



A desnecessidade de ordem judicial para ingresso em estabelecimentos empresariais e escritórios de contabilidade por parte da fiscalização: validade da prova produzida

Autor: Marcelo Adriano Micheloti

Juiz Federal Substituto

publicado em 18.12.2013

 [enviar este artigo]

 [imprimir]

Resumo

A nossa Constituição garante o direito à inviolabilidade do domicílio (mais precisamente, da casa, entendida como habitação, moradia), impedindo o ingresso sem o consentimento do morador, a não ser nas hipóteses que ela mesma excepciona. O Código Penal amplia o conceito de casa para os compartimentos não abertos ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Os agentes dos órgãos de fiscalização tributária e aduaneira necessitam ingressar nesses locais (empresas e escritórios de contabilidade) para poder eficientemente cumprir seu papel de fiscalização, não só no que toca ao crédito tributário, mas também na identificação de fraudes e seus autores. Eventual oposição por parte do titular do local não está acobertada pela proteção constitucional, haja vista que o acréscimo se deu por legislação infraconstitucional que, posteriormente, trouxe hipóteses de ingresso mesmo sem o consentimento.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio. Fiscalização. Autoexecutoriedade. Consentimento. Validade da prova.

Sumário: Introdução. 1 A inviolabilidade do domicílio nas Constituições brasileiras. 2 Domicílio da pessoa física e da pessoa jurídica. Da inviolabilidade do domicílio no Código Penal. 3 A fiscalização tributária e aduaneira, o poder de polícia e a autoexecutoriedade. 4 Da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Em vários processos criminais constam investigações feitas pela Receita Federal na sede das empresas ou em escritórios de contabilidade, nos quais são analisados e até apreendidos documentos que invariavelmente são usados como prova de eventuais sonegações ou fraudes. Eles servem para possibilitar a apuração da receita tributária evadida, bem como para a descoberta de terceiros que estejam envolvidos nas fraudes.

As empresas defendem que os documentos assim obtidos são ilícitos, pois o ingresso no local sem consentimento do titular dependeria de ordem judicial.

Por outro lado, a fiscalização se diz amparada pela legislação, que confere aos seus agentes o acesso ao local, inclusive com a requisição de força policial.

Nesse embate, é imprescindível a correta apreensão do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, passando pela sua extensão ao âmbito empresarial ao nível infraconstitucional. A importância do poder de polícia para o cumprimento dos deveres fundamentais por parte da Administração também é destacada. É feita uma abordagem crítica da posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, confrontando-a com a fundamentação que se traz.

No final, são trazidas as conclusões, as quais têm a intenção de colaborar

com o aprofundamento do debate.

1 A inviolabilidade do domicílio nas Constituições brasileiras

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (habitação, moradia, casa) esteve presente em todas as nossas Constituições. Na Constituição de 1831, era esta a redação:

“Art. 179 [...] VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.”

Todas as Constituições tiveram redação praticamente idêntica, pela qual conferiam à lei estabelecer as exceções à inviolabilidade.(1) Apenas a de 1937 foi mais concisa, utilizando-se do termo domicílio ao invés do sempre mencionado casa; mesmo assim, deixava ao Legislador as exceções de acesso.(2)

A Constituição de 1988 tratou de ela mesma estabelecer as hipóteses nas quais seria permitido o ingresso sem o consentimento do morador: “Art. 5º [...] 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”.

Portanto, atualmente, sem o consentimento do morador, a ninguém é dado ingressar na casa alheia, a não ser nas hipóteses de [1] flagrante delito, [2] desastre e [3] para prestar socorro. Nas demais situações, o ingresso somente poderá acontecer durante o dia e com autorização judicial.

Sobre o âmbito de proteção desse direito fundamental, destaca José Afonso da Silva:

“[...] a Constituição está reconhecendo que o homem tem o direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. **A casa como asilo inviolável** comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos (a intimidade sexual) [...]”.(3)

Em relação à sua força e à sua importância, calha mencionar a belíssima passagem de Alexandre de Moraes:

“O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: o homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.”(4)

Importante destacar que, embora seja mais frequentemente utilizado o termo domicílio como objeto da inviolabilidade, quase que como sinônimo de casa, esta, e não aquele, é que detém a proteção constitucional. Como visto, à exceção da Constituição de 1937, todas as outras usaram a expressão casa, e não domicílio. Esse detalhe é essencial para a análise e a compreensão do que se pretende com este texto.

