



Marceleza

CONTORNOS DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – requisitos e controle da atividade policial

Rodrigo Carneiro Gomes

Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 14-22, jan./mar. 2007

RESUMO

Tece considerações sobre supostas “invasões” em escritórios de advocacia, para demonstrar o equívoco da nomenclatura adotada e a existência de inúmeros controles normativos, políticos, institucionais, midiáticos e populares para coibição de abuso ou excesso da atividade policial.

Elenca os requisitos legais do mandado de busca e apreensão e no que consiste o controle da atividade policial. Explica a necessidade e o procedimento da busca quando abrange computadores e em que as circunstâncias o escritório pode ser objeto de busca e apreensão.

Por fim, destaca que a apreensão só se procede quando o investigado é o próprio advogado ou no local se encontra o corpo de delito, instrumento ou produto do crime e não correspondências protegidas pelo sigilo constitucional na relação cliente-advogado.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; Direito Penal; mandado; busca e apreensão; advocacia; advogado; garantia; inviolabilidade; polícia federal.

1 INTRODUÇÃO

Há algum tempo vimos e ouvimos a mídia noticiar, com grande alarido, que a polícia federal “invade” escritórios de advocacia. Muitas vezes é noticiado ou comentado pelas pessoas que a polícia invadiu a favela, o morro, a “boca de fumo”.

Devemos diferenciar quando a referência é meramente ilustrativa, pois não se faz um procedimento de busca e a consequente apreensão sem uma ordem judicial e sem um procedimento criminal em curso (inquérito policial ou ação penal).

Aos ouvidos leigos da população marginalizada e da sociedade civil organizada, a notícia de “invasões de escritórios de advocacia” caiu como uma “bomba”, especialmente pelo prestígio e confiança de que goza a polícia federal. A referida polícia de combate à corrupção, ao colarinho branco, ao narcotráfico internacional, viola prerrogativas dos advogados, que ocupam importante papel na defesa de direitos individuais e coletivos ameaçados pela grande máquina administrativa do Estado, essenciais para assegurar ao cidadão comum a defesa de seus direitos e interesses frente ao Estado Leviatã de Thomas Hobbes.

A polícia federal, embora vinculada ao Poder Executivo, goza de ampla autonomia nas investigações policiais. Não há nenhuma incursão policial baseada em ideologia, crença ou raça.

Na polícia federal, segundo a Constituição Federal de 1988, não existe polícia-capacho, polícia comprometida com interesses políticos, Estado policialesco ou ditatorial, nem se fala em Direito Penal do inimigo. A penalização de novas condutas não é pleiteada pelos profissionais de segurança pública, que pedem apenas uma dotação orçamentária razoável e seu respectivo repasse, lidando com conceitos novos como o de polícia comunitária e geoprocessoamento.

Segundo o delegado de polícia federal, Helton de Abreu¹: *Com a ordem democrática e o Estado de Direito, os instrumentos de repressão a infratores da lei tiveram que ser reformulados, a polícia se reestruturou, formando seus quadros não mais por obtusos brutamontes*

arregimentados entre os amigos do príncipe, mas por profissionais selecionados por meio de concursos de caráter público e transparente. As autoridades policiais não mais se esmeraram em suas refinadas habilidades de tortura, mas em suas virtudes intelectuais, em seus conhecimentos jurídicos, em seus complexos recursos de inteligência policial.

A polícia federal não distingue crença, raça, religião, partido, riqueza ou pobreza. Havendo indícios de autoria e materialidade, é deflagrada a ação policial pela instauração de inquérito. A partir da instauração, toda a ação da polícia federal é controlada por membros do Poder Judiciário, do Ministério Público federal, que detém o controle externo, e mesmo pelas ONGs, associações, sociedade civil e, com muito profissionalismo, pela imprensa escrita, falada e eletrônica. Das ações ainda participam, simultaneamente, diversos órgãos, como a Receita Federal, o INSS, Banco Central, por exemplo.

Há, ainda, o controle externo do Tribunal de Contas da União por meio das Secretarias de Controle Externo nos Estados – SECEX quanto, por exemplo, à eficiência e economicidade das ações da polícia federal. Há, conjugado às ações de controle interno da direção-geral e da corregedoria-geral do departamento de polícia federal, também aquele exercido pela Controladoria-Geral da União – CGU, por meio da Secretaria Federal de Controle Interno – SFC, que possui poderes e competência para requisitar a instauração de processo administrativo disciplinar e avocar processados de forma tendenciosa.

As atividades públicas e privadas, nessas se enquadrando o exercício da advocacia, devem ser pautadas pela análise imparcial dos fatos e notícias, sem se tomar nenhum partido, ao menos antes da bilateralidade da audiência.

