

O QUARTO DE HOTEL COMO ASILO INVIOLÁVEL

A HOTEL ROOM AS AN INVIOLEABLE ASYLUM

Matheus Cezar Weber¹

Fernando Goulart Rocha²

Resumo

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema da extensão do conceito de asilo inviolável aplicado aos aposentos de hotel. Na ocasião, a Suprema Corte reforçou o entendimento de que o conceito constitucional de domicílio se reveste de caráter amplo, compreendendo qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento privado não aberto ao público. A equiparação do quarto do hotel ao domicílio torna necessária a discussão sobre os procedimentos adotados pelos hotéis diante do direito à intimidade e à privacidade que devem ser garantidos aos hóspedes. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é o de levantar e discutir situações como tais direitos, formalmente proclamados no inciso XI do art. 5º da Carta Magna de 1988, podem potencialmente ser transgredidos na operação hoteleira. Os procedimentos metodológicos envolveram levantamento bibliográfico, doutrinário e jurisprudencial. Os resultados apontam para a necessidade de os hotéis revisarem procedimentos e protocolos de serviços que, à primeira vista, podem ser caracterizados como violação de domicílio.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio. Quarto de hotel. Hotelaria.

Abstract

In 2007, the Supreme Federal Court faced the problem of extension for the concept of inviolable asylum applied to hotel rooms. In that occasion, the Supreme Court reinforced the understanding that the constitutional concept of domicile is broad, including any inhabited compartment, any room occupied by collective housing, as well as any private room closed to the public. The equivalence between a hotel room and a domicile makes necessary the discussion about the procedures adopted by the hotels considering the guests' right of intimacy and privacy which must be guaranteed. In this sense, this paper aims at presenting and discussing the situations when such rights, formally proclaimed in the item XI, article 5 of the Brazilian Constitution of 1988, may be potentially transgressed in hotel system. The methodological procedures involved the collection of bibliographic, doctrinal and jurisprudential survey. The results point to the need for hotels to review service procedures and protocols that, in the first view, may be characterized as housing violation.

Keywords: Housing violation. Hotel room. Hotel industry.

¹ Acadêmico do Curso de Graduação em Hotelaria do Instituto Federal de Santa Catarina.

² Doutor em Geografia com estágio de pós-doutoramento em Economia Agrícola na Universidade Autônoma de Barcelona. Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Ciências Humanas do Instituto Federal de Santa Catarina, Campus Florianópolis- Continente.

INTRODUÇÃO

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou se o conceito de domicílio insculpido no texto constitucional poderia ser estendido ao quarto de hotel (Brasil, 2007). No caso em apreço, originário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), uma diligência policial foi mobilizada para colher provas no interior do aposento ocupado sem prévia expedição de mandado de busca e apreensão. No primeiro grau de jurisdição, a diligência foi considerada ofensiva aos direitos e garantias individuais por avançar sobre o direito à privacidade e inviolabilidade do domicílio, sendo as provas obtidas na operação consideradas ilícitas. Contudo, em sede recursal, o Tribunal de Justiça estadual reformou a sentença, entendendo estar a operação policial em conformidade com a lei e considerando, conseqüentemente, as provas colhidas como lícitas.

Em razão da divergência entre as instâncias judiciárias na apreciação do valor das provas, houve apelação da defesa ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidindo aquele Tribunal, a partir dos fatos narrados, declinar a competência do juízo sobre a violação do domicílio para a Suprema Corte. Nesse sentido, diante a dúvida sobre a possível ofensa da decisão de segundo grau a direito fundamental, foi admitido pelo STF recurso do réu em busca do pronunciamento se o direito à inviolabilidade do domicílio alcançaria os aposentos do hotel.

Embora a discussão desenvolvida no STF tivesse por escopo explicitar o alcance do direito à privacidade como direito e garantia individual além do domicílio civil, seu conteúdo tratou de forma reflexa da constitucionalidade do artigo 150 do Código Penal (CP), particularmente do seu §4º, o qual equipara à casa o “aposento ocupado de habitação coletiva”. Logo, a depender do pronunciamento do conceito de “casa” adotado, o STF declararia, a rebote, se o §4 do *Códex* Penal foi ou não recepcionado pela Constituição Federal de 1988. E, no caso concreto, se as provas colhidas em aposentos de hotel demandariam ou não prévia autorização judicial.

Em tese, segundo o espírito do art. 150 do CP, o quarto de hotel equipara-se ao domicílio, pois visa a garantir a privacidade, a intimidade e a segurança de quem se hospeda. Nesse sentido, amolda-se à ideia de casa como espaço privado, particular, reservado à intimidade. Esse propósito, segundo José Afonso da Silva (2012), é o que pretende o domicílio, ou seja, concretizar o direito fundamental à privacidade e à segurança, sendo “casa” qualquer habitação que, além do aconchego, garanta proteção e preencha os requisitos de asilo inviolável. De acordo com o autor, a segurança baseia-se na proibição de na casa penetrar sem consentimento do morador, a não ser em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, para busca ou apreensão de agentes ou objetos de crime. Nos termos do inciso XI do art. 5º da Constituição de 1988, “a casa é asilo inviolável, 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”.

