

Análise da busca e apreensão em escritórios de advocacia

Débora Arruda Queiroz Lima*

Sumário. Introdução. 1. Garantias constitucionais a serem observadas quando da busca e apreensão em escritório advocatício. 2. Da inviolabilidade de domicílio – o termo “casa”. 3. Da busca e apreensão. 3.1. Requisitos para que se possa restringir direito fundamental por meio da realização da diligência de busca e apreensão. 3.2. Requisitos legais para a realização da busca e apreensão. 4. Da busca e apreensão em escritórios advocatícios. 5. Repercussão das manifestações dos advogados – as Portarias 1287 e 1288 do Ministério da Justiça, de junho de 2005. 6. Conseqüências jurídicas do abuso na realização da busca e apreensão em escritórios advocatícios. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A questão da realização da busca e apreensão em escritório advocatício, quando não seja o advogado o próprio investigado, é tema que requer cuidado ao ser discutido.

A Constituição Federal não proíbe a realização dessa medida acautelatória em tais locais, e o Código de Processo Penal a permite; porém, deve ser adstrita aos termos constitucionais e legais, já que o advogado exerce função essencial à justiça (art. 133 da Carta Constitucional) e possui direito ao sigilo garantido pelos artigos 25 e 26 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil :

“Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo seu próprio cliente e, em defesa própria, tenha de revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor, como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.”

Além disso, o artigo 7º, II, da Lei 8.906/94 expressamente assegura ao advogado o respeito, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, à inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins.

Não seria correta a inadmissão de busca e apreensão em escritório de advogado. O que se repudia são as ações exageradas e sem fundamento legal que, por vezes ocorrem. Para Florêncio, “tem-se verificado a expedição de mandados para cumprimentos de busca e apreensão em escritórios de advocacia sem a determinação de um magistrado local, sem o objeto, sem a fundamentação da diligência, e sem ao menos indicar o delito investigado e deixando de observar o que dispõe o parágrafo 2º, do artigo 243 do Código de Processo Penal (...)” .

Por fim, o objetivo maior desse estudo é discutir e analisar os diversos aspectos que cercam o instituto da busca e apreensão, mormente nos escritórios advocatícios, bem como as conseqüências jurídicas decorrentes de um eventual descumprimento do regramento legal.

1. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS A SEREM OBSERVADAS QUANDO DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO ADVOCATÍCIO

A Constituição Federal, no art. 5º, traz alguns princípios a serem observados quando da busca e apreensão, e que não de ser considerados também na realização de tal medida acautelatória em escritórios de advogado.

Sobre o assunto, Cleunice Pitombo reitera que “o legislador constitucional, em todos os tempos, protegeu a casa do indivíduo, limitando e enumerando as hipóteses de entrada permitida. A Constituição de 1988, como se viu, foi além da proteção da casa. Tutela, nos direitos e garantias fundamentais, também a intimidade, a vida privada e a integridade física e moral do indivíduo. As aludidas normas constitucionais importam, de modo direto, ao estudo da busca e apreensão, porque elas impõem limites à legalidade nos institutos no processo penal”. Conclui a especialista que “na realização da busca domiciliar ou pessoal, as garantias constitucionais referidas devem sempre ser respeitadas, sob o risco de ser ineficaz a busca realizada”.

Os incisos do art. 5º da Constituição Federal que não de ser observados quanto ao tema são, segundo Heidi Rosa Florêncio :

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

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.

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

2. DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO – O TERMO “CASA”

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, declarou expressamente que “ a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

O Código Penal, por sua vez, no art. 150, § 4º, dispõe que a expressão “casa” compreende:

- a) qualquer compartimento habitado;
- b) aposento ocupado de habitação coletiva;
- c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Isso posto, conclui-se que os escritórios de advocacia, bem como os consultórios de um médico, psicólogo, dentista etc estão incluídos no conceito de “casa”, que possui sentido bastante amplo. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, “o termo domicílio, na seara constitucional, tem amplitude maior do que no direito privado. Não é apenas a residência, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas todo o local, determinado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se mediatamente, a vida privada do sujeito. O Supremo Tribunal Federal já pacificou esta tese (STF,

RTJ,74:88e 84:302). Entendeu, por exemplo, que ‘o conceito de casa estende-se ao escritório de empresa comercial’ (STF, RE 331303, AgR/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 10-2-2004)” .