Pela forma preceituada sempre se pautou a polícia federal, pois é insito aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eu acresço o da transparência.

Essa é a posição da polícia federal e que esperaria, por isonomia, a igualdade

no tratamento. A perniciosidade e a potencialidade de dano à imagem de uma instituição do vulto da polícia federal é imensurável. O poder de convencimento de uma crítica genérica é muito próximo daquele fundado em dados concretos e palpáveis.

A preocupação é “uma mentira, dita mil vezes, torna-se uma verdade”, frase atribuída a Joseph Paul Goebbels, ministro da propaganda nazista, no ano de 1933, que não a escreveu sem razão.

O ponto de vista é não existir qualquer “invasão” e, num momento posterior, discorrer sobre as hipóteses em que ocorrem as diligências policiais: o próprio profissional é o objeto da investigação ou o escritório tem sob a sua guarda o corpo de delito, o instrumento do crime ou o seu produto. Assim, o que há de verdade e o que há de mentira?

2 O CONTEXTO DA POLÊMICA A RESPEITO DE “SUPOSTAS” INVASÕES EM ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

É tema entusiasmante a polêmica em torno da imputada conduta de “invasão” em escritórios de advocacia com suposta violação de prerrogativas e com mandados de busca e apreensão tidos como ilegais, porque genéricos e cumpridos em local diverso daquele da jurisdição da autoridade judiciária expedidora.

A realidade contada, no entanto, é muito diferente da cotidiana do trabalho policial. O que é invasão? Segundo disposto no art. 202 do Código Penal, há a figura típica da “Invasão de estabelecimento comercial”:

Art. 202 – Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

No dicionário eletrônico Houaiss²: *substantivo feminino – ato ou efeito de invadir 1 ato de penetrar (em local, espaço etc.), ocupando-o pela força*

1.1 migração acompanhada de violência e destruições
 2 ato de alastrar-se e difundir-se maciça e rapidamente
 3 difusão de largo alcance, propagação de alguma coisa de cunho abstrato

4 desrespeito, desconsideração, esp. em relação à vida pessoal de outrem; usurpação

5 Regionalismo: Brasil.

terreno, área ilegalmente ocupada por moradias populares

6 dir. int. pub entrada, sem prévia autorização, de forças armadas estrangeiras em território de um Estado

7 Rubrica: direito penal.

crime que consiste na entrada, sem autorização, em estabelecimento de trabalho com o objetivo de prejudicar as atividades normais ou danificar o próprio estabelecimento.

Para De Plácido e Silva:

INVASÃO. Do latim invasio, de invadere (invadir, arrebatar, assaltar, apoderar-se), em sentido geral significa toda penetração ou ingresso violento em terras alheias.

Neste sentido, mesmo, chega a mostrar-se em equivalência a intrusão, embora nem sempre integre a idéia de apossamento, ou seja, traga o invasor a intenção de apossar-se das terras invadidas.

No sentido do Direito Civil, a invasão indica o apossamento violento de terras de outrem, caracterizando o esbulho. A violência, aí, decorre do fato de ser investida ou posse tomada contra a vontade do dono. O recurso legal que assiste ao dono do terreno invadido é o interdito de reintegração, se a invasão tiver ocorrido em menos de ano e dia, ou de embargos de obra nova, nos casos de construção.

Depois desse prazo, a ação será de força velha, ou seja, de reivindicação.

No sentido do Direito Internacional a invasão é a penetração belicosa das forças armadas de um país em território de outro. É considerada caso insólito, justificando a força maior e se mostrando caso de perigo comum.

A polícia federal não distingue crença, raça, religião, partido, riqueza ou pobreza. Havendo indícios de autoria e materialidade, é deflagrada a ação policial pela instauração de inquérito.

Invasão. Também se diz de invasão para toda ação da pessoa, que tenta fazer o que não é de suas atribuições, mas se contém nas atribuições conferidas ou outorgadas a outrem.

É a invasão de funções ou de poderes.

Não há "invasão", na concepção do Código Penal, ou semântica, além do que não se pode perder de vista que as diligências policiais são precedidas de ordem judicial, conjugada com o parecer do Ministério Público federal, além de, em nome da transparência do serviço público policial, haver prévia comunicação à comissão de prerrogativas da OAB. Mesmo durante o período em que a autoridade policial esteve dispensada da obrigação de tal comunicação (à época da vigência de decisão liminar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que suspendeu a eficácia do art. 7º, II, parte final da Lei n. 8.906/1994, até o julgamento de mérito ocorrido em 17/05/2006), essa era feita, resguardado e isolado o local objeto de busca.

