



## INVIOABILIDADE DOMICILIAR EM QUESTÃO NO BRASIL: A NOVA LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ANA KAREN VASCONCELOS ARAÚJO<sup>1</sup>  
 JUAN FONTELES CAVALCANTE<sup>2</sup>  
 DIEGO SABÓIA E SILVA<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo possui o objetivo geral de compreender as questões relativas às possibilidades de imposição de restrições aos direitos fundamentais, em especial o direito à inviolabilidade domiciliar. Objetiva também um diálogo acerca da criatividade judicial, bem como até que ponto essa pode ser considerada legítima, em consonância com a tripartição das funções estatais. Além disso, objetiva, de forma específica, analisar o recurso extraordinário proferido pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade da entrada da autoridade policial em um domicílio, sem a anuência do morador, desprovida de mandado judicial e mesmo durante o período noturno.

**Palavras-chave:** *Inviolabilidade domiciliar. Teoria dos limites dos limites. Criatividade Judicial. Direitos fundamentais. Constitucionalidade.*

**Abstract:** The present article has the general objective of understanding the questions related to the fundamental right's restrictions, especially those related to the domicile inviolability right. Also has the purpose of dialogue about the judicial creativity and how far it can be considered legitimate, according to the state function's tripartition. Besides, has the specific objective of analyze the extraordinary appeal uttered by Supreme Court that allows the entrance of police officers in a residence, without the permission of the resident, devoid of court order, and even at night.

**Key-words:** *Domicile inviolability. Theory of limits. Judicial Creativity. Fundamental Rights. Constitutionality.*

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade geral a análise do direito à inviolabilidade domiciliar sob seus diversos aspectos, bem como as hipóteses em que esse princípio pode ser relativizado. Especificamente, a análise do citado direito será atrelada à decisão do Supremo Tribunal Federal que autoriza a autoridade policial, se dotada de fundadas razões de que no

<sup>1</sup>Acadêmica de Direito do 3º semestre pela *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). E-mail: karenvasconcelosaraujo08@gmail.com

<sup>2</sup> Acadêmico em Direito do 3º semestre pela *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). E-mail: juanfontelescavalcante@outlook.com

<sup>3</sup> Orientador. Doutor em Ciência Política pela *Universidade Federal Fluminense* (UFF). E-mail: diegosaboiasilva@gmail.com



interior do domicílio esteja ocorrendo um ato ilícito, a adentrá-lo sem a autorização do morador, independentemente da existência de um mandado judicial e mesmo durante o período noturno.

Para isso, será adotada a Teoria dos Limites dos Limites, que preceitua que mesmo que os direitos fundamentais não sejam absolutos, podendo, dessa forma, comportar relativizações, devem essas limitações obedecer a uma série de critérios específicos que aferem sua legitimidade na restrição à abrangência do direito ou garantia fundamental. Ademais, será adotada a Teoria da Separação Tripartite de Funções Estatais para o exame das funções relativas ao Poder Judiciário, de modo a compreender até que ponto pode a criatividade judicial ser considerada legítima, sem grave prejuízo à democracia e à separação de poderes, em especial no que diz respeito ao caso da relativização da inviolabilidade do domicílio pelo Supremo Tribunal Federal.

O método de abordagem utilizado é o indutivo, analisando-se o recurso extraordinário do STF, o qual implica uma nova limitação à abrangência do princípio da inviolabilidade domiciliar. Como método de procedimento é utilizado o monográfico e a técnica de pesquisa é a bibliográfica, nas searas do Direito Constitucional e da Hermenêutica Constitucional.

## **O DIREITO À INVIOABILIDADE DOMICILIAR**

A consagração na Constituição Federal de direitos e garantias fundamentais dotados de força normativa, tendo como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana, visa à proteção dos indivíduos contra o arbítrio do Estado, com sua eficácia vertical, e contra possíveis violações de seus direitos por outros sujeitos com sua eficácia horizontal.