3. DA BUSCA E APREENSÃO

Segundo Mirabete , a busca é a diligência que se destina a encontrar a pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela se segue. É meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciando-se no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer ainda com a prática criminosa que tebga deixado vestígios. Esclarece o auotr que, embora esteja inserida, no Código de Processo Penal, no capítulo das provas , a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.

A medida pode ocorrer :

- a) Antes de qualquer procedimento policial ou judicial, como medida preparatória ao procedimento investigativo (art. 6º, II, CPP
- b) Durante o inquérito policial;
- c) Na fase de instrução criminal;
- d) Durante a execução.

3.1. REQUISITOS PARA QUE SE POSSA RESTRINGIR DIREITO FUNDAMENTAL POR MEIO DA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão é medida que, realizada em residência ou em escritório advocatício, restringe direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Segundo Magalhães Noronha , “...de modo geral a busca e apreensão recai sobre coisas que interessam a elucidação do fato. Como, porém, é medida de exceção, constrangedora, que fere liberdade individual, deve ser empregada com cautela e moderação, procurando a autoridade ferir o menos possível os direitos da pessoa; direitos aliás, garantidos pela Constituição, como os considerados no art. 5º, XI e XII – inviolabilidade do domicílio e sigilo da correspondência – que como se observa, comportam as restrições previstas no Código no citado art. 240, § 1º, e suas alíneas”.

Heidi Rosa Florêncio observa que é preciso que, quando da opção pela medida, se atente para os princípios da necessidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve-se analisar se a busca e apreensão faz-se realmente necessária, se não há outro meio de obter o mesmo resultado sem que nenhum direito fundamental seja atingido. Há de ser analisado se a medida é razoável frente aos preceitos constitucionais , aplicando-se também o princípio da proporcionalidade (medida x objetivo).

Já Diogo Malan explica os seguintes requisitos para que seja possível restringir direito fundamental por meio da realização da diligência de busca e apreensão: “Os requisitos de natureza intrínseca, por sua vez, são três: (i) a idoneidade (adequação da medida ao fim colimado, independentemente de haver ou não outras medidas mais eficazes do que a escolhida); (ii) a necessidade (dentre várias medidas igualmente aptas à consecução do resultado almejado, deve ser eleita a que menos afeta os direitos fundamentais, otimizando-se estes últimos); (iii) a proporcionalidade em sentido estrito (relação de razoabilidade entre o sacrifício do direito fundamental e a importância do interesse estatal que se almeja tutelar através da medida)” .

3.2. REQUISITOS LEGAIS PARA A REALIZAÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO

Requisito imprescindível para a realização de qualquer busca e apreensão o mandado judicial, pois a Carta Constitucional de 1988 assim exige, no 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”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não poderia ser diferente, como se pode notar através da ementa abaixo:

“EMENTA: - Mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o avanço e a impunidade do narcotráfico. 2. Apreensão de documentos e equipamentos sem fundamentação em locais invioláveis. 3. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 4. O fato da autorização judicial para a perícia dos equipamentos, oriunda de autoridade judiciária de primeiro grau, após a apreensão, sem mandado judicial, não legitima os resultados da perícia que se tenha realizado ou em curso. 5. Mandado de segurança que se defere para determinar a devolução dos bens e documentos apreendidos, declarando-se ineficaz eventual prova decorrente dessa apreensão com infração do art. 5º, XI, da Lei Maior” (MS 23642 / DF .Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA .Julgamento: 29/11/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

“EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ART. 5º, LVI, DA CF/88. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A BUSCA E APREENSÃO. AFIRMAÇÃO EXPRESSAMENTE CONTRADITADA NA DECISÃO ATACADA. ALEGAÇÕES DA DEFESA NÃO EXAMINADAS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As alegações formuladas conflitam, expressamente, com o que foi consignado na decisão atacada. II - Diante da autorização judicial para a busca e apreensão, não existe ilegalidade a ser sanada. III - Teses da defesa devidamente rechaçadas na sentença. IV - Ordem denegada” (HC 87543 / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min.

RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 13/02/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 09-03-2007 PP-00042).

As decisões dos Tribunais são no mesmo sentido:

“É indevida a apreensão de documentos da Autora sem sua presença ou expressa anuência. A simples alegação de que tais documentos foram entregues voluntariamente por funcionário da Requerente não tem o condão de legitimar sua conduta, porquanto o art. 7º, II, da Lei 8.906/94 garante ao profissional da advocacia "a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado...” (TRF 1ª Região - Processo: AC 2004.34.00.011886-0/DF; APELAÇÃO CIVEL .Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Publicação: 19/04/2007. DJ p.61).

Outro requisito para a realização da busca e apreensão a existência de fundadas razões. Dispõe o CPP, no art. 240, § 1º, que “proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizem...”.

Diogo Malan comenta tal requisito: “Por essa expressão se entende que devem existir fatos concretos comprobatórios da necessidade da diligência. Por conseguinte, é manifestamente ilegal a busca e apreensão autorizada com base em meras suspeitas por parte da autoridade judicial competente” .

Cleunice Pitomboposiciona-seno mesmo sentido:: “As fundadas razões, a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção (seja da acusação ou da defesa), que se possam achar na casa, a qual se pretende varejar” .

Há ainda os requisitos do mandado judicial, expressos no art. 243 do CPP:

“Art. 243. O mandado de busca deverá:

I) indicar o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II) mencionar o motivo e o fim da diligência ;

III) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. “

Portanto, a medida de busca e apreensão, salvo nos casos constitucionalmente excepcionados (flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro), depende, imprescindivelmente, de ordem judicial devidamente fundamentada, indicando, da forma mais precisa possível, o lugar em que será realizada, bem como os motivos e os fins da diligência.

Conforme explica Heidi Rosa Florêncio, “o mandado não pode ser genérico, sem informar, detalhadamente, a quem é dirigida a diligência; não pode o mesmo ser vago, sem motivação e sem fornecer os motivos que ensejaram a determinação da medida; devendo também ser devidamente assinado pela autoridade competente que o expediu” . E, segundo Diogo Malan, “via de conseqüência é absolutamente inadmissível que a autoridade judiciária se limite a utilizar expressões vagas e polivalentes como quaisquer objetos relacionados aos fatos em apuração e quejandos” .

O Supremo Tribunal Federal considera que

“sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público (...) 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 de diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se

inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Enfatizou-se ainda que ‘ o atributo da auto-executoriedade 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”.

A falta de motivação no mandado de busca e apreensão pode tornar o ato nulo, já que a Constituição da República, em seu art. 93, assegura que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “tem-se assentado que a ordem judicial de busca e apreensão não pode ser vaga ou imprecisa, não se podendo delegar a extensão da providência à autoridade policial. Nesse sentido, é a decisão proferida no MS 23.454/DF, que, embora referente a ato de CPI, tem integral aplicação à decisão judicial” .

4. DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIOS ADVOCATÍCIOS

Aplica-se à busca e apreensão realizada em escritório de advocacia as disposições referentes à medida constantes do Código de Processo Penal, já comentadas nesse estudo, acrescentando-se o disposto no art. 243,  2º, do diploma processual penal, sempre tendo em mente art. 5º, XI, CF/88 e a inviolabilidade ao advogado conferida pela Lei 8906/94.