3 ALEGAÇÕES GENÉRICAS E SEM RESPALDO

Em que pese a apregoada ilegalidade de procedimentos policiais, apenas uma representação foi formulada perante o Ministério da Justiça e, pelo que internamente até agora se apurou, não houve nenhuma ilegalidade no cumprimento das ordens judiciais porque foram encontradas pastas com a denominação "blindagem de bens", com recurso à constituição de *offshores* uruguaias. Apenas uma representação que, de plano, por determinação do ministro de Estado de Justiça originou uma sindicância, iniciando-se a devida apuração, sem corporativismo.

As alegações genéricas e sem fundamentação partem da crença geral de que o Estado de Direito vale para os pobres e não para os ricos, em sua grande parte industriais e empresários com efetivo trânsito entre as altas autoridades brasileiras, que pensam estar imunes ao paquiderme que é o nosso Estado, seja pela sua lentidão, seja pelo arcaico arcabouço jurídico recursal, judicial e administrativo-tributário.

As acusações genéricas são levianas e denigrem a imagem institucional e dos profissionais de alta qualificação e comprometimento pessoal que fazem do risco de vida diário a sua maior contribuição para um Estado mais justo e igualitário, e nunca para um Estado em busca de manutenção do poder político.

Num país como o Brasil, que, ao lado de Serra Leoa, não há muito tempo (2004), teve o pior nível de distribuição de renda do mundo, com um índice de corrupção, em 2005, semelhante ao que tinha há sete anos, ainda grassa a impunidade e, assim mesmo ainda querem amordaçar a polícia federal.

4 A IMPRESCINDIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO E OS LIMITES DA INVIOABILIDADE DO SEU ESCRITÓRIO

Já dizia Piero Calamandrei³ que a parcialidade do advogado é a garantia da imparcialidade do juiz.

Em recente artigo publicado no *Jornal da Tarde*⁴, José Reinaldo Guimarães Carneiro, Promotor de Justiça do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - GAECO, pontuou:

(...) efetivadas as garantias, não se confunde a pessoa do advogado com a do cliente. Para o advogado ético, leal à causa defendida, foram instituídas as garantias. Ele é que tem a prerrogativa do sigilo. São para ele a inviolabilidade do escritório e a de comunicações, para bem representar o seu cliente às voltas com graves delitos do ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, essa parcialidade e a prerrogativa do sigilo guardam limites na Constituição Federal e na Lei n. 8.906/1994, e especialmente, nas prerrogativas funcionais de magistrados, promotores e procuradores da República, delegados de polícia e servidores públicos em geral.

O sigilo profissional dos advogados é uma manifestação do direito de defesa, e não é esse o objeto das investigações e operações policiais e nem dos mandados de busca e apreensão. A incursão no inviolável local de exercício de atos da profissão nada interessa à polícia federal, enquanto ligado umbilicalmente à sua atividade-fim, qual seja a defesa de interesses de terceiros, em face do Estado.

Observou o delegado de polícia federal Célio Jacinto dos Santos⁵:

O jus puniendi estatal não pode ficar inerte diante da ofensa a bens jurídicos protegidos, não pode prescindir dos meios neces-

sários ao esclarecimento dos fatos, suas circunstâncias, autores e partícipes, numa fase preparatória ou extraprocessual, aí surgindo então o direito à investigação estatal, que também coabita com a outra face da moeda, o direito à investigação do imputado ou do acusado, alçado a direito público subjetivo, equivalente aos direitos de ação e defesa, tudo isso, numa interpretação e integração já reconhecidas ao direito à prova.

A legislação processual penal admite a busca em escritório de advocacia, especialmente, se o advogado estiver na posse do *corpo de delito* (art. 243, § 2º, do CPP) ou se o próprio advogado for suspeito da prática de algum ilícito. Nesse aspecto, os tribunais regionais federais têm consignado, à exaustão, a legalidade do procedimento policial, que há décadas ocorre com fulcro na legislação citada:

Como assegurou o TARS⁶, mesmo que a coisa buscada seja determinada, e os executores devam limitar-se ao estritamente necessário para que a diligência se efetue, não há proibição legal de que sejam apreendidos outros objetos que constituem *corpo de delito de infração penal*, e, complementado por acórdão do TRF - 3ª Região: não se poderia exigir que – a autoridade – conhecesse quais os documentos e arquivos continham, por assim dizer, as informações que interessavam à justiça, pois era necessária a “análise de documentos fiscais envolvendo conhecimentos de finanças, de operações bancárias e de informática”.

Por isso, com acerto, a eminente processualista Ada Pellegrini Grinover⁸ leciona que *todas as liberdades têm feitiço e finalidade éticos, não podendo ser utilizadas para proteger abusos ou acobertar violações*.

5 OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL E A DOUTRINA