O direito ao domicílio, assim como à propriedade em geral, é considerado um direito natural, inerente do ser humano. Segundo Fernandes (2017, p. 478):

Para muitos autores, a figura da propriedade suscita mais elementos de ordem política que necessariamente jurídica, sendo considerada, por um tempo, um dos mais importantes direitos naturais, presente nas declarações de direitos da época do surgimento do constitucionalismo.



Entre os direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico está presente o direito à inviolabilidade domiciliar, que compreende a casa como o “asilo inviolável do indivíduo” e limita as hipóteses de entrada no domicílio sem a autorização do morador, possível apenas nos casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou por ordem judicial, sendo esta última hipótese possível apenas durante o dia.

Para uma melhor compreensão a respeito da finalidade e do âmbito de abrangência da norma, serão analisados a seguir os termos utilizados pelo legislador constituinte na redação da norma e as hipóteses previstas em lei nas quais esse princípio poderá ser relativizado.

#### OS CONCEITOS DE “DOMICÍLIO” E DE “DIA” NO DIREITO À INVIOABILIDADE DOMICILIAR

No aspecto cível, domicílio corresponde ao lugar em que uma pessoa estabelece sua residência com ânimo definitivo. Entretanto, apesar do emprego em sua redação do termo “casa”, na dimensão do direito constitucional o domicílio é visto de forma mais ampla, sendo considerado domicílio, além da moradia do indivíduo, qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado onde alguém exerce atividade ou profissão.

É, portanto, criticável o termo utilizado pelo constituinte. Por isso, ele deve ser interpretado (de forma ampliativa à luz do conceito jurídico de casa) como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividade, nos termos do art. 50 § 4º do Código Penal. Com isso, temos que os consultórios, escritórios ou mesmo estabelecimentos comerciais ou industriais de acesso restrito ao público (locais nos quais as pessoas exercem atividade de índole profissional com exclusão de terceiros) devem ser enquadrados no conceito de domicílio previsto na Constituição. (FERNANDES, 2017, p. 500)

Contudo, veículos públicos ou pessoais não são considerados domicílio, exceto em casos específicos, como a cabine do caminhão de um indivíduo que trabalha com o transporte de produtos. Por conta do aspecto profissional e do tempo gasto pelo sujeito ocupando o veículo, bem como pela possível presença de itens pessoais, a cabine de caminhões é, em alguns aspectos,



considerada domicílio, pois se encaixa no conceito de compartimento privado onde o indivíduo exerce atividade ou profissão. É necessário salientar, contudo, que apenas a cabine do caminhão é considerada domicílio, não sendo protegida pela inviolabilidade domiciliar a parte do caminhão responsável pelo armazenamento das mercadorias.

Dessa forma, é notável a relação existente entre o direito à inviolabilidade domiciliar e os direitos à intimidade e à privacidade, dado que a invasão de um domicílio implica na invasão do espaço pessoal ou profissional de um indivíduo, onde ele recupera suas energias para o dia a dia e mantém suas relações familiares.

Na hipótese de entrada em um domicílio sem a anuência do morador, faz-se necessário um mandado judicial. Porém, segundo a Constituição Federal, mesmo com a existência de um mandado, só será essa penetração possível durante o dia. Surge então a dúvida sobre o que se pode considerar ser “dia”.

É interessante que a Constituição, mesmo havendo ordem judicial, não permite (salvo as exceções já citadas) o ingresso no domicílio no período noturno mas, não diz nada sobre a possibilidade da busca domiciliar que foi iniciada de forma adequada (período diurno) se estender para o período noturno. Entendemos que as diligências não podem se estender ao período noturno (adentrando-lhes de forma indefinida), de modo a afrontar o sossego e a privacidade. Porém, excepcionalmente e de forma proporcional (proporcionalidade) poderíamos ter uma extensão (excepcional), dependendo das circunstâncias e especificidades do caso, e, até mesmo, dos objetos procurados (em uma ação, por exemplo, de grande complexidade). (FERNANDES, 2017, p. 502-503)

Existem dois principais critérios utilizados para diferenciar dia de noite. O primeiro deles é o critério físico-astronômico, que afirma que “dia” compreende o período de iluminação solar, ou seja, do nascer do sol até o crepúsculo. José Afonso da Silva (2010) entende de forma diversa, afirmando que dia é o período entre as seis horas da manhã e seis horas da noite. Ainda assim, o critério mais utilizado atualmente no Brasil é o físico-astronômico.