Como já fora dito, o advogado tem assegurada por lei (Lei 8906/94, art. 7º, II) a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua

correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins. Diogo Malan salienta que, ao contrário de que se pensa, tal não visa a salvaguardar interesses corporativos da classe; “pelo contrário, como o advogado é indispensável à administração da justiça segundo o artigo 133 da Carta Constitucional, as suas prerrogativas do sigilo profissional e da inviolabilidade do ambiente de trabalho asseguram o direito fundamental dos cidadãos à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, LV da Constituição da República) “ .

Referindo-se à inviolabilidade do art. 7º, II, da Lei 8906/94, Heidi Rosa Florêncio ressalta que “essa inviolabilidade representa uma garantia muito mais significativa para a sociedade como um todo do que para o próprio operador do Direito” . Explica o autor que “a segurança à sociedade perfaz-se no sentido de impedir que toda a documentação apresentada a um advogado seja apreendida sem obedecer às garantias constitucionais do sigilo de dados, de correspondência, da intimidade e da vida privada, conforme já foi anteriormente exposto. Assim, caso essa segurança não seja respeitada, o devido processo legal, também garantido constitucionalmente, vê-se profundamente prejudicado” .

Alem disso, como o escritório advocatício encontra-se inserido no contexto de “casa” descrito no art. 5º, XI, da Carta Política, todos os requisitos exigidos para a busca e apreensão domiciliar revelam-se, do mesmo modo, imprescindíveis à realização desta medida em escritórios de advocacia.

Por outro lado, não há dúvidas de que essa inviolabilidade de domicílio não signifique um direito fundamental absoluto, devendo ela ser cotejada com o poder-dever do Estado de prover a segurança pública da sociedade. O que se há de fazer é a conciliação de ambos, na medida do constitucional e legalmente prescrito.

O Código de Processo Penal, em seu art. 243,  2º, que “não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”. Segundo Mirabete, o dispositivo advém da “necessidade de se manter o sigilo profissional e, mais ainda, o amplo direito de defesa” .

Diogo Malan utiliza ensinamento de José Frederico Marques para explicar o que constitui e o que pode vir a constituir o corpo de delito que enseja a autorização da lei em determinar a realização da busca e a apreensão em um escritório de advocacia: “O corpo de delito consubstancia, por conseguinte, aquela prova da existência do crime” que o código exige como pressuposto indeclinável da prisão preventiva (art. 311) e da pronúncia. Sem o “corpus delicti” não pode haver coação processual. O fato punível ou o fato descrito, como típico, no preceito primário das normas penais que definem condutas delituosas – é elemento cuja comprovação se torna imprescindível para ser decretada a prisão preventiva, ou para a sentença de pronúncia” .

Para Frederico Marques, “o texto do art. 243, § 2º, deve ser interpretado por isso, em harmonia com a Garantia Constitucional da plenitude de defesa, pelo que a seguinte lição de João Mendes Júnior é de inteira atualidade: se se trata de buscar, examinar e apreender cartas e outros papéis, confiados ao advogado e procurador, em sua qualidade de patrono do acusado, o seu escritório deve estar ao abrigo de buscas que tenham por objeto descobrir aí indícios ou provas dos delitos imputados a seus clientes; não há justiça sem liberdade de defesa; e esta plenitude de defesa é um direito garantido pela Constituição” .

Mirabete esclarece: “A proibição é restrita ao ‘documento’, não se estendendo a outras coisas como armas, instrumentos ou produtos do crime etc. Além disso, a apreensão do documento é permitida quando: se trata de elemento de corpo de delito, como, por exemplo, de falsidade documental, de estelionato por meio de contrato etc; se o advogado não é patrono do acusado; é co-autor do delito; ou possui os papéis não em razão de suas funções” .

As seguintes ementas explicam muito bem:

“MANDADO DE SEGURANÇA - ADVOGADO - BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS.