No Código Penal brasileiro, os crimes contra a inviolabilidade do domicílio são tratados na Seção II do Capítulo VI. Nele, o artigo 150 define a violação de domicílio como o crime em que o indivíduo sente perturbado a tranquilidade de seu lar³. Tratando do referido tipo penal, Rogério Greco (2017) explica que a lei penal trabalha com dois núcleos para caracterizar a violação do domicílio: os verbos entrar e permanecer. A entrada é efetivada pela invasão, pela ultrapassagem dos limites da casa ou de suas dependências. Pressupõe, assim, uma ação voluntária. Difere-se, portanto, da permanência, que é um comportamento negativo, de alguém que já estava dentro e ali permanece.

Segundo o autor, são elementos da conduta típica a clandestinidade, quando o agente adentra à casa ou suas dependências sem a constatação do morador, e a astúcia, quando o agente induz alguém ao erro a fim de que possa obter consentimento para nela entrar ou permanecer. No que diz respeito à manifestação de vontade do morador, a violação do domicílio pode ser expressa ou tácita. Vontade expressa é a expressão comissiva, aquela em que há consentimento manifesto da vítima para que o agente adentre ou permaneça no espaço privado; tácita, por sua vez, refere-se à expressão de vontade omissiva, aquela em que o morador apenas não se opõe à entrada ou à permanência do contraventor. Trata-se de “crime comum em relação aos sujeitos ativo e passivo; doloso; de mera conduta; comissivo (na modalidade entrar) e omissivo (na modalidade permanecer); instantâneo ou permanente. O bem jurídico protegido pelo tipo penal é a tranquilidade doméstica” (GRECO, 2017, p. 485).

O §1º do art. 150 enumera, por sua vez, a modalidade qualificada do crime de violação de domicílio: quando é praticado durante a noite, em lugar ermo, com emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas. A causa de aumento de pena aparece em seguida, no §2º: se o fato for cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei ou com abuso do poder (GRECO, 2017). Trata-se de crime comum, sendo todo indivíduo agente capaz de praticar o crime, ainda que o faça de forma despreziosa. É o caso do sujeito que, inconformado com o rompimento do relacionamento e na tentativa de fazer a ex-namorada a manter o relacionamento, adentra sua casa sem consentimento. Na mesma direção, do locador de imóvel que acredita ter a liberdade de entrar no imóvel que está locado a seu bel-prazer. Na hotelaria, por sua vez, considerando que é costumeiro empregados entrarem nos aposentos dos hóspedes para realizar atividades de rotina, é possível levantar hipóteses de violação de domicílio praticados por funcionários do próprio hotel. Por essa razão,

³ *In verbis*: 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.

acredita-se que medidas devem ser tomadas a fim de evitar a responsabilização do empreendimento por condutas enviesadas praticadas por empregados no espaço privativo do cliente.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é o de levantar e discutir situações em que o direito à privacidade e à intimidade, formalmente proclamado no inciso X do art. 5º da Carta Magna de 1988, é potencialmente transgredido, em particular na operação hoteleira. Os procedimentos metodológicos envolveram levantamento doutrinário e jurisprudencial relacionadas ao tema. De modo a ordenar a exposição dos resultados, o texto percorre o seguinte itinerário: no primeiro momento levantam-se diferentes posições de autores sobre o conteúdo do conceito de casa como asilo inviolável. No momento seguinte, analisa-se o tema à luz do crime de violação do domicílio insculpido no art. 150 do CP. Por último, discute-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC nº 903762/RJ e os desdobramentos práticos correlatos à hotelaria.

1. DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

A inviolabilidade do domicílio está relacionada a direitos fundamentais como a intimidade, a privacidade e a segurança dos indivíduos. De acordo com Ingo Sarlet e Jayme Neto (2013), na tradição constitucional brasileira tal direito ocupa lugar de destaque no que diz respeito à proteção da vida privada e familiar, à garantia do livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana, guardando conexão com outros direitos fundamentais como o da proibição do aproveitamento de provas ilícitas.

Do ponto de vista do Direito Civil, domicílio é o lugar onde a pessoa natural estabelece residência com ânimo definitivo ou exerce sua profissão⁴. Logo, no sentido civilístico, o domicílio, em regra, compreende a ideia de residência habitual⁵. Na perspectiva constitucional, entretanto, o conceito assume contornos mais abrangentes, não se restringindo à imutabilidade da habitação. Segundo Sarlet e Neto (2013), a inviolabilidade do domicílio diz respeito à proteção da esfera espacial onde se “desenrola e desenvolve a vida privada”. Logo, “não guarda relação necessária com a propriedade, mas, sim, com a posse para efeitos de residência e, a depender das

⁴ Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

⁵ É compreensível a delimitação do conceito de domicílio dada pelo direito material, em particular no Direito Civil, considerando as implicações processuais dele decorrentes.

circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais” (SARLET; NETO, 2013, p.546). Para os autores, o caráter temporário e provisório da ocupação não afasta a proteção constitucional, estando certamente abrigadas na proteção do domicílio as habitações precárias como *trailers*, tendas, veículos e aposentos habitados. Tal entendimento é o que tem sido firmado pela jurisprudência do STF, que tem adotado posicionamento em favor da amplitude do conceito de casa, não se limitando a seu caráter habitual (SARLET; NETO, 2013).

