes do Direito Comum e que atentam contra a propriedade privada, a liberdade individual, e a inviolabilidade do domicílio. (cf. ob. cit., t. VI/127).

e respectivas alterações). O art. 557 prevê quais serão as autoridades fiscalizadoras que, consoante o disposto no art. 559, terão "livre ingresso em todos os locais, a qualquer dia e hora, quando no exercício de suas atribuições". Define, também, a infração sanitária e elenca as hipóteses ocorrentes (art. 570).

Com relação a imóveis, em geral, o inc. XXV do art. 570 caracteriza como infração sanitária a "inobservância das exigências sanitárias relativas a imóveis, pelos seus proprietários, ou por quem detenha legalmente a sua posse".

Ainda com referência ao uso do imóvel, a mesma legislação proíbe, expressamente, que moradores de zona urbana mantenham chiqueiros ou pocilgas (art. 331). Veda, outrossim, que se mantenham animais que, pela sua espécie, quantidade ou instalações inadequadas, possam ser causa de insalubridade ou incômodo à vizinhança (art. 538).

Dispõe sobre penalidade de advertência, interdição ou multa, a serem aplicadas pela inobservância das suas disposições. Para realizar a fiscalização sanitária em imóvel, portanto, podem os fiscais entrar no domicílio e têm competência, inclusive, para estabelecer a sua interdição.

O Código Civil brasileiro, ao tratar dos direitos de vizinhança, permite que o proprietário confinante penetre no prédio vizinho para utilizá-lo temporariamente, quando isso for indispensável à construção, reconstrução, reparação ou limpeza de sua casa, bem como à limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e fontes já existentes (CC, art. 587 e parágrafo único), devendo, contudo, indenizar todos os danos que com isso causar a seu vizinho. A razão dessa restrição ao direito de uso do domicílio é, sem dúvida, de interesse público, pois as moradias devem ser bem conservadas, para que não ofereçam perigo aos moradores e vizinhos.

Ademais, as leis de segurança e higiene do trabalho também se caracterizam como limitação da inviolabilidade do domicílio. As empresas sem acesso do público são consideradas "domicílio", pela lei, mas têm de ser devidamente fiscalizadas. Em decorrência, a Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.-lei 5.452/43), no art. 156, dispõe que incumbe às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição, fiscalizar o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, bem como impor penalidades. Por outro lado, o art. 626 estatui que a fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalho será realizada pelo Ministério do Trabalho, e outros órgãos, por delegação. A seguir, fixa todos os requisitos de validade da fiscalização, como necessidade da lavratura de auto de infração, da existência de livro de "Inspeção do Trabalho", onde de-

verão registrar-se, inclusive, a data e hora de início e término da inspeção, e a obrigação do agente de apresentar os elementos de sua identificação funcional.

À vista da legislação citada, o que se coloca diante do texto constitucional, e presentes as duas posições anteriormente apontadas, é se tais leis são constitucionais e, portanto, foram recepcionadas, ou se são inconstitucionais. Ou seja, questiona-se se o juiz estará limitado ou condicionado, no exercício de sua atividade, a tais leis.

Pela primeira corrente, não seria admissível penetração no domicílio com fulcro nessas leis, que, no tocante a esse aspecto, estariam revogadas ou viciadas de inconstitucionalidade superveniente.

Em contraposição, para os defensores da segunda corrente, tais leis teriam sido recepcionadas pelo texto constitucional, que apenas impôs um *plus* para a invasão domiciliar, qual seja, a autorização judicial. E, nessa linha, não haverá impedimento para que novas leis continuem sendo editadas, estabelecendo os casos que possibilitem a penetração domiciliar sem consentimento do morador, desde que sob a tutela jurisdicional.

Na verdade, a reserva jurisdicional, no texto, parece plena. A competência para o juiz autorizar ou não a penetração no domicílio vem da Constituição, que é lei, a Lei Maior. Assim, o exercício dessa competência, pelo juiz, não depende de lei ordinária, o que significa dizer que, em cada caso concreto, o juiz decide e atua.

Todavia, a reserva jurisdicional não exclui leis que, disciplinando a atividade dos poderes estatais, particularmente do Poder Executivo, indiquem hipóteses que possam ensejar penetração no domicílio; porém, a efetivação dessa providência dependerá, sempre, de mandado judicial.