Sanadas as dúvidas a respeito dos conceitos presentes na redação do artigo, partir-se-á para a verificação das exceções ao direito de inviolabilidade do domicílio presentes na Carta Magna.



## AS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR PREVISTAS NA NORMA

Um sujeito, ao adentrar um domicílio, deve ter autorização do morador. Essa autorização pode ser expressa, quando o residente exterioriza sua concordância quanto à entrada do visitante em sua residência ou local de trabalho, e pode também se dar de maneira tácita, quando, apesar de não exprimir sua anuência quanto a entrada de outrem em seu domicílio, o domiciliado age de maneira que leva a entender sua permissão para a entrada no domicílio.

Contudo, por se tratar de um direito fundamental, o princípio da inviolabilidade domiciliar comporta relativizações em sua abrangência para que outros direitos fundamentais possam ter seu alcance aumentado.

Dessa forma, a Constituição Federal elenca as situações em que se pode restringir o alcance da norma:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...) XI - 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;

O flagrante delito, segundo o Código de Processo Penal, ocorre nos casos de:

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.



As hipóteses de desastre ou prestação de socorro se exemplificam nos casos de incêndio e de ajudar uma pessoa que esteja necessitando de cuidados imediatos para a manutenção de sua vida.

Percebe-se que as três primeiras exceções previstas pela norma têm como finalidade a proteção da integridade física do morador em caso de infortúnios, como desastres ou crimes que estejam ocorrendo no interior da residência. Nesses casos, por conta do iminente risco à vida do próprio residente, torna-se desnecessária a existência de um mandado judicial para a entrada na casa, ocorrendo assim uma relativização do direito à inviolabilidade do domicílio em prol do direito à vida.

Assim sendo, torna-se inviável a acusação de violação de domicílio caso um indivíduo adentre a residência do outro para, por exemplo, salvá-lo de um incêndio que está ocorrendo no interior da casa, ou na hipótese de um policial penetrar uma residência em que os moradores estão sendo mantidos como reféns em caso de um flagrante delito. Como afirma Bahia (2017, p. 131):

É possível se perceber que a inviolabilidade domiciliar está protegida pelo princípio da reserva de jurisdição, ou seja, como já visto, salvo nas hipóteses excepcionais (que se exigissem a ordem judicial seria cometer a maior das injustiças), somente o juiz poderá determinar a restrição desse direito fundamental.

A última hipótese prevista na norma, que permite a entrada com um mandado judicial durante o período diurno, por outro lado, demonstra uma limitação à abrangência da inviolabilidade domiciliar em prol da manutenção da ordem jurídica e da segurança pública.

As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta. (Art. 245, CPP)

Dessa maneira, as exceções previstas na lei visam o desenvolvimento de outros direitos fundamentais que visam, sobretudo, a proteção da vida do morador e da segurança pública.

É importante ressaltar que o direito à inviolabilidade domiciliar está presente no ordenamento jurídico de diversos países, como é o caso da “Constituição francesa de 1791, que no título I, § 4º, declarou ‘a inviolabilidade da propriedade ou a justa e prévia indenização daquela



de que a necessidade pública, legalmente comprovada, exigiu o sacrifício”’. (TAVARES, 2012, p.698)

A inviolabilidade do domicílio é, portanto, um direito que objetiva a proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo, prezando pelo sigilo de suas relações pessoais e de aspectos sigilosos de sua carreira profissional.

### **NOVA LIMITAÇÃO CRIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Além das previsões de limitação ao direito da inviolabilidade domiciliar previstas pelo legislador constituinte no momento da elaboração da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal admitiu uma nova circunstância em que é permitida a entrada em um domicílio sem a concordância do morador.

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

Essa nova restrição traz à tona a discussão a respeito do poder criativo do órgão judiciário e até que ponto esse poder pode ser considerado legítimo, sem prejuízo à repartição das funções estatais. Além disso, evidencia a questão acerca da possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, bem como os critérios que devem ser obedecidos ao reduzir o alcance desses direitos.