No direito comparado, a tutela do domicílio como asilo inviolável é anunciado nas principais Declarações de Direito, sendo reforçada pelas legislações infraconstitucionais. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, que tratou de forma brilhante o tema no julgamento do RE 60.616/RO (BRASIL, 2015), o conceito de inviolabilidade domiciliar evoluiu a partir da quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos de 1792, a qual dispõe

o direito das pessoas a estarem seguras em suas [...] casas, [...] contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado deverá ser expedido sem causa provável, confirmada por juramento ou afirmação, e com descrição pormenorizada do lugar a ser buscado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. (BRASIL, 2015, pp. 7-8)

Nessa direção, é possível classificar o direito à inviolabilidade do domicílio em três grupos: o primeiro, dos países que limitam a proteção contra buscas arbitrárias; o segundo, dos que condicionam a busca e apreensão à reserva judicial, e o terceiro dos países que, salvo exceções, condicionam a busca e apreensão à reserva judicial. No primeiro grupo figuram a constituição italiana, a argentina, a chinesa e os sistemas de proteção de direitos humanos como o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No segundo grupo, está a constituição uruguaia. No terceiro, as Cartas Magnas da Alemanha, do Japão, de Portugal, da Espanha, do Paraguai e de Angola.

No Brasil, ensina o Ministro, o domicílio é resguardado desde a Constituição de 1824. Os textos constitucionais de 1824, 1891, 1934 e de 1937, já estabeleciam a casa como asilo inviolável, somente cabendo a entrada não permitida nos casos e na forma da lei (BRASIL, 2015). Em 1942, o Decreto n. 10.358 suspendeu a inviolabilidade domiciliar durante a declaração do estado de guerra, sendo retomada tal garantia nos textos seguintes: de 1946, de 1967, na Emenda Constitucional 1/69 e na Constituição de 1988. A defesa do domicílio no atual texto constitucional alinhou o Brasil ao grupo de países que condicionam a busca e apreensão à reserva judicial, embora com exceções: em caso de flagrante delito, de desastre, da prestação de socorro e, durante o dia, por determinação judicial⁶.

⁶ 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.

Abrantes Pinheiro também reconhece a influência da quarta emenda da Constituição Norte-Americana na formulação do dispositivo constitucional brasileiro que estabelece a casa como asilo inviolável. Em termos históricos, explica o autor que

não é possível precisar o nascimento da inviolabilidade domiciliar, atualmente consagrada na tradição jurídica dos países ocidentais, mas a proteção da casa como liberdade, direito de primeira dimensão associada à propriedade, é certamente conquista política da burguesia na modernidade. (ABRANTES PINHEIRO, 2016, p. 63)

Para o jurista, a inviolabilidade do domicílio assentada no texto constitucional está amparada na ideia de segurança pessoal do morador, no sentido de que ninguém pode entrar em sua casa sem seu consentimento. Por consequência, as restrições constitucionais ao direito à privacidade e à segurança do lar, nas situações de flagrante ou na prestação de socorro, somente poderiam ser toleradas, a priori, em favor do destinatário da proteção, que é o indivíduo. Apesar disso, “sabe-se que a jurisprudência maneja essa restrição em favor da persecução penal” (ABRANTES PINHEIRO, 2016, p. 63).

Dessa constatação decorre o acautelamento previsto nas diferentes declarações de direito com vistas a fixar balizas à busca e apreensão domiciliar. Esses balizamentos, compartilhados no direito ocidental, têm como traço comum a reserva judicial na expedição de mandados de busca e apreensão e, na ausência de mandado, a exigência de que sejam apontadas causas razoáveis para a medida, passível de controle posterior e eventual responsabilidade dos solicitantes.

Na seara penal, a possibilidade de violação do domicílio pelo Estado como medida cautelar nas hipóteses de flagrante delito e de busca e apreensão é salvaguarda importante e está albergada na garantia da ordem e da incolumidade pública. Não há dúvidas, porém, de que apesar do apelo prático, deve ser tratada a violação do domicílio como medida excepcional à restrição da liberdade e da privacidade que impõe aos indivíduos. Não por menos, “a despeito de sua importância, a busca e apreensão domiciliar necessita de controle” (BRASIL, 2015, p. 11).

Sobre o tema, Tourinho Filho (2013) destaca a questão árdua que é justamente a de estabelecer os limites em que a violação do domicílio pelas forças de investigação e repressão do Estado pode ser tolerada. Trata-se de assunto controverso e sobre o qual há entendimento divergente tanto na doutrina como na jurisprudência. As principais divergências ocorrem em relação às hipóteses de flagrante delito, do teor das fundadas razões para imposição da medida e do conteúdo e extensão do conceito de domicílio⁷. Não por menos, desde a Constituição de 1988, o STF foi aquilatando o entendimento sobre o flagrante delito, que resultaram, entre outras, na

⁷ Nos termos do §1º do art. 240 do CPP.

edição da Súmula 145 sobre flagrante preparado⁸, e na tese em sede de repercussão geral a respeito de gravação ambiental⁹. Ao mesmo tempo, a Suprema Corte tem se filiado a uma posição intermediária em relação à fundamentação sobre o grau de certeza da ocorrência do crime para entrada na casa em situação flagrancial, tendo fixado tese¹⁰ que procura desencorajar a violação do domicílio sem a presença de razoáveis indícios (HOFFMANN, 2019).