É preciso ter presente que a atividade dos Poderes Públicos e o exercício das competências estatais (União, Estados e Municípios), que forçosamente dependem de lei (princípio da legalidade), prevêm, por vezes, a necessidade de penetração no domicílio (p. ex. nos casos de fiscalização sanitária). Nesses casos, a lei disciplina a atividade do Poder Público, mas a invasão do domicílio, que é protegida pela Constituição, só pode efetivar-se sob a tutela jurisdicional.

Outro ponto a ser abordado diz respeito aos casos e condições em que a autoridade judicial pode permitir a franquia à casa. Na sequeência do raciocínio anteriormente desenvolvido, essa questão também pode ser respondida de várias maneiras, dependendo da ótica pela qual o problema é encarado.

Para Celso Ribeiro Bastos, cabendo ao magistrado analisar se está diante ou não de caso que comporte invasão, deve fazê-lo "dentro



de uma ampla discricionariedade que a Constituição lhe confere". E acrescenta: "é óbvio, contudo, que estas decisões haverão de ser proferidas dentro do maior informalismo processual concebível".<sup>330</sup>

Alcino Pinto Falcão, após tecer acirradas críticas ao preceito em exame e considerá-lo, mesmo, absurdo, pontifica que "o texto peca em falar em 'determinação judicial', praticamente impossível de obter com a imprescindível *festinazione*, em País de dimensão continental como o nosso. Deverá ser: ordem da autoridade competente, como era e deve ser. Meros agentes da autoridade, sem ordem desta (civil ou, excepcionalmente, militar), que será a responsável, não poderão fazer a diligência. Com isso, estaria garantido, pela estrita observância das formalidades legais, o direito do cidadão e da sociedade, da qual faz parte. Como está, os marginais de todo o tipo é que são os grandes beneficiários da imperfeição do texto em comentário".<sup>331</sup>

E, mais adiante continua: "Mesmo que se trate de ordem judicial (em especial quanto a esta, dado o formalismo essencial ao exercício da função), tem que estar vestida com o devido aparato legal e não pode ser geral (ordem para revistar todas as casas de um logradouro, vila ou o que seja). A cada casa deve corresponder uma ordem singular".<sup>332</sup>

Não obstante a opinião de Alcino Pinto Falcão, está fora de dúvida que a Constituição entendeu indispensável a determinação judicial, pelo que não basta simples autorização da autoridade competente.

Há os que sustentam, como já se viu, que referida determinação judicial pressupõe lei definidora dos casos de seu cabimento.<sup>333</sup>

Qualquer que seja o posicionamento adotado, parece irreversível que o Poder Judiciário só poderá autorizar a penetração na casa através de determinação precisa, sempre motivada,<sup>334</sup> para reforçar a garantia. Ademais, o juiz deverá se guiar por critérios de razoabilidade, de extrema cautela, para que não venha a agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente, de modo a cometer arbitrariedades ou abuso de poder. Por outro lado, o controle de constitucionalidade das leis permissivas está sob a tutela jurisdicional.

330. Caio Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários...* cit., v. 2/68.

331. Ob. cit., v. I/187.

332. Ob. cit., v. I/189.

333. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários...* cit., v. I/37; Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., v. 3/316.

334. Cf. art. 93, IX e X, da CF, que exigem fundamentação e motivação nas decisões judiciais.

Exemplo significativo dessa problemática que pode ser trazido à colação: é o art. 7º da Lei das Desapropriações (Dec.-lei 3.365, de 21.6.41), que permite a penetração — para vistorias, medições — pelas autoridades administrativas em imóvel declarado de utilidade pública, que podem, inclusive, em caso de oposição, recorrer ao auxílio de força policial. Questionando a validade desse dispositivo frente ao texto constitucional, diz José Cretella Júnior: "Esse fato administrativo — a penetração — que não se confunde com a imissão de posse, estava antes previsto em lei, tinha finalidade específica e decorre da auto-executoriedade do decreto expropriatório, não se configurando, na hipótese, antes, violação domiciliar. E agora? Na penetração administrativa o morador era obrigado a consentir a entrada, no imóvel, casa ou terreno e, se oferecesse resistência, o Poder Público poderia requisitar auxílio de força policial. A hipótese constitucional, porém, é outra, porque protege a liberdade física do indivíduo e aqui se trata da 'liberdade' do imóvel sobre o qual incide o decreto expropriatório. Desse modo, o indefinido 'ninguém' refere-se a 'todo penetrador', particular ou público, mas, regra geral, o princípio é dirigido ao Poder Público, no uso do poder de polícia. Leis civis e penas regulam a violação da casa alheia, sem consentimento do morador, proprietário ou locatário, há proteção de regra constitucional, independente, pois, de regra permissiva, constante de lei ordinária, a saber: a) para prisão em flagrante delito; b) para prestação de socorro; c) para acudir pessoa ferida em desastre; d) por determinação judicial, se a penetração ocorrer durante o dia. A lei ordinária pode permitir casos de entrada, de dia, para particulares, como no caso de remover pessoa morta, ou ferida, na ausência do morador. Do mesmo modo, quem quer que penetre, de noite, em casa alheia, sem consentimento do morador, ou sem ser para acudir vítimas de desastre, ou para prestar socorro, viola o domicílio, caso em que a lei penal incide sobre o penetrador".<sup>335</sup>