### **TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS: O PODER CRIATIVO DO ÓRGÃO JUDICIÁRIO**

A Constituição Federal preceitua, em seu Art.2º, a separação das funções estatais, afirmando; “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”’.

A independência dos poderes estatais consiste em sua capacidade de tomar decisões e realizar funções que lhes são próprias, sem a necessidade da autorização de outro órgão. Deste



modo, não precisa o Poder Judiciário obter a permissão do Poder Executivo para o exercício de competências que lhe são atribuídas pela Constituição.

Por outro lado, a harmonia entre os poderes reside na obediência à repartição de obrigações, ou seja, a não interferência de um poder na esfera de competência de outro órgão. Dessa forma, a divisão básica das competências dos órgãos é: a do Executivo, de administrar a respectiva circunscrição em que exerce seu poder, por meio da efetivação das normas; a do Legislativo, de criar leis que respeitem e efetivem os direitos fundamentais e regulem a vida em sociedade; a do Judiciário, de garantir a observância dessas normas, por meio da imposição de sanções àqueles que não as obedecem.

Contudo, a independência e divisão não são absolutas, como assinala Silva (2010, p.110): “Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro (...)”. É o caso da possibilidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei criada pelo Poder Legislativo.

É necessário observar, contudo, até que ponto pode um poder intervir na esfera de atribuições de outro, sem causar prejuízos à ordem democrática. Desse modo, adentra-se na questão do poder criativo do juiz.

Afirma Silva (2017, p.166-167):

Advirta-se, entretanto, que a expressão “ativismo judicial” possui pluralidade significativa. Tal postura “pró-ativa” desdobra-se, em um primeiro sentido, na legítima – logo, lícita – intervenção do Judiciário no âmbito de competência das demais funções estatais (Legislativo e Executivo), quando estas se abstêm da prática de atos os quais não podem se furtar – omitem-se, portanto – ou quando, mesmo agindo, agem em desacordo, em maior ou em menor grau, com as prescrições estabelecidas pelo Direito. Em uma segunda acepção, o ativismo judicial caracteriza-se pela intromissão indevida do Judiciário nas atribuições do Executivo e do Legislativo, rompendo, dessa forma, a esfera que se faz necessária inexpugnável, pois que atenta contra princípio de envergadura constitucional: a separação entre os Poderes.

Destarte, nota-se a importância do ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sendo necessário para a manutenção da ordem jurídica. Contudo, essa





postura ativa não deve exceder seu limite, isto é, não deve intervir nas esferas de competência de outros órgãos se estes não se omitiram.

Como afirma Messias (2013): “É preciso repisar a ideia: quando se interpreta, se cria. É essa a função basilar dos órgãos judiciários. Não se trata apenas de escolher uma das alternativas possíveis, como já afirmado em outros tempos, mas sim de criar algo diferente.”

Essa interpretação pode ocorrer com a utilização de diversos métodos hermenêuticos, entre eles: o método gramatical, o sistemático, o histórico, o axiológico.

O método gramatical afere o significado dos termos empregados na redação da norma, sendo esse o primeiro método utilizado na interpretação da norma, tendo em vista que é satisfeito pela simples leitura e compreensão dos vocábulos utilizados, como acima foi realizado, por meio da exposição dos significados de “casa” e “dia”.

O método sistemático consiste na busca do significado da norma levando em conta todo o ordenamento jurídico, dessa maneira, deve esse significado ser constitucionalmente adequado, harmonizando-se com os demais dispositivos legais.

O método histórico leva em consideração a época em que a norma foi criada, buscando-se compreender a situação jurídica e sociológica daquele momento histórico, para que se possa adequar essa norma na contemporaneidade.

O método axiológico busca os valores e objetivos com que a norma foi criada, aferindo a finalidade da norma no momento de sua criação.

O direito à inviolabilidade do domicílio, por estar presente na CF/88, que, por sua vez, foi criada após a época da Ditadura Militar, objetiva, dessa forma, uma maior proteção a esse direito fundamental, protegendo-o do arbítrio do Estado ao elencar as hipóteses em que seria possível a restrição desses direitos e tornando necessária a ordem judicial para a entrada da autoridade policial sem o consentimento do morador.