Em relação à extensão do domicílio, convém observar a redação do artigo 150 do Código Penal que definiu em seu §4º casa como “qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público, em que alguém exerce profissão ou atividade”, elencou no parágrafo seguinte as exceções: “a hospedaria, a estalagem, a habitação coletiva, ressalvados aposentos de habitação coletiva, a taverna, a casa de jogo e outras de igual gênero”.

Da definição e extensão dada ao domicílio pelo CP, coube ao STF se pronunciar se a Carta Magna de 1988 havia recepcionado o teor do art. 150 e modular os requisitos e os efeitos da violação domiciliar. Sobre a questão, os precedentes da Corte demonstram a recepção integral do dispositivo. Apesar disso, o Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão paradigma que fixou a tese em sistemática de repercussão geral sobre os limites para entrada das forças do Estado em domicílio sem autorização judicial, reconheceu que a harmonia entre a garantia à inviolabilidade do domicílio e os instrumentos de busca e apreensão domiciliar deverá ser construída jurisprudencialmente caso a caso. (BRASIL, 2015).

O art. 150 do CP tipifica a violação de domicílio como o crime praticado por quem “entra ou permanece em casa alheia ou em suas dependências, de maneira clandestina ou astuciosa”. No tipo penal, invasão de casa alheia se refere tanto à ação de quem adentra no espaço privado sem consentimento, como daquele que possui a propriedade do bem imóvel, mas, provisoriamente, não está em gozo da posse¹¹. Logo, a ocorrência do crime não exige que a conduta seja praticada exclusivamente contra o proprietário do imóvel, mas por qualquer um que tenha sua posse. De acordo com Rogério Greco, “pode recusar o ingresso na permanência na casa ou suas dependências quem detém o poder legal para tanto, vale dizer aquele a quem a lei aponta como por meio da expressão a quem de direito.” (GRECO, 2017, p. 483).

⁸ STF. Súmula 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação

⁹ É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro [Tese definida no RE 583937 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, DJE 237 de 18-12-2009, Tema 237].

¹⁰ Tema 280, STF: 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.

¹¹ Na perspectiva da Teoria Objetiva de Ihering, para quem a posse é a exteriorização ou visibilidade do domínio, ou seja, a relação exterior entre a pessoa e a coisa.

Segundo a exegese do art. 150, o crime de violação de domicílio pode ser cometido tanto de forma comissiva como omissiva. Quando o agente adentra sem consentimento espaço de terceiro pratica o delito de forma comissiva. Em contrapartida, se adentra de forma consentida, mas depois se recusa a sair, permanecendo em aposento alheio contra a vontade do dono ou daquele que tem a posse do imóvel, está cometendo o crime de forma omissiva (GRECO, 2017). Evidentemente que “presente o livre e pessoal consentimento do titular do direito, não há que falar em violação do domicílio, independentemente de o ingresso ocorrer no horário diurno ou noturno” (SARLET; NETO, 2013, p. 550).

A manifestação da vontade daquele que autoriza ou impede a entrada ou permanência de terceiro que invade seu espaço particular pode ser por sua vez de forma tácita ou expressa. Nas palavras de Rogério Greco, “a vontade expressa é aquela manifestada por aquele que detém o poder de permitir ou recusar o ingresso de alguém em sua residência e vontade tácita é aquela presumida no sentido de permitir ou não tolerar o ingresso de alguém em sua casa” (GRECO, 2017, p. 283). No crime de violação de domicílio, a vontade expressa pode ser compreendida como ação taxativa, verbal ou escrita, para que o agente não se intrometa no espaço privado, enquanto que a vontade tácita pode ser percebida pela realidade dos fatos, nas situações em que o agente, mesmo sabendo que não está autorizado, insiste em avançar sobre o particular.

Conforme Greco, a violação do domicílio é crime de mera conduta, ou seja, “aquele em que a lei retrata somente uma conduta, e não um resultado” (GRECO, 2017, p. 485), de modo que o delito se consuma no exato momento em que a conduta é praticada. Além disso, trata-se de crime comum, aquele em que qualquer indivíduo pode ser sujeito ativo, tal como proprietário do imóvel na vigência de um contrato de locação ou de comodato gratuito. Nessa direção, ensina o autor, se o dono penetra no imóvel locado sem consentimento do locatário ou do comodatário, mesmo sendo proprietário, poderá responder pela violação de domicílio, pois o locatário é a quem cabe admitir ou não a entrada ou a permanência de terceiros no imóvel. Do mesmo modo, terceiro que contra a vontade de quem de direito ingresse numa casa em que familiares estejam reunidos, pode ser impedido não apenas pelo proprietário, como por qualquer familiar que sentia sua liberdade tolhida (GRECO, 2017). Na titularidade compartilhada do domicílio, em todos os residentes, maiores e capazes, estão, a rigor, aptos a autorizar ou impedir o ingresso de terceiros no domicílio.