RESTITUIÇÃO - PRESERVAÇÃO DE DADOS RESERVADOS UNICAMENTE AO PROFISSIONAL E SEUS CLIENTES - INVIOABILIDADE - APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 3º E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI 9.034/95. PRAZO PARA CONCLUSÃO DAS INVESTIGAÇÕES.

- O advogado é indispensável à administração da justiça e qualquer ato que implique em impedir o livre exercício desse profissional estará frustrando um serviço essencial à Justiça.

- É importante observar o trato necessariamente reservado dos dados que dizem respeito unicamente às relações confidenciais estabelecidas entre o advogado e os seus clientes, preservando documentos e assuntos privativos do seu escritório sem nenhuma relação com os fatos delituosos investigados.

- Peculiaridades do caso concreto resolvidas por meio de autorização para que o juiz verifique, pessoalmente, assegurada a presença das partes, em segredo de justiça, o material apreendido no escritório de advocacia, buscando identificar a existência de elementos que possam ter relevância probatória, no processo penal.” (TRF da 4ª Região. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 2004.04.01.021707-6. UF: RS. Data da Decisão: 19/08/2004. DJU DATA:06/10/2004 PÁGINA: 666 Orgão Julgador: OITAVA TURMA. Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL. CABIMENTO. BUSCA E APREENSÃO. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA E RESIDÊNCIA. LEGALIDADE. SIGILO PROFISSIONAL. CARÁTER NÃO ABSOLUTO (LEI Nº 8.906/94, ART. 7º-II). QUESTÕES DE FATO QUE NÃO TÊM COMO SER APRECIADAS EM MANDADO DE SEGURANÇA. (...) II - Busca e apreensão em escritório de advocacia e residência do impetrante. Alegação de transgressão à Constituição Federal e ao Código de Processo Penal, em seu art. 240. III - Apesar de consagrados pela Carta Constitucional, os direitos individuais não são absolutos, cedendo ante à existência de interesses maiores, preponderantes. Precedentes do STF (RTJ 173/805-810, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). IV - No curso das investigações concluiu-se pela

existência de indícios em detrimento do impetrante, os quais enquadram-se, em princípio, na previsão de "fundadas razões" a que se refere o art. 240 do CPP. V - Acresce que, escapa do âmbito estreito do mandado de segurança a apreciação das razões de fato consideradas pelo juiz, assim como também não é possível adentrar no exame do que o magistrado considerou indícios contra o impetrante. São questões que demandam uma apreciação dos fatos e circunstâncias que estão postos no inquérito policial, o que é inviável em sede de mandado de segurança. VI - No tocante à ausência de especificação quanto aos objetos ou documentos que deveriam ser buscados e apreendidos, mister ressaltar que a impossibilidade de tal providência decorreu da natureza dos fatos em apuração, valendo destacar que o mandado de busca e apreensão ressalvou que a medida destinar-se-ia à localização de documentos relacionados a crimes previdenciários. Obviamente, quaisquer documentos que não guardem pertinência com essa finalidade não podem ser apreendidos e, se o forem, têm que ser restituídos ao impetrante. VII - O direito ao sigilo profissional (art. 7º-II da Lei n. 8.906/94) não é absoluto, valendo observar que o próprio dispositivo legal permite a realização de busca e apreensão, desde que autorizada por magistrado. O que se exige é que o magistrado, nestas hipóteses, cerque-se de maiores cautelas na aferição dos elementos de convicção. VIII – Busca e apreensão determinada com base em fatos concretos, apresentados pela autoridade policial e endossados pelo Ministério Público Federal, pelo que não há que se cogitar de ilegalidade, ou abusividade, no caso” (TRF da 2ª Região. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 7853.

Processo: 2002.02.01.032600-9. UF : RJ. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA.

Data Decisão: 26/03/2003. DJU DATA:02/07/2003 PÁGINA: 75.