Essa problemática já está começando a ser suscitada nos Tribunais pátrios. Assim é que a Municipalidade de São Paulo vem requerendo, com fundamento no art. 7º do citado Dec.-lei 3.365/41, autorização judicial para a entrada de seus funcionários em imóveis expropriados a fim de procederem a levantamentos e sondagens dos terrenos.<sup>336</sup>

Já, no acórdão proferido no MS 427-469-1-SP (j. 4.10.89), objetivando suspender ordem de arrombamento da residência do impe-

335. *Comentários...* cit., v. I/263.

336. Cf. Autos de Desapropriação 1.106/91, da 7ª Vara da Fazenda Pública, Municipalidade v. Distribuidora de Bebidas São Miguel Paulista Ltda., despacho de autorização publicado no DOE, 6.4.92.

trante para arresto cautelar preparatório de execução de título extrajudicial, decisão também atacada por agravo de instrumento, o 1º Tribunal de Alçada Civil, 2ª Câmara, por maioria de votos, houve por bem conceder a segurança para revogar a ordem de arrombamento. Da referida decisão judicial, publicada com a ementa — "Domicílio — Inviolabilidade constitucional — Legalidade estrita, só podendo o juiz suspender a garantia na forma da lei — Direito brasileiro e Comparado" — convém extrair os seguintes trechos:

"O despacho agravado, além de conceder a tutela cautelar *in itinere*, deferiu o arrombamento do apartamento residencial do impetrante, com requisição de força, baseado em mera presunção da possibilidade de resistência ao cumprimento do arresto, presunção que decorreria de fatos certificados por oficial de justiça, tais como, que o réu estaria foragido, em local incerto, podendo ter deixado o País (fls. 48).

"...

"Nas informações, o Magistrado diz ter deferido o arresto porque o impetrante está foragido, e que o arrombamento só foi autorizado para o caso de haver resistência (fls. 22 e 23), ficando claro que percebeu o excesso do despacho (proferido sem ressalvas).

"O MM. Juiz lembra que está autorizado pela Constituição, mas a mesma Constituição assegura a inviolabilidade do domicílio (CF de 1988, art. 5º, XI), como diz o Cons. Celso Ribeiro Bastos, a ponto de sobrepor-se às conveniências (cf. Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição*, 1989, v. 2/89) ou, como estabelece a Constituição da República Federal da Alemanha, a ponto da lei fixar os limites de suspensão da garantia de que o domicílio é inviolável...

"...

"Mas, conclui-se que o excesso aqui ocorrido não se justifica... Não tem sentido a ressalva lançada nas informações da autoridade coatora, que não esconde a ilegalidade flagrante da decisão que tomou, violadora de direito constitucional líquido e certo do impetrante.

"Aqui o juiz está preso à legalidade estrita. Na década de 50, na Alemanha, houve quem objetasse ao mandamento da sujeição do juiz à lei, considerando um retrocesso ao positivismo condenado pela História (E. von Hippel, "Die Rechtssprechend Gewalt und das Richtergesetz", in *Juristenzeitung*, 1956, 1/2, *apud* Vlademir Tumánov, *O Pensamento Jurídico Burguês Contemporâneo*, Lisboa, 1985, p. 119). Mas, era extremamente perigoso deixar que isso ocorresse. Não vingou na Alemanha, muito menos entre nós pode vingar. No julgamento da lide, cabe ao juiz aplicar as normas legais (CPC, art. 126). O prestígio do sistema *judge-made-law*, fora da Inglaterra, não resistiria à instituição do juiz teutônico ou do juiz latino onipotente que, a pretexto da supremacia do Direito, bem sustentaria o Estado tota-

litário, transformando o processo (sem falar no Direito Administrativo) em instrumento de autoritarismo, em fórmula jurídica de justificar a autoridade e o poder do Estado.