Nos meios de hospedagem, hipóteses de violação de domicílio podem ser cogitadas em situações em que o hóspede é incomodado no sossego dos seus aposentos por empregados, pessoas estranhas ao estabelecimento ou por conhecidos seus que, por alguma razão, não tenham a entrada ou permanência autorizada. Nessa direção, na ocupação de aposentos do hotel, o esperado, em tese, é o consentimento do ocupante para que seja permitida a entrada de terceiros, inclusive dos

empregados do estabelecimento. Não por menos, o quarto de hotel ocupado deve ser tomado como equivalente ao conceito de casa, portanto, asilo inviolável.

2. O QUARTO DE HOTEL COMO ASILO INVIOLÁVEL

Em 2007, no julgamento do RO 90.376-2/RJ, a 2ª Turma do STF, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, enfrentou o problema da extensão do conceito de asilo inviolável aplicado aos aposentos de hotel. Na ocasião, a Suprema Corte discutiu se o preceito fundamental de inviolabilidade do domicílio poderia ser estendido às habitações provisórias como os quartos de hotel. No caso concreto, a Turma analisou recurso impetrado pela defesa de um réu com vistas a reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que condenou um homem por múltiplos crimes de falsificação de documentos e estelionato com base em provas colhidas em aposento habitado de estabelecimento hoteleiro.

Em sede recursal, a defesa argumentou que as provas foram obtidas em diligência policial sem mandado de busca e apreensão, sendo, dessa maneira, maculadas de ilicitude. Em seu favor, a parte impetrante alegou que tal entendimento tinha sido acolhido pelo juiz sentenciante, da 19ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, que absolveu o réu por entender serem as provas ilícitas. Segundo relato trazido na sentença penal absolutória,

os policiais foram até o Hotel Ipanema Inn para prender o imputado, sendo que ele foi preso fora do quarto, mais precisamente quando chegava ao hotel. Um dos autores da prisão, [...], disse que o réu foi preso quando pegava as chaves do apartamento. Em seguida ele foi levado para a delegacia e somente depois retornou ao hotel. A testemunha [...] revelou que o retorno foi determinado verbalmente pela autoridade policial. Ao retornar, e ingressando no imóvel, foi encontrado o material apreendido. (BRASIL, 2007, p. 332)

Nesses termos, considerou o magistrado que por ter sido “obtida através de incursão em aposento ainda ocupado (quarto de hotel), sendo necessária ordem judicial de busca e apreensão, esta inexistente, [...] sendo a prova obtida de forma afrontosa aos direitos e garantias individuais” (BRASIL, 2007, pp. 8-9).

Diante da absolvição em primeiro grau, o Ministério Público do Rio de Janeiro impetrou recurso contra a decisão. Em sede recursal, sustentou o órgão ministerial que os aposentos de hotel ocupados não se equiparavam ao domicílio, sendo o argumento acolhido em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reformou a decisão do juízo *a quo*. No julgamento

da apelação criminal, a 2ª Câmara do TJRJ entendeu legítimo o comportamento dos agentes policiais, vindo a qualificar, por isso mesmo, como lícita a prova resultante da diligência realizada sem ordem judicial. Para aquele Tribunal, “o apartamento ou quarto do ‘Hotel Ipanema Inn’ não era a casa do apelado, como conceituado no art. 5º, XI, da Constituição Federal” (BRASIL, 2007, p. 10) pois “era usado pelo réu apenas como local para prática das suas atividades ilícitas, não gozando, portanto, da aludida proteção constitucional” (BRASIL, 2007, p. 4).

Dada a revalorização das provas pelo TJRJ, e a conseqüente condenação do réu, a defesa recorreu ao STJ com o objetivo de reconstituir a sentença de primeiro grau. Naquele Tribunal, a relatoria do caso ficou a cargo da Ministra Laurita Vaz, que considerou prejudicado o julgamento do HC 43.952/RJ pela falta de elementos que pudessem levar à real compreensão da violação de domicílio pela polícia judiciária:

a insuficiência fática dos autos não auxiliava a exata compreensão da alegação de violação de domicílio, pois não havia qualquer documento capaz de esclarecer os termos de mandado de prisão cumprido em desfavor do paciente, como também a forma como foi realizada a diligência de busca e apreensão pelos policiais no quarto de hotel, que servia de base para a prática das atividades ilícitas, mormente porque o réu se fazia presente no ato. (BRASIL, 2007, p. 10-11)

Alçados os autos ao STF, entendeu a 2ª Turma daquele Tribunal que a diligência policial, bem como as provas colhidas a partir dela, violaram o princípio da inviolabilidade domiciliar. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “sabemos todos – e é sempre oportuno e necessário que esta Suprema Corte repita tal lição - que a cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar revela-se apta a amparar, também, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva” (BRASIL, 2007, p. 14).

Nesse sentido, para o Ministro, a constatação pelo juízo de primeira instância de que os policiais invadiram o quarto de hotel do réu contra sua vontade, ainda que em posse de mandado de prisão, não acoberta de legalidade a procura no apartamento por objetos que servissem de evidência para condenação futura. Dessa maneira, as provas obtidas por meios ilegais, por mais relevantes que fossem, deveriam ser descartadas, uma vez que, baseadas na teoria dos frutos da árvore envenenada¹², contaminaram o processo.