Heidi Rosa Florêncio assevera que, no caso de busca e apreensão em escritório de advogado, há de haver um cuidado especial com a expedição do mandado judicial, justificando que a medida, realizada nesses locais, pode restringir mais gravemente direitos

fundamentais. O autor cita ensinamento de Clademir Missagia: “ ‘A decisão que determinar a busca em escritório de advocacia deverá esclarecer detidamente o objeto da diligência, pelo fato de que há limites decorrentes do direito e sigilo profissional. É ilegal a decisão que defere uma ordem geral de apreensão ‘ ” .

5. REPERCUSSÃO DAS MANIFESTAÇÕES DOS ADVOGADOS – AS PORTARIAS 1287 E 1288 DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DE JUNHO DE 2005.

Diante das manifestações dos advogados contra os abusos cometidos pela Polícia Federal quando da realização de busca e apreensão em escritórios de advocacia, foram publicadas, pelo Ministério da Justiça, em junho de 2005, duas Portarias, visando justamente regulamentar as ações da Polícia Federal no cumprimento de mandado de busca e apreensão . São as Portarias 1287 e 1288.

A Portaria 1287 estabelece regras gerais a serem seguidas pela Polícia Federal, em qualquer caso de busca e apreensão que venha ela a proceder. Já a 1288 estabelece instruções para o cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão, especificamente, em escritórios de advocacia.

Importantes regras são trazidas pela Portaria 1287 em seu art. 2º, nos incisos II a V, ao dispor que o cumprimento do mandado de busca e apreensão será realizado:

“II - sob comando e responsabilidade de Delegado de Polícia Federal;

III - de maneira discreta, apenas com o emprego dos meios proporcionais, adequados e necessários ao cumprimento da diligência;

IV - sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento à diligência;

V - preservando ao máximo a rotina e o normal funcionamento do local da diligência, de seus meios eletrônicos e sistemas informatizados “.

O art. 3º, “caput” e parágrafo único, dessa primeira portaria também é digno de nota, pois proíbe a apreensão de quaisquer repositórios informáticos de informação que, sem prejuízo para as investigações, possam ser analisados por cópia (“back-up”) feita pelo perito criminal; e este, ao copiar os dados objeto da busca, adotará medidas para evitar apreender o que não esteja relacionado ao crime sob investigação

A Portaria 1288, no art. 2º, estabelece que as diligências de busca e apreensão em escritório de advocacia só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver: (I) provas ou fortes indícios da participação de advogado no crime sob investigação; ou (II) fundados indícios de que em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime ou elemento do corpo de delito, ou ainda dados ou documentos imprescindíveis ao esclarecimento do fato que esteja sendo apurado.

O art. 3º da Portaria 1288 dispõe que a prática de atos inerentes ao exercício regular da atividade profissional advocatícia não é suficiente para fundamentar mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia.

Dispositivo bastante relevante dessa segunda Portaria é o art. 4º, que coíbe o excesso na diligência ao proibir a apreensão daqueles documentos que não interessam à apuração do fato criminoso:

“Art. 4º Salvo expressa determinação judicial em contrário, não serão objeto de busca e apreensão em escritório de advocacia:

I. documentos relativos a outros clientes do advogado ou da sociedade de advogados, que não tenham relação com os fatos investigados;

II. documentos preparados com o concurso do advogado ou da sociedade de advogados, no exercício regular de sua atividade profissional, ainda que para o investigado ou réu;

III. contratos, inclusive na forma epistolar, celebrados entre o cliente e o advogado ou sociedade de advogados, relativos à atuação profissional destes;

IV. objetos, dados ou documentos em poder de outros profissionais que não o(s) indicado(s) no mandado de busca e apreensão, exceto quando se referirem diretamente ao objeto da diligência; e V. cartas, fac-símiles, correspondência eletrônica (e-mail) ou outras formas de comunicação entre advogado e cliente protegidas pelo sigilo profissional”.

V.

No geral, as Portarias foram bem recebidas pelos integrantes da classe dos advogados, apesar de haver várias ressalvas quanto ao resultado prático que seria ocasionado por elas. “Por outro lado, as portarias promulgadas pelo Ministério da Justiça desagradaram a Federação dos Delegados da Polícia Federal e foram duramente criticadas” .