"Está no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça que o arrombamento, calcado na presunção de que o litígio penal venha a ocorrer, reverte o quadro: a autoridade, com abuso de poder, pratica violação de domicílio (fls. 76).

"...

"Se houvesse resistência ao cumprimento de mandado cautelar, devidamente certificada (independentemente da qualidade das partes ou do objeto da lide), então era possível cogitar de um pedido de arrombamento e requisição de força (CPC, arts. 579, 660 a 663).

"Quando a lei põe o fim também dá os meios. Se há direito de arresto, a execução está garantida. Entretanto, nada disso ocorreu, pelo que a decisão é teratológica, comportando cassação pelo mandado de segurança."

A mesma divisão de opiniões persiste no que tange às demais indagações formuladas, concernentes à possibilidade de invasão de casa por decisão administrativa, sem autorização judicial; a questão avulta em importância diante da realidade brasileira, no caso de adoção da medida se tornar urgente e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial.

Ao ponderar sobre a penetração domiciliar por autoridade administrativa, diz Celso Ribeiro Bastos:

"É forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridades administrativas, de natureza policial ou não.

"Perdeu, portanto, a Administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa; mesmo em casos de medidas de ordem higiénica ou de profilaxia e combate às doenças infecciosas, ainda assim é necessária uma ordem judicial para invasão."

A seu turno, José Gretella Júnior também observa: "Se o juiz, o Poder Judiciário, a autoridade judiciária é que determina a entrada, durante o dia, a autoridade administrativa tem o poder-dever de entrar... Sem mandado do juiz, a casa não pode ser penetrada, frangida, adentrada."

337. AASP n. 1.623.

338. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários*... cit., v. 2/68. V., também, Celso Ribeiro Bastos, *Curso*... cit., p. 184.

339. *Comentários*... cit., v. 1/265.

Ainda sobre a incursão das autoridades administrativas no domicílio, pondera Luiz Augusto Paranhos Sampayo: "As demais incursões ocasionadas pelo poder de polícia dos órgãos públicos não poderão concretizar-se sem a autorização do morador, como, p. ex., nas hipóteses seguintes: leitura de relógios de aferidores de energia elétrica, hidrômetros, serviços sanitários etc., isto porque o princípio da inviolabilidade do domicílio não protege somente a casa, mas também as suas dependências, como jardins, pátios, quintais etc." 340

Assim, cada situação deve ser decidida de acordo com as circunstâncias e pela avaliação da natureza do caso, como, aliás, já salientou Weinberger a propósito do Direito americano. 341

Todavia, indubitavelmente, acabarão ocorrendo casos de invasão domiciliar sob a alegação — verdadeira ou não — de que a adoção da medida era extremamente urgente para a defesa do interesse público e que não comportava — ou não se conseguiria a tempo — a determinação judicial, sem sacrifício ou risco para a coletividade, ou sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia.

Imagine-se, p. ex., qual a orientação jurídica a ser adotada em situações que exijam a remoção compulsória e imediata de moradores em áreas de alto risco, com possibilidade de deslizamentos e desabamentos.

Ora, tratando-se de invadir a casa do indivíduo, a Constituição atual tem norma expressa — art. 5º, XI — que permite afirmar que, diante do desastre ou da calamidade já ocorrida, ou durante a sua ocorrência, ou quando esteja em via iminente de ocorrer, é lícito à autoridade pública investida do poder de polícia penetrar na casa particular e remover as pessoas, mesmo compulsoriamente, independentemente de recurso às vias judiciais.

Há que se assinalar que, mormente no caso da utilização de meios coativos, que, indubitavelmente, interferem energeticamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se utilizando de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Impõe-se que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo

objetivo, e só se legitimam na medida em que são não só compatíveis como proporcionais, ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa.

Daí admitir-se inferir que, quando a situação for de emergência, por apresentar risco iminente à segurança — comprovada por meios técnicos adequados — a autoridade investida do poder de polícia pode agir compulsoriamente, usando de suas próprias forças, para interditar o uso de locais e residências, para remover pessoas, ou adotar todas as medidas consideradas necessárias para evitar o dano.