Assim, ao interpretar a norma da inviolabilidade domiciliar, aplicando-a ao caso concreto da existência de fundadas suspeitas do cometimento de ilícitos, o Supremo Tribunal Federal está exercendo sua função criativa como guardião da Constituição. Essa função ocorre em



decorrência da obrigação do Poder Judiciário elaborar uma resolução para todos os casos que estejam sob sua apreciação, independentemente da existência de lei que trate expressamente daquele tema. Para isso, o órgão judiciário vale-se das cláusulas gerais, que contém termos amplos e consequências indefinidas. Justamente por conta de sua abstração e generalidade, o poder judiciário deve interpretá-las de modo a solucionar o caso em questão. Contudo, para que essa função criativa possa ser considerada legítima e sem ferir a tripartição de poderes, deve ela obedecer a uma série de critérios que a validem, que serão expostos no tópico subsequente.

Silva (2017), ao realizar uma análise sobre a importância da inserção da Ciência Econômica na tomada de decisões jurídicas, afirma a necessidade do Poder Judiciário levar em consideração, no exercício de sua função, de critérios mais técnicos, como a eficiência, não se pautando somente em aspectos subjetivos, de modo a alcançar a justiça e reduzir o risco do cometimento de arbitrariedades, limitando, desta forma, o poder criativo do órgão judiciário. Ademais, faz uma crítica à supervalorização do Poder Judiciário em detrimento do Legislativo e do Executivo, afirmando que o Poder Judiciário só deve interferir na esfera de competência dos outros poderes caso ocorra uma omissão por parte destes, além do que o ativismo judicial exacerbado acaba por prejudicar o amadurecimento político da sociedade brasileira, tendo em vista que ao corrigir políticas públicas ou normas falhas, o Judiciário acaba por trazer uma falsa ideia de que os políticos eleitos estão realizando um bom trabalho, de que realmente estão representando o interesse do povo, acarretando na manutenção do *status quo*, de modo a não ocorrer uma real mudança política com a inserção de representantes que realmente realizem a vontade comum.

Por conseguinte, atrelando-se o ativismo judicial ao caso em questão nesse artigo, não se entende ter ocorrido uma omissão do Poder Legislativo quanto às hipóteses de penetração em um domicílio, tendo em vista que ele elenca, no artigo 5º, XI, as hipóteses em que é lícita a entrada no domicílio sem o consentimento do morador. Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal acaba por exercer sua criatividade de modo excessivo, adentrando o âmbito de competência do Poder Legislativo.



## OS LIMITES À RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar do vínculo existente, os direitos fundamentais não se confundem com as garantias fundamentais, nem tampouco com os direitos humanos. Enquanto os direitos fundamentais são disposições meramente declaratórias, as garantias fundamentais são os mecanismos por meio do qual se põe em prática a proteção dos valores tutelados pelos direitos fundamentais. Os direitos humanos, por outro lado, representam os direitos fundamentais no âmbito internacional.

Todavia, apesar de sua relevância para a defesa dos indivíduos, os direitos fundamentais não são ilimitados, dada a impossibilidade da existência e efetivação simultânea de todos esses direitos caso eles fossem irrestritos. Rawls (2000) afirma a necessidade da limitação das liberdades individuais para que possam ser satisfeitas as liberdades da coletividade, de modo que a liberdade de um indivíduo é limitada pela liberdade de outro indivíduo. Da mesma forma, os direitos fundamentais de um sujeito podem ser restritos em prol de direitos fundamentais de outras pessoas ou mesmo de direitos fundamentais próprios que se contrapõem. Assevera Fernandes (2017, p.350)

O entendimento contemporâneo dos direitos fundamentais, ainda mais quando tomados como valores, representa uma leitura relativista. Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado). Nesses termos, temos a afirmação da inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais, sendo a posição topográfica que ocupam no texto constitucional apenas um elemento circunstancial, mas nunca revelador de uma superioridade entre eles.