2 Domicílio da pessoa física e da pessoa jurídica. Da inviolabilidade do domicílio no Código Penal

No Código Civil, são encontradas as definições de domicílio da pessoa natural e da pessoa jurídica. Para o que interessa ao tema, o da pessoa natural é aquele onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo, podendo ser vários, dependendo da quantidade de residências.(5)

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que o Código Civil adotou dois elementos para conceituar o domicílio: o material e o psíquico. O externo é a

residência, e o interno, a intenção de permanecer:

"E da conjugação destes fatores, a morada habitual ou residência e o *animus manendi*, fez o legislador, repitamos, a noção de domicílio, compreendendo uma ideia simples e prática. É a aliança da residência e da intenção de tê-la como definitiva que autoriza a dizer que nem sempre a residência e o centro das atividades atuais compõem a ideia jurídica do domicílio: um estudante que passa um ano na Europa, recebendo 'bolsa de estudos', não tem ali seu domicílio, muito embora lá resida e faça o centro de suas atividades estudantis; um funcionário, enviado pelo serviço a que pertence a uma outra localidade para executar uma tarefa, ainda que por largo tempo, tem uma residência e dedica-se ao seu trabalho, mas nem por isso ali se domicilia. É que falta o *animus manendi*, incompatível com a temporariedade da missão."(6)

Afora os entes da Federação, as pessoas jurídicas têm seu domicílio no lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou nos seus atos constitutivos. (7) "Como pessoa jurídica, a sociedade tem um domicílio próprio, diverso do domicílio dos sócios; a esse domicílio (sede do estabelecimento principal) se dá o nome de sede social, e esse é o lugar onde a sociedade tem sua administração".(8)

O Código Penal denomina de violação de domicílio as figuras do art. 150. Apesar desse nome, o tipo utiliza-se do vocábulo casa, e não domicílio.

"Art. 150 – Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em **casa** alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º – Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º – Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º – Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

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.

§ 4º – A expressão 'casa' compreende:

I – qualquer compartimento habitado;

II – aposento ocupado de habitação coletiva;

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º – Não se compreendem na expressão 'casa':

I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do nº II do parágrafo anterior;

II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero." (grifo meu)

Segundo Nélson Hungria, o que se protege não é o domicílio civil, mas

"[...] a casa de moradia, o *home*, o *chez soi*, a **habitação** particular, o local reservado à vida íntima do indivíduo ou à sua atividade privada, seja ou não coincidente com o domicílio civil [...]. Não é necessário que se trate de construção fixa ou imóvel: o próprio carro dos saltimbancos, a barcaça em que mora o seu dono, a casa-automóvel dos norte-americanos, são objeto da tutela penal."(9)

A ampliação do conceito casa dado pelo referido § 4º, I, está plenamente em consonância com o âmbito de proteção do art. 5º, XI, da Constituição Federal. Nélson Hungria citava vários exemplos: "a gruta onde alguém instala sua moradia, o quarto de hotel, a cabine de um navio ou um comboio noturno, a barraca de campo, etc.".(10)

Em relação ao contido no § 4º, III ("compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade"), mais uma vez, a definição de

Nélson Hungria:

“É o lugar que, embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita, serve ao exercício da atividade individual privada. Assim, o escritório do advogado, o consultório do médico, o gabinete do dentista, o laboratório do químico, o *atelier* do artista, a oficina do ourives, etc.”(11)

A fiscalização tributária necessita ingressar nos estabelecimentos empresariais, bem como nos escritórios de contabilidade, para tomar contato com os documentos e elementos probatórios para verificar o cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias. Caso não seja franqueado o acesso aos agentes fiscais, cumpre perquirir se o compartimento não aberto ao público dos estabelecimentos empresariais e dos escritórios de contabilidade está contido no âmbito de proteção do art. 5º, XII, da Constituição. Em outras palavras: há necessidade de ordem judicial para o acesso da fiscalização?