Todavia, quando a situação de risco for previsível, mas o perigo não for iminente, deve a Administração, diante (ou na falta de) de legislação específica definindo os atos de polícia cabíveis, recorrer ao Poder Judiciário para atingir os referidos objetivos. 342

É, porém, incontestável que são situações que apresentam vários interesses em jogo: além do interesse do particular na manutenção do *sistat quo* (muitas vezes ilegal, por implicar invasão de propriedade alheia, em geral pública), há interesses de natureza pública, como o relativo à segurança das pessoas, à preservação da vida e da integridade física de seres humanos, como também o interesse em proteger o erário público contra eventuais indenizações oriundas de responsabilidade civil do Estado. Compete à autoridade pública, diante de cada caso concreto, decidir qual o interesse que, dentro de uma escala de valores, deve ser melhor preservado. Em muitos casos, quicá, a omissão do Poder Público pode gerar consequências muito mais graves do que a sua atuação.

Tais casos acabarão sendo resolvidos pelos tribunais, a exemplo do que, como se viu, tem ocorrido nos Estados Unidos e na Espanha. Convém relembrar a sentença do Tribunal Constitucional Espanhol 22/1984, de 17 de fevereiro, que estabeleceu: "o fato de encontrar-se executando uma decisão, judicial ou administrativa, legalmente adotada, não permite a entrada e o registro em um domicílio particular. Sem consentimento do titular ou resolução judicial, o ato é ilícito e constitui violação do direito, salvo em caso de flagrante delito e salvo, naturalmente, as hipóteses que geram causas de justificação, como pode ocorrer com o estado de necessidade" (cf. jurisprudência cit. às pp. 49 e 50).

Também se destacou que na jurisprudência americana algumas buscas não são consideradas "irrazoáveis" e podem ser feitas sem mandado. Assim, entre outros, no caso *Frank v. Estado de Maryland*,

342. Nesse sentido v. o parecer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, exarado em 10.1.91, no proc. PGE 103.974/91, tendo como interessada a Coordenadoria Estadual de Defesa Civil — Casa Militar.

340. Ob. cit., v. 1/87.

341. Ob. cit., p. 72.

359 U.S. 360 (1959), relevou-se a necessidade de mandado autorizando funcionário a penetrar em moradia para inspecionar condições sanitárias, sob a alegação de que o poder de inspecionar lugares de moradia é imprescindível à manutenção dos padrões de saúde pública (v. pp. 39 e 40). Claro está que, no Brasil, como fora dele, a última palavra caberá ao Poder Judiciário.

A verdade é que, apesar de tratar-se de matéria de suma relevância, a doutrina pátria ainda apenas aflora o tema, e, no final, caberá ao próprio Poder Judiciário, como intérprete máximo da Constituição, estabelecer a amplitude, o limite e o alcance dessa regra.

## Capítulo VII

# AS MEDIDAS EXCEPCIONAIS DE DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL E AS LIMITAÇÕES AO DIREITO À INVIOIABIIIDADE DO DOMICÍLIO

### 1. O sistema constitucional das crises: introdução

O Estado Democrático de Direito pressupõe normalidade constitucional, ou seja, o respeito às normas jurídicas pela comunidade.

Todayia, em algumas situações essa normalidade é rompida e, por conseguinte, põem-se em grave risco as instituições democráticas.

Diego Valadés observa, com David Easton, que "o equilíbrio é o elemento que caracteriza a ordem constitucional".<sup>343</sup> E continua: "o equilíbrio constitucional consiste na existência de uma distribuição relativamente igual do poder, de tal maneira que nenhum grupo, ou combinação de grupos, possa dominar sobre os demais".<sup>344</sup> Para concluir, com Catlin, que "a Democracia é o equilíbrio mais estável entre os grupos do poder".<sup>345</sup> Daí resulta, conforme os mesmos autores, que "a competição entre os distintos grupos sociais só é tolerável na medida em que esses mesmos grupos estejam subordinados aos procedimentos constitucionais".<sup>346</sup> Isto significa que, fora destes parâmetros, as competições pelo poder geram uma situação de crise que poderá assumir as feições de crise constitucional, e, se esta não for administrada a contento, poderá provocar o rompimento do equilíbrio constitucional, pondo em risco os valores juridicamente consagrados.

Em face de uma tal situação é que surge a função do chamado "sistema constitucional das crises", considerado por Aricé Moacyr

343. Cf. *La Declaración Constitucional en América Latina*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 31, citando David Easton, *Política Moderna*, México, Editorial Letras, 1968, pp. 177-278, apud José Alfonso da Silva, *Curso...* cit., p. 643.

344. *Idem*, *ibidem*.

345. *Idem*, *ibidem*.

346. *Idem*, *ibidem*.