6. CONSEQÜÊNCIAS JURIDICAS DO ABUSO NA REALIZAÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIOS ADVOCATÍCIOS

As principais conseqüências jurídicas do abuso na realização da busca e apreensão em escritórios de advocacia são, segundo Diogo Malan :

a) Ilicitude da prova produzida, com base no art. 5º, LVI, da Carta Constitucional (“LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”);

b) sujeição da autoridade policial que agiu com excesso às sanções cominadas ao crime de abuso de autoridade (Lei 4898/64, art. 3º, “b”) e/ou de violação de sigilo funcional (Código Penal, art. 325), conforme o caso;

c) caracterização de dano moral indenizável, na forma da lei civil, sofrido pelo cidadão investigado.

Observe-se, ainda, que a falta de motivação/fundamentação no mandado de busca e apreensão, como em qualquer decisão judicial, pode tornar o ato nulo, já que a Constituição Federal, em seu art. 93, assegura que ““todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...””.

7. CONCLUSÕES

(a) O conceito de “casa” do art. 5º, XI, da Constituição Federal é bastante amplo, abrangendo os escritórios de advocacia;

(b) As garantias constitucionais constantes do art. 5º, X, XI, XII, LV e LVII;

(c) Além disso, o artigo 7º, II, da Lei 8.906/94 expressamente assegura ao advogado o respeito, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, à inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins;

(d) A busca e apreensão pode ser realizada em escritório advocatício, contudo, quanto aos documentos em poder do defensor, só podem estes ser apreendidos desde que constituam elemento de corpo de delito (art. 243, § 1º, do CPP);

(e) A busca e apreensão em escritório de advocacia só pode ocorrer quando fundadas razões a autorizarem (art. 240, § 1º, do CPP) e se houver ordem judicial indicando o local em que será realizada a diligência, estabelecendo detalhadamente o motivo e os fins da medida, sendo o mandado subscrito por escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir (art. 240, incisos I a III, do CPP);

(f) A falta de fundamentação da ordem judicial que determinar a medida de busca e apreensão pode levar à sua nulidade (art. 93 da CF/88);

(g) O excesso eventualmente cometido na realização de busca e apreensão em escritório de advogado provocará a ilicitude da prova produzida, de acordo com o art. 5º, LVI, da CF/88);

(h) Há inegável interesse social na preservação do poder-dever do Estado de investigar, utilizando-se dos meios disponíveis, os fatos em tese criminosos; contudo, não se pode esquecer que esse poder investigatório é limitado pela legalidade. Não fosse assim, seria arbitrário. Portanto, cabe ao Poder Judiciário pôr em prática o poder investigatório, mas sempre na medida da legalidade, expedindo mandados de busca e apreensão em conformidade com a Constituição Federal e com o Estatuto Processual Penal e, na ocorrência de eventual realização de busca e apreensão sem amparo legal, declarando ilícitas (e, portanto, nulas) as provas produzidas.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada .São Paulo: Saraiva, 2005.

- FLORÊNCIO, Heidi Rosa. Busca e apreensão em escritórios de advocacia: considerações sobre os aspectos práticos e teóricos. Disponível em:

http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_escritorios.doc. Acesso em 12-12-2007.

- MALAN, Diogo. Da busca e apreensão em escritório advocatício. Disponível em:

http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/busca_e_apre.doc. Acesso em 30-11-2007.

- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol.2. 2ed. Campinas: Millennium, 2000,

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- NORONHA, E. Magalhães, Curso de Direito Processual Penal. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da Busca e Apreensão no Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

*Advogada, cursando Pós-graduação em "Grandes Transformações do Processo Civil" pela UNAMA.

deborarruda@gmail.com

OAB-CE nº18.650

Disponível em:

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1331&idAreaSel=16&seeArt=yes>. Acesso em: 13 mar. 2008.