¹² A doutrina dos frutos da árvore envenenada foi originalmente estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos e sustenta que o vício de uma planta se estende a seus frutos. Assentada na jurisprudência norte-americana a partir do caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States* (1920), a doutrina estabeleceu a inadmissibilidade de todas as provas obtidas com base em procedimentos policiais ilícitos por violarem preceitos constitucionais da IV Emenda. No caso concreto, “ao ser determinada judicialmente a devolução de documentos apreendidos ilegalmente de uma empresa, os agentes de investigação tiraram cópias dos materiais, os devolveram, e posteriormente utilizaram as cópias em outro procedimento de investigação”. No julgamento, o juiz do caso não apenas inadmitiu o uso de tais documentos, como proibiu “a utilização do fruto da apreensão ilegal em outra investigação”. Procedentes posteriores na Suprema Corte Americana ampliaram as hipóteses de violação de direitos fundamentais decorrentes de diligências policiais. Nesse

Ao final do julgamento, dada a nulidade das provas, decidiu-se a 2ª Turma STF dar provimento ao recurso e restabelecer a sentença penal absolutória proferida pelo juízo de primeiro grau, reforçando que o conceito de casa a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição Federal, reveste-se de caráter amplo, “pois compreende na abrangência de sua designação tutelar, qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, e qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (BRASIL, 2007, p. 18).

A importância do pronunciamento do STF na apreciação do RO 90.376-2/RJ para este trabalho diz respeito à extensão interpretativa da proteção dada ao domicílio ao considerá-lo como qualquer compartimento habitado. Acompanhando a melhor doutrina, a decisão da Suprema Corte em reconhecer os aposentos ocupados de hotel como asilo inviolável preserva a harmonia necessária entre o direito fundamental de proteção ao domicílio e os limites para obtenção de provas pelas forças de investigação do Estado. Contudo, não resta dúvidas de que, do ponto de vista da operação hoteleira, a equiparação do quarto do hotel ao domicílio torna necessária a discussão sobre os procedimentos adotados pelos hotéis diante do direito à intimidade e à privacidade que devem ser garantidos aos hóspedes.

Apesar de se reconhecer que hotéis procuram disciplinar o acesso de funcionários aos quartos por meio de orientações específicas e vigilância hierárquica, não há como descartar que determinados procedimentos podem, no momento de sua execução, afrontar direitos constitucionalmente protegidos. Situação comum nesse sentido acontece, por exemplo, quando camareiras, requisitadas pelo setor responsável, adentram ao quarto do hóspede para cumprir a rotina de manutenção, ainda que não tenha havido autorização expressa para sua entrada. Nesse caso, ao não identificar uma possível proibição, dada por meio de afixação de placa indicativa, pela falta de depósito de chaves ou recusa formal à recepção, pode o setor de governança entender que, por pressa ou descuido, o cliente tenha esquecido de solicitar a arrumação. Seja como for, a entrada da camareira no aposento, sem autorização, caracteriza-se, *prima facie*, como violação de domicílio.

Evidentemente que não se pode desprezar o costume, uma das fontes do direito, como causa de justificação para a entrada das camareiras nos quartos de hotel ainda que sem autorização, pois, de praxe, sabe o hóspede que estão incluídos no custo da diária os serviços de limpeza e arrumação do quarto. Nessa direção, se não causar transtornos a quem se hospeda, é possível considerar o serviço de quarto realizado pelos empregados do hotel como uma espécie do exercício regular do direito.

contexto, a respectiva doutrina visa a controlar os métodos de investigação e desencorajar a prática de atos ilícitos por agentes do Estado.

O exercício regular do direito, previsto no inciso III, do art. 23, do Código Penal, é uma das hipóteses de causas de justificação do crime. Trata-se de mecanismo que afasta a ilicitude da conduta do agente, de modo a tomá-la como um direito de agir permitida pelo ordenamento jurídico. Atrelada ao exercício profissional, a exclusão da ilicitude está relacionada justamente à execução das atividades de rotina do empregado, que apesar de ser tipificado como crime, é escusável pela natureza do ofício. Não é outra, por exemplo, a situação da camareira que viola o domicílio do hóspede a fim de cumprir seu dever funcional.

Entretanto, o limite entre o exercício regular e o abuso do direito, condição daquele que deixa de desempenhá-lo de forma regular porque o exerce de maneira exorbitante, é por vezes tênue. Nessa direção, na rotina hoteleira, a entrada não autorizada ao aposento ocupado pelos empregados deve ser esporádica e efetivamente justificada pela necessidade, haja vista que o exercício regular do direito não pode ser tomado como salvo-conduto para arbitrariedades e violação à intimidade dos clientes.

Obviamente que se pode cogitar exceção à tal regra quando depois de certo tempo deixa de haver a comunicação do hóspede com a recepção do hotel, por exemplo. Nessa hipótese, por segurança, parece adequada a entrada no quarto ainda que não autorizada, pois não é incomum que crimes aconteçam em aposentos nos quais o hóspede tenha proibido a entrada de empregados do hotel. Trata-se, nesse caso, não do exercício regular do direito, mas de sobrepesar, na colisão de direitos constitucionalmente consagrados, os mais relevantes a serem tutelados no caso concreto. Essa foi a situação, por exemplo, vivenciada pelo Hotel Mandalay Bay, de onde do 32º andar um criminoso disparou contra frequentadores de um festival de música que acontecia em Las Vegas, nos Estados Unidos. O atirador, que se suicidou em seguida, fez *check-in* dias antes e não permitia a entrada de funcionários do hotel, deixando permanentemente o aviso de “não perturbe” afixado na maçaneta da porta do quarto.