3 A fiscalização tributária e aduaneira, o poder de polícia e a autoexecutoriedade

O art. 78 do Código Tributário Nacional sempre é lembrado como uma das melhores definições do poder de polícia:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Para que o exercício do poder de polícia seja imediato e eficiente, a Administração conta com o princípio da executoriedade, o qual significa que, em regra, a Administração não depende de ordem judicial para a prática de seus atos:

“A **executoriedade** consiste na **aptidão jurídica**, reconhecida à **Administração Pública**, de deflagrar a aplicação executiva de sua vontade – que, por definição, é direta, imediata e concreta – empregando os seus próprios meios executivos, até a **coerção**, quando se faça necessária, daí ser também denominada de **autoexecutoriedade**.”

Esse **princípio da executoriedade** implica na legitimação para que a Administração Pública remova pelos meios coercitivos de que disponha todos os obstáculos fáticos que se interponham à execução de seus atos, sempre o fazendo, todavia, com as cautelas devidas.”(12)

Quando um agente de trânsito ou um policial abordar um motorista em estado de embriaguez, o veículo será retido; se estacionado em local irregular, será removido. Um vendedor ambulante de praia que não tenha autorização para tanto será impedido de continuar suas vendas. A fiscalização ambiental deve interditar e destruir plantações com bactéria altamente contagiosa (pomar com cancro cítrico).(13) Os fiscais do Ministério da Agricultura devem impedir o ingresso em nosso território de produto que não esteja de acordo com os padrões sanitários e fitossanitários. Da mesma forma, não se concebe a oposição de proprietário de estabelecimento empresarial ao ingresso de agentes da fiscalização sanitária em seus depósitos, mesmo que estes não sejam de acesso ao público.

Eis alguns exemplos demonstrando a necessidade da pronta realização do ato pelos agentes públicos, sob pena de a demora causar transtornos à sociedade ou até colocá-la em grave situação de risco. Em todos eles não se cogita de ordem judicial para que o agente público cumpra seu dever.(14)

A Constituição Federal confere à administração tributária o poder de identificar a capacidade tributária do contribuinte, bem como o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas.(15) Para tanto, é inegável a necessidade de ingressar nos estabelecimentos empresariais, bem como nos escritórios de contabilidade, para bem exercer a fiscalização.

Dispõe o Código Tributário Nacional:

“Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais, ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.”

Diferente não poderia ser a Súmula nº 439 do Supremo Tribunal Federal: “Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

“É obrigação inequívoca de qualquer pessoa jurídica dar à fiscalização tributária amplo acesso aos seus registros contábeis, bem como às mercadorias e aos documentos respectivos. De fato, a obrigação do contribuinte de exibir os livros fiscais abrange também a obrigação de apresentar todos os documentos que lhe dão sustentação. Entendimento diverso colocaria no vazio a norma, retirando-lhe toda a utilidade, o que contraria os princípios de hermenêutica [...]”(16)

É claro que esses poderes da fiscalização encontram limites nos direitos fundamentais. Além disso, a “autoexecutoriedade está condicionada à previsão, ainda que genérica, em lei, devendo atender ao efetivo interesse público [...]”(17)

Não bastasse o disposto no Código Tributário Nacional, a Lei nº 4.502/1964 é expressa ao determinar o franqueamento ao estabelecimento:

“Art. 94. A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto de consumo, inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Parágrafo único. As pessoas a que se refere este artigo exhibirão aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.”

Também para a fiscalização aduaneira esse dispositivo é utilizado, conforme se infere do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009):

“Art. 15. O exercício da administração aduaneira compreende a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, em todo o território aduaneiro (Constituição, art. 237).

[...]

Art. 19. As pessoas físicas ou jurídicas exhibirão aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, sempre que exigidos, mercadorias, livros das escritas fiscal e geral, documentos mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados e todos os documentos, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização, e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos e dependências, bem assim veículos, cofres e outros móveis, a qualquer hora do dia, ou da noite, se à noite os estabelecimentos estiverem funcionando (Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 94 e parágrafo único; e Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 34).”

Poder-se-ia objetar que a consequência para quem se recusa a exibir documentos à autoridade fiscal é o lançamento por arbitramento(18) e, dessa forma, não haveria interesse público a legitimar a entrada forçada em estabelecimento empresarial.

Acontece que não só o aspecto quantitativo de eventual sonegação tributária

é de interesse da fiscalização. A identificação de fraudes e a possível responsabilização de terceiros precisa de uma fiscalização pronta e eficiente, a fim de se evitar a perda de material probatório (ex. troca de mensagens entre pessoas jurídicas acerca da real importadora de um determinado bem). (19)

Acrescenta-se a isso o fato de a Lei nº 8.137/1990 tipificar criminalmente a recusa em fornecer elementos necessários à fiscalização.(20) Conforme aponta Andreas Eisele, não socorre ao sujeito passivo da obrigação tributária a invocação do direito de não produzir prova contra si.