Os direitos fundamentais são dotados de suporte fático, que se divide no âmbito de proteção e na intervenção. O âmbito de proteção refere-se ao bem jurídico protegido pela norma, como é o caso da privacidade e da intimidade quanto ao direito à inviolabilidade do domicílio. A intervenção, por outro lado, consiste nas restrições impostas ao direito fundamental. “Enquanto o âmbito de proteção define aquilo que se protege, a intervenção define aquilo contra o que se protege.” (NOVELINO, 2016, p. 279).



As intervenções podem ocorrer de duas formas: como restrição e como violação. Enquanto a restrição consiste em uma intervenção constitucionalmente fundamentada e seguindo todos os critérios devidos à limitação de um direito, a violação consiste em uma limitação inconstitucional a um direito fundamental, suscetível, dessa forma, de uma sanção jurídica, como a ação declaratória de inconstitucionalidade.

Novelino (2016) discute a questão das restrições aos direitos fundamentais a partir de duas teorias distintas, sendo elas a teoria interna e a teoria externa. A teoria interna afirma a existência de limites intrínsecos do próprio ordenamento jurídico, de modo que os limites dos direitos fundamentais são impostos de maneira implícita ou explícita pela própria Constituição, tendo a interpretação a mera função de declarar o que está prescrito na lei maior. Diversamente, a teoria externa separa o âmbito de proteção das restrições, compreendendo que as restrições ao direito atingem somente o caso concreto e não o valor protegido pela norma em si.

Dessa maneira, quando dois direitos fundamentais entram em conflito, como é o caso do direito à inviolabilidade domiciliar e o direito à segurança, um deles deve ter o alcance de seu conteúdo restringido para que o outro possa se desenvolver, sendo sempre avaliadas as circunstâncias do caso concreto. Contudo, mesmo que um direito fundamental se sobressaia a outro em determinado caso, este terá sua efetivação afastada somente no caso em análise, continuando a gerar efeitos nas demais situações.

Essa relativização dos direitos fundamentais, porém, não pode ser feita de maneira irrestrita, devendo obedecer a limitações, existindo assim “limites dos limites”. Novelino (2016, p. 290) reitera a importância da existência dessas limitações: “A restrição estatal aos direitos fundamentais revela um paradoxo: ao mesmo tempo em que são limitações ao poder do Estado, podem também ser limitados por ele.”.

Essas limitações à restrição dos direitos fundamentais se subdividem em limitações formais e limitações materiais. Os limites formais consistem em prescrições impostas pela Constituição Federal, que atribui a competência a certos órgãos para a prática de tais restrições, assim como a necessidade de se seguir procedimentos específicos. Os limites materiais, por outro



lado, dizem respeito à proteção do núcleo essencial do direito, à exigência de limitações claras, precisas e genéricas, a não retroatividade e a proporcionalidade, sendo esta última subdividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, “os direitos fundamentais por terem hierarquia constitucional, somente podendo ser restringidos por outras normas constitucionais ou em virtude delas.” (NOVELINO, 2016, p.288).

Os requisitos formais consistem na obediência ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa maneira, só é formalmente legítima uma restrição que esteja prevista em lei, seja essa lei a própria Constituição ou uma lei infraconstitucional que vise dar eficácia à alguma norma constitucional. Desse modo, deve existir uma autorização explícita ou implícita em lei para a restrição a esse direito fundamental. É preciso ressaltar que, na norma anteriormente citada, o vocábulo “lei” deve ser interpretado em seu sentido amplo, sendo consideradas leis inclusive medidas provisórias e leis delegadas.

Os critérios materiais, por outro lado, visam proteger o valor central da norma fundamental. Dessa maneira, não pode a restrição causar prejuízo ao núcleo do direito fundamental. No caso discutido nesse artigo, a limitação ao princípio da inviolabilidade domiciliar não pode causar prejuízo ao núcleo dessa norma, que seria, nesse caso, a proteção à intimidade e à privacidade.

Além disso, o princípio da não retroatividade visa a proteção da segurança jurídica, impedindo a retroatividade dessas restrições para tutelarem fatos ocorridos no passado. Se em um momento anterior à vigência dessa nova restrição, a autoridade policial houvesse invadido um domicílio sem autorização judicial ou a noite, não poderia, pautada na nova limitação a esse direito, declarar inocência.