O crime cometido pelo hóspede do Hotel Mandalay Bay teve repercussão mundial e, em decorrência dele, como medida preventiva, a comunidade hoteleira tem buscado alterar o famoso “não perturbe” por “quarto ocupado”. Na prática, a nova operação ensina que ao encontrar na porta o aviso “*room occupied*” por mais de 24 horas, o empregado terá de deixar um informativo na porta com a mensagem “*unable to service*”, de modo a deixar clara a impossibilidade de exercer a função de limpeza. Em seguida, o hotel, representado pela gerência, entrará no quarto para a inspeção. Para que não se tenha surpresas, o hóspede deverá ser informado de tal prática já no *check-in*. Tal mudança tem sido adotada pela rede Hilton e pelos hotéis da Disney (HAMATSU, 2019).

Situação semelhante ao episódio de Las Vegas aconteceu em Londres, onde um hóspede de 39 anos morreu após duas semanas isolado em um quarto do Hotel Hyde Park Tower. Durante

sua estada, o cliente alertou que os empregados só poderiam entrar com a sua expressa ciência. Ignorando o pedido e o anúncio de “não perturbe” afixado na porta, os supervisores entraram no aposento após uma das camareiras relatar mal cheiro vindo do quarto. Nesse caso, dada a incomunicabilidade do hóspede e os indícios de suicídio, a violação do domicílio pode ser justificada pelo estado de necessidade.

O estado de necessidade, assim como o exercício regular do direito, é uma das hipóteses de excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal. Apesar de causa de justificação restrita, havendo divergência na doutrina quanto à sua interpretação e aplicação, o estado de necessidade, especialmente quando o agente que o pratica não é o causador do perigo, é francamente reconhecido.

Outra forma de invasão do domicílio do hóspede acontece quando ele decide, sem avisar a recepção, extrapolar o horário de *check-out* e ausentar-se do hotel. Em situações como esta, agravada com a situação de que há reserva para ocupação imediata da mesma habitação, não é raro que os hotéis na ânsia de providenciar a limpeza do quarto para o próximo cliente, decidam-se por entrar no quarto, organizar por conta os pertences do hóspede e desocupar o aposento. Trata-se a medida, contudo, de flagrante violação de domicílio, que poderia ser facilmente contornada com a previsão de cláusulas penais no contrato de hospedagem ou pela contratação de seguro de responsabilidade civil pelo hotel¹³.

Na mesma direção, sabe-se que determinados hotéis, a fim de assegurar que não entrem em quartos ocupados, orientam seus empregados a “bater na porta três vezes para verificar se o hóspede está lá dentro” (SESC, 2019, p. 7). Segundo esse protocolo, somente depois de certificados da ausência do hóspede poderão os empregados executar a rotina de serviço de quarto. Outros estabelecimentos cuidam inclusive de registrar a entrada de funcionários nos quartos:

quando for abrir a porta de um apartamento para um funcionário do hotel (garçom, mensageiro, manutenção) deverá ser anotada essa informação no relatório de governança, registrando o nome deste, a função e o horário de sua entrada e saída. Não deixar nenhum funcionário sozinho fazendo algum serviço em um apartamento ocupado. Observe para que ele não sente na cama nem mexa nos objetos do hóspede. (SESC, 2013, p. 6)

Apesar da boa intenção na propositura da conduta, importa ressaltar que a prévia anúncio de entrada não pode ser considerada como escusa ou autorização tácita do hóspede para ingresso de terceiros no aposento ocupado. No mesmo sentido, prestadores de serviços que

¹³ Apesar de não ser o escopo deste trabalho avançar na seara cível, supõe como possível a previsão de obrigações acessórias aos clientes que descumprirem as condições ajustadas no contrato de hospedagem. Por outro lado, possíveis condenações advindas de hóspedes insatisfeitos com a indisponibilidade dos aposentos previamente reservados poderiam ser cobertas por meio da contratação de seguro de responsabilidade civil.

tenham acesso à unidade habitacional sem consentimento do hóspede, como acontece na eventual execução de pequenos reparos, configura-se violação do domicílio, situação agravada se o prestador de serviço é autorizado, mas é realizado por terceiro estranho ao hotel.

Diante tais ocorrências, protocolos convenientes devem ser adotados por hotéis a fim de evitar supressão do direito à privacidade dos hóspedes, tal como desencorajar camareiras a entrar fora dos horários programados ao aposento ocupado e instituir cláusulas contratuais que, exceto proibição expressa, permitam a entrada na unidade habitacional dos empregados do setor de governança e de manutenção do hotel.

Em outra direção, excetuando as situações de rotina, a entrada de terceiros no aposento habitado deve contar com manifestação inequívoca do ocupante, mesmo que acompanhado por representante do hotel. Compreende-se em tal hipótese o acesso do aparato policial que, sem o consentimento do ocupante do quarto, deve o hotel informar aos agentes que a entrada nos aposentos será permitida somente com a presença do hóspede, salvo flagrante delito, em que a entrada é autorizada por lei (BRASIL, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inciso XI do artigo 5^a da Carta Magna de 1988 reafirmou a tradição de proteção do domicílio na ordem constitucional brasileira, situando-o no rol de direitos e garantias fundamentais. “A casa como asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”, preâmbulo do referido inciso, declara o desejo constitucional de defesa das liberdades individuais, ao mesmo tempo em que posiciona os direitos à privacidade e à intimidade como princípios corolários do Estado Democrático de Direito. Na complementação do inciso XI estão declaradas, por sua vez, as exceções que justificam a inviolabilidade domiciliar: “o flagrante delito, em caso de desastre para prestação de socorro e, durante o dia, por determinação judicial”.