“Portanto, se intimado para tanto, o sujeito deverá apresentar livros, talonários de notas fiscais, faturas, controles de fluxo de entrada e saída, guias de recolhimento de tributos ou qualquer outro documento, não podendo se eximir da entrega mediante a invocação do exercício do direito de não produzir prova contra si.”(21)

4 Da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal

Observando-se os julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da inviolabilidade da moradia, especificamente no que toca ao ingresso de agentes da fiscalização em estabelecimentos empresariais e escritórios de contabilidade (“compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”), cabe destacar os *Habeas Corpus* nºs 79.512 e 82.788. Segue a ementa do primeiro:

“Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa – compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio –, e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição, afora as exceções nele taxativamente previstas (‘em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro’), só a ‘determinação judicial’ autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém – autoridade ou não – no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da autoexecutoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada *invito domino* a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependência da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do *metus publicae potestatis*, ao menos nas circunstância do caso, em que não se trata das famigeradas ‘batidas’ policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável –, a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à

inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.”(22)

É possível destacar desse julgado: [1] os escritórios da empresa estão sob a proteção da inviolabilidade do domicílio; [2] não houve distinção entre domicílio e habitação (moradia, casa); [3] para ingressar sem o consentimento, a fiscalização sempre precisará de ordem judicial; [4] ao juiz competirá ponderar acerca dos interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade antes de emitir a ordem de ingresso.

A ementa do segundo teve a seguinte redação:

“FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE ‘CASA’ – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – *HABEAS CORPUS* DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e nas garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar ‘respeitados os direitos individuais e nos termos da lei’ (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE ‘CASA’ PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). – Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). – O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do *privilège du préalable*, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade

exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.”(23)

Esse julgado também concluiu que, para os fins do art. 5º, XI, da Constituição, o conceito de casa deve abranger igualmente os escritórios de contabilidade, em seus compartimentos não abertos ao público.

Com o devido respeito, facilmente se percebe que o Supremo Tribunal Federal parte de premissa equivocada ao não estabelecer o âmbito de proteção da norma constitucional – a habitação/moradia (casa, nos termos da própria Carta Magna) – e o sujeito protegido – pessoa física (habitante/morador).

A pessoa que está em um estabelecimento empresarial ou em um escritório de contabilidade, em local não aberto ao público, não se encontra protegida pela garantia constitucional de inviolabilidade.

“Não foi sem razão que a Constituição protegeu a casa, e não o domicílio. A casa é espaço privado inviolável, reduto do indivíduo, ressalvadas as hipóteses previstas taxativamente pela Constituição, em que cede para preservar bens ou direitos de magnitude superior.

Parece equivocado conferir a proteção destinada constitucionalmente à casa aos compartimentos não abertos ao público, onde alguém exerça profissão ou atividade, embora tal concepção tenha prestígio na Jurisprudência Nacional.”(24)

Quem estabeleceu uma forma de inviolabilidade a esses locais foi o Legislador ordinário (Código Penal), e esse mesmo Legislador, em normas posteriores, conferiu à Administração o poder de ingressar nesses locais independentemente da vontade dos proprietários ou dos seus prepostos, sem necessidade de ordem judicial. Nesse sentido:

“Todavia, o legislador ordinário poderá autorizar a ação de agentes públicos, presente o interesse público, mesmo em locais equiparados ao domicílio, sem autorização judicial, pois não houve proteção expressa e absoluta do domicílio da pessoa jurídica.”(25)

A prevalecer essa posição do Supremo Tribunal Federal, ter-se-á mais uma chance para os sonegadores e fraudadores, pois basta que neguem o acesso da fiscalização e, enquanto esta corre atrás de uma ordem judicial, eles com certeza farão o possível para eliminar provas.

De outro lado, a emissão de uma ordem judicial de acesso não pode ser uma mera chancela de um pedido da Administração. Na análise, o julgador há que ponderar entre o direito a eventual inviolabilidade e o interesse da fiscalização (conforme parte final da ementa do HC 79512), o que nem sempre pode ser realizado a tempo de se evitar a perda de elementos probatórios.