A exigência de limitações claras e precisas pretende que a restrição ao direito fundamental seja inequívoca, não podendo, desse modo, existir quaisquer dúvidas a respeito de seu conteúdo, bem como de que forma e em quais situações específicas ela poderá ser aplicada. No caso do recurso extraordinário do Supremo Tribunal Federal, ao declarar que a autoridade policial pode



adentrar um domicílio se amparada em “fundadas razões justificadas a posteriori”, o tribunal deixa em aberto o que poderiam ser consideradas “fundadas razões”, não esclarecendo se seriam relatos de testemunhas, provas concretas do cometimento de atos ilícitos no interior do domicílio ou meras suspeitas, dando margem à atuação arbitrária da autoridade policial nesses casos. Essa ausência de especificação fere a necessidade de limitações claras e precisas no caso de restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais, desrespeitando, mais uma vez, as limitações materiais impostas às restrições dos direitos fundamentais.

Torna-se necessário adentrar um viés mais sociológico nesse caso, pois, devido à desigualdade social e à discriminação presentes no Brasil, os policiais, assim como a sociedade em geral, por vezes, tendem a classificar bairros de baixa classe econômica como locais propícios para a prática de crimes. Dessa forma, essa restrição criada pelo STF tende a prejudicar de forma mais intensa a população de classes socioeconômicas mais baixas, pois, ao relativizarem a proteção ao domicílio, acabam por retirar o sossego e a violar a privacidade e intimidade dessas pessoas. Essa relativização, por outro lado, é bem menos utilizada para adentrar domicílios de pessoas de classes econômicas mais altas, apesar de também existirem crimes ocorrendo no interior de domicílios de bairros mais ricos. Dessa forma, a relativização desse direito tende a intensificar ainda mais a diferença de tratamento pela autoridade policial de pessoas de classes socioeconômicas distintas.

Além disso, é mister que essa limitação seja genérica e abstrata, não podendo ferir o princípio da igualdade ao tratar sujeitos de forma diversa. Assim, não se pode criar uma limitação a um direito fundamental aplicável apenas a um indivíduo específico. O recurso do Supremo Tribunal Federal, apesar de não pretender tratar os indivíduos de maneira diversa, acaba por, em prática, intensificar essa diferenciação de tratamento entre os sujeitos de classes distintas, como afirmado anteriormente.

Por fim, deve a limitação acatar o postulado da proporcionalidade, que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.



A adequação consiste na aferição da legitimidade dos meios utilizados para se atingir determinado objetivo, assim como a legitimidade da finalidade almejada. Em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal, o objetivo almejado é a maior efetivação da segurança pública, logo, sua finalidade é constitucional e dotada de legitimidade. A dúvida, porém, consiste na constitucionalidade do meio empregado para se obter mais segurança.

O critério da necessidade afirma que, para se alcançar determinado objetivo, deve ser utilizada a medida dotada da menor onerosidade possível. Desse modo, existindo uma forma mais branda e outra mais danosa para se alcançar o mesmo objetivo, deverá ser aplicada a forma mais branda, sob pena de uma sanção jurídica por sua inconstitucionalidade. Questiona-se, dessa forma, se a nova limitação ao princípio da inviolabilidade do domicílio seria o meio menos danoso para se alcançar uma segurança pública mais efetiva. Existindo uma forma que não exija a limitação de um direito fundamental em razão de outro, deverá esta ser aplicada.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que seja feita uma balança entre os benefícios e os malefícios dessa nova restrição aos direitos fundamentais. Somente na hipótese da existência demais ônus do que ônus é que a restrição deverá ser posta em prática. A abdicação de parte da proteção à privacidade e intimidade dos brasileiros, ao permitir que a inviolabilidade do domicílio seja relativizada, deverá, dessa forma, proporcionar menos malefícios do que a menor efetivação da segurança pública.