A anunciação da casa como asilo inviolável e a previsão de motivos que afastariam sua inviolabilidade não foram suficientes, entretanto, para que discussões viessem à tona acerca do conteúdo do conceito de casa anunciado no texto constitucional e, por consequência, das hipóteses em que a expedição da ordem judicial para se adentrar ao espaço privado se faz necessária. Como pano de fundo dessa discussão estava, sem dúvidas, a recepção ou não do art. 150 do Código Penal pela Constituição de 1988, haja vista a larga extensão que o dispositivo infraconstitucional havia

dado ao domicílio, e a possibilidade de desestranhamento do processo das provas obtidas de forma ilícita, previstas no art. 157 do Código de Processo Penal.

O teor desse debate, apreciado pelo STF em 2007, e discutido nesse trabalho, reconheceu o conteúdo ampliado que deve ser dado ao domicílio, incluindo nele o quarto de hotel. Decorre do pronunciamento do STF a equiparação do aposento ocupado ao domicílio, configurando-se sua violação quando ausente quaisquer das exceções previstas no inciso XI do art. 5º da CF em vigor.

Do ponto de vista da operação hoteleira, tal equiparação pressupõe, por sua vez, repensar determinados protocolos que podem potencialmente avançar sobre o direito à privacidade e à intimidade de que goza o hóspede durante sua permanência no hotel. Entre essas condutas estão, por exemplo, a entrada sem permissão no quarto do hóspede, o consentimento para que terceiros¹⁴ acessem o quarto enquanto ele ainda permanece ocupado, e o emprego de meios tecnológicos invasivos, que buscam vigiar e supervisionar os clientes que estão hospedados. Embora se tenha consciência de que muitas dessas condutas façam parte dos protocolos de serviço e estão enraizadas na “cultura” hoteleira, não se descarta que algumas possam ser revistas, enquanto outras devem ser evitadas e mesmo rechaçadas.

Nesse sentido, a solicitação de autorização do hóspede para entrada de empregados do hotel para realização de atividades de rotina, a anuência e a possibilidade de acompanhamento pelo hóspede quando da necessidade de realização de pequenos reparos por terceiros no seu quarto, e o uso de aparatos de segurança remota de maneira regular e de simples reconhecimento pelo cliente, são medidas sempre bem vindas e de fácil execução pelo hotel.

Evidentemente que não se descarta ser o asilo do quarto de hotel um domicílio *sui generis*, dada sua natureza provisória e comercial. Essas características resultam, na maioria das vezes, em certa tolerância de quem os ocupa em relação a sua inviolabilidade. A provisoriedade da ocupação, entretanto, “desde que preservada a exclusividade no sentido de sua privacidade, não afasta a proteção constitucional, pois esta busca em primeira linha assegurar o direito à vida privada” (SARLET; NETO, 2013, p. 548). Não se pode deixar de notar, todavia, a expectativa do hóspede frente aos costumes construídos em torno dos serviços de hospedagem, os quais justificam a operação hoteleira convencional. Apesar disso, não podem os empreendimentos, sobretudo as grandes redes, desconsiderar o fato de ser o quarto de hotel inviolável.

¹⁴ não empregados do estabelecimento.

REFERÊNCIAS

ABRANTES PINHEIRO, Lucas Corrêa. **Fundamentos teóricos-constitucionais de proteção ao domicílio em flagrantes de crime permanente**: análise do tema 280 da sistemática de repercussão geral à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: EDIPRO, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. 3ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RE 603.616 RO**. Recorrente: P.R. de L. Recorrido: Ministério Público de Rondônia. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. em 05/11/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 06/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **RHC 90.376 RJ**. Recorrente: S.A.C.V. Recorrido: Ministério Público Federal. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 03/04/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2477221>. Acesso em: 04/08/2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, vol. II. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HAMATSU, Lilian. Aviso de “não perturbe” em hotel pode estar com dias contados. **Viagens e Turismo**, 08 out. 2018. Disponível em: <https://viagemeturismo.abril.com.br/materias/avisos-de-nao-perturbe-podem-estar-com-os-dias-contados/>. Acesso em: 14 dez. 2019.

HOFFMANN, Henrique. **Prisão em flagrante no domicílio possui limites**. Academia de Polícia. CONJUR. 11.07.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>. Acesso em: 11.12.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. **A inviolabilidade do domicílio e seus limites**: o caso do flagrante delito. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul-dez, 2013.

SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO. SESC. **Manual da governança**: instrução de serviço 021/2013. Disponível em: https://www.sescpantanal.com.br/arquivos/cadastro-oportunidades/manual_governanca_hspc.pdf. Acesso em: 05/01/2019.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 928p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35 ed. rev. e atual. Saraiva, 2013.