O Tribunal Regional da Quarta Região já teve oportunidade de bem decidir acerca do tema:

"PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. PRELIMINAR DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS APLICADAS PELA JUSTIÇA ESTADUAL E FEDERAL REJEITADA. OBTENÇÃO DE PROVAS SEM MANDADO JUDICIAL PELA RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE. DEVER DE EXIBIÇÃO DO EMPRESÁRIO. DOLO DO TIPO PENAL DO ART. 1º, INCISOS I, II E V, DA LEI Nº 8.137/90 CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Os apelantes, sócios-administradores da empresa DK COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA., mais conhecida como DRUSKA, mediante conjugação de esforços e comunhão de vontades, suprimiram e reduziram o pagamento de tributos federais (Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Imposto de Renda Retido na Fonte, Contribuição Social Sobre o Lucro, Cofins e Programa de Integração Social – PIS), pois, de forma reiterada e habitual, omitiram informações às autoridades fazendárias e fraudaram a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo recebimentos de receitas decorrentes de operações de vendas de mercadorias da empresa em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, além de terem deixado de fornecer notas fiscais relativas a vendas de mercadorias efetivamente realizadas, gerando uma omissão de receita que culminou com a constituição de crédito tributário no montante total de R\$ 11.728.520,84. 2. [...] 3. No que tange à obtenção de provas ilicitamente, consubstanciadas na 'invasão' de fiscais aos estabelecimentos comerciais dos apelantes sem autorização judicial, a Turma entendeu que tal procedimento decorre do poder de polícia afeto aos agentes da fiscalização tributária, que podem e devem realizar amplo e aprofundado exame dos documentos contábeis das empresas de modo a preservar a integridade do erário, combatendo vultosos ilícitos fiscais, consoante recente julgado do Colendo STJ (HC 18612/RJ, 5T, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17.03.03). 4. Em relação às condutas arroladas nos incisos I e V do art. 1º da Lei nº 8.137/90, não há que se perquirir a respeito da existência de dolo na conduta, porquanto a espécie delitiva se perfectibiliza com a ocorrência dos fatos, como demonstrado na denúncia e na sentença, que, aliás, também autoriza a conclusão de que os apelantes também incidiram na hipótese do inciso II, uma vez que, tendo amplos poderes de gestão, omitiram da fiscalização os valores efetivamente vendidos, com o propósito de não recolher os tributos federais devidos. Condenação mantida. 5. Diante da sonegação de R\$ 11.728.520,84, a sentença foi, de certo modo, comedida em elevar a pena, neste tópico, em apenas onze meses em decorrência da majorante do art. 12, I, da Lei nº 8.137/90. Nenhum reparo, também, quanto ao acréscimo ocasionado pela continuidade delitiva, uma vez que a conduta altamente lesiva ao erário perdurou por mais de três anos. 6. Apelação improvida."(26)

Conclusão

Nossas Constituições sempre estabeleceram expressamente o direito à inviolabilidade do domicílio (entendido como casa, moradia, habitação).

O núcleo essencial de proteção constitucional é a esfera privada e íntima da pessoa humana. Por isso, não se pode confundir a proteção da habitação com a do domicílio, em especial o da pessoa jurídica.

Qualquer compartimento habitado encontra-se no âmbito de proteção do art. 5º, XI, da Constituição, o mesmo não se podendo dizer em relação ao compartimento não aberto ao público, onde alguém exerça profissão ou atividade.

O poder de polícia conferido pela legislação (Código Tributário Nacional e legislação esparsa) aos agentes de fiscalização é suficiente para derrogar a

restrição do art. 150, § 4º, III, do Código Penal, permitindo o ingresso no estabelecimento sem necessidade de ordem judicial, mesmo sem o consentimento do responsável pelo local.

O Supremo Tribunal Federal não distingue domicílio de habitação, dando interpretação alargada ao art. 150, § 4º, III, do Código Penal, exigindo ordem judicial para ingresso da fiscalização quando não houver consentimento.

Há necessidade de rever esse posicionamento, porque o Estado não pode ser visto apenas como opressor dos direitos fundamentais, haja vista a necessidade de implementar os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, agindo para o bem comum (defesa da concorrência, arrecadação, segurança pública etc.).