### **A DESOBEDIÊNCIA AOS CRITÉRIOS DE LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA NOVA LIMITAÇÃO AO PRINCÍPIO**

Baseado no que foi exposto acima nota-se que, apesar da criatividade judicial ser necessária para a solução de conflitos que não possuem uma resposta precisa em lei, valendo-se, para isso, da interpretação de normas, sobretudo de cláusulas gerais, ela não deve ultrapassar o limite, devendo, portanto, obedecer a uma série de critérios, sobretudo na limitação aos direitos fundamentais, não devendo, ademais, interferir na esfera de competência de outros órgãos estatais, exceto se houver uma omissão por parte desses.



Destarte, a nova hipótese de possibilidade de limitação ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar mostra-se ilegítima. Isso ocorre por conta de seu desrespeito aos critérios que devem ser acatados ao se limitarem os direitos fundamentais, presentes na Teoria dos Limites dos Limites, além do adentramento ilegítimo no âmbito de competência do Poder Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, ao criar uma nova restrição à abrangência desse direito, acaba por ferir os critérios materiais, pois, na redação do recurso extraordinário, ao não definir o significado de “fundadas suspeitas”, deixa margem à uma atuação arbitrária por parte da autoridade policial, que pode acarretar, dadas as raízes históricas e culturais brasileiras, numa distinção ainda maior no tratamento das autoridades policiais com indivíduos de classes socioeconômicas distintas.

Além disso, houve um desrespeito ao núcleo desse direito fundamental, que consiste na proteção à intimidade e privacidade do indivíduo, de forma que não foi, portanto, adotada a forma menos danosa ao direito de inviolabilidade domiciliar para a maior efetivação da segurança pública, ferindo assim ao critério da necessidade, presente no postulado da proporcionalidade, ocasionando mais malefícios do que benefícios à vida em sociedade não sendo, por isso, o meio adequado para se atingir a maior efetividade do direito fundamental à segurança.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sintetizando-se os temas abordados no trabalho, foram vistos no primeiro tópico os aspectos do direito à inviolabilidade domiciliar, de modo a auxiliar a compreensão desse princípio por meio da investigação do significado dos termos “casa” e “dia”, presentes na redação do artigo, bem como das hipóteses previstas na lei que possibilitam a restrição dessa inviolabilidade domiciliar e seus respectivos fundamentos.

No segundo tópico, mostrou-se a problemática do artigo, que reside na nova limitação criada ao citado princípio pelo Supremo Tribunal Federal, com o escopo de garantir uma segurança pública mais satisfatória. Apresentaram-se aspectos dessa decisão, como sua relação





com o poder criativo do órgão judiciário e os critérios que devem ser observados quando se é feita uma limitação à determinado direito ou garantia fundamental.

Enfim, o último tópico teve por objetivo a comprovação da hipótese do trabalho, que consiste na ilegitimidade da decisão do Supremo Tribunal Federal no que é relativo à obediência aos parâmetros que devem ser seguidos para a limitação ao alcance dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. **Direitos Fundamentais**. In: BAHIA, Flávia. Curso de Direito Constitucional. 3.ed. Pernambuco : Editora Armador, 2017.p.97-196.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 10 de Fevereiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 de Fevereiro de 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direitos Individuais e Coletivos na Constituição de 1988**. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. Bahia : Editora JUSPodivm, 2017.p.407-567.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. Bahia : Editora JUSPodivm, 2017.p.407-567.

MESSIAS, João Lucas Souto Gil. **Notas sobre a jurisdição como função criativa do juiz**. (2013). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24717/notas-sobre-a-jurisdiacao-como-funcao-criativa-do-juiz>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Direitos e Garantias Fundamentais**. In: NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Bahia : Editora JUSPodivm, 2016.p.267-298.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

SILVA, Diego Sabóia. **A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à análise econômica do Direito: a reciprocidade jurídico-econômica**. 2017. 229f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, José Afonso. **Dos Princípios Constitucionais do Estado Brasileiro**. In: Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.97-122.



STF. RECURSO ESPECIAL: RG RE 603616 RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 27/05/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629906/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-603616-ro-rondonia>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Direito de Propriedade**. In: TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10.ed. São Paulo: Editora Saraiva.