Referências bibliográficas

CARAMANOS JÚNIOR, Demetri Nicolas. Garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio x autoridade fiscal em procedimento de diligência e fiscalização amparado pelo mandado de procedimento fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Direito tributário e financeiro aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito tributário: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2011. v. II.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias e fundo de comércio**. 34. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Notas

1. Constituição de 1891: "Art. 72 [...] § 11 – A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei". Constituição de 1934: "Art. 113 [...] 16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei". Constituição de 1946: "Art. 141 [...] § 15 – A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vitimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer". Constituição de 1967: "Art. 150 [...] § 10 – A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem

consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”. Constituição de 1967, na redação dada pela EMC nº 01/1969: “Art. 153 [...] § 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

2. “Art. 122 [...] 6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;”

3. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207.

4. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 81. “[...] Foi na liberal Inglaterra que o princípio da inviolabilidade do domicílio deparou o mais categórico reconhecimento. Antes mesmo que a Revolução Francesa erigisse em **garantia constitucional** o princípio de que *‘la maison de chaque citoyen est un asile inviolable’*, o cidadão inglês já podia dizer: *‘my house is my castle’*, e já Lord Chatam, no Parlamento britânico, proclamava, em um rasgo de eloquência: ‘O mais pobre dos homens pode desafiar na sua cabana as forças da Coroa. Embora a moradia ameace ruína, ofereça o teto larga entrada à luz, sobre o vento através das frinchas, a tempestade faça de toda a casa o seu ludíbrio, nada importa: acha-se garantida a choupana humilde contra o Rei da Inglaterra, cujo poder vai despedaçar-se contra aquele miserável reduto’.” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI. p. 206).

5. “Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.”

6. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 312-313.

7. “Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:
I – da União, o Distrito Federal;
II – dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;
III – do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;
IV – das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.
§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.”

8. MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias e fundo de comércio. 34. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 163.

9. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI. p. 207-215.

10. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI. p. 216.

11. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI. p. 217.

12. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 112.

13. “PODER DE POLÍCIA – Meio ambiente – Órgão de fiscalização ambiental que detecta bactéria altamente contagiosa na plantação de particulares – Determinação administrativa, para interdição e destruição do local, sem permitir que o proprietário lesado realize contraprova – Admissibilidade – Presunção de legalidade do ato fiscalizatório – Interesse da comunidade a um meio ambiente saudável que se sobrepõe ao princípio do contraditório e ao direito de propriedade.” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, AP.

994.03.061957-0, Rel. Renato Nalini, j. 19.10.2010)

14. É claro que o Poder Judiciário sempre estará disponível para aquele que tiver sido vítima de desvio ou abuso do poder estatal.

15. "Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] § 1º – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

16. CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito tributário: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 414.

17. OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 61.

18. Art. 148 do Código Tributário Nacional.

19. Trata-se da figura conhecida como interposição fraudulenta, situação na qual uma pessoa se apresenta como importadora, enquanto outra, oculta, na realidade, é a real importadora. Essa hipótese pode causar não só diminuição das receitas tributárias (quebra da cadeia do IPI no âmbito interno), como ofensa à fiscalização aduaneira (v.g., a aferição da capacidade financeira e operacional da pessoa jurídica – disponibilidade de recursos humanos, materiais, logísticos, bens de capital, imóveis, tecnologia, etc. – e, em relação aos sócios, sua capacidade empresarial e econômica relativamente ao capital aportado na empresa).

20. "Art. 1º [...] V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa."

21. EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2002. p. 164.

22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 79512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1999.

23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 82788, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.04.2005.

24. CARAMANOS JÚNIOR, Demetri Nicolas. Garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio x autoridade fiscal em procedimento de diligência e fiscalização amparado pelo mandado de procedimento fiscal. *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Direito tributário e financeiro aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 130.

25. CARAMANOS JÚNIOR, Demetri Nicolas. Garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio x autoridade fiscal em procedimento de diligência e fiscalização amparado pelo mandado de procedimento fiscal. *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Direito tributário e financeiro aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 131.

26. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Sétima Turma. ACR 200071000091575, Rel. Fábio Bittencourt da Rosa, j. 25.06.2003.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

MICHELOTI, Marcelo Adriano. . Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Marcelo_Micheloti.html>

Acesso em: 14 jan. 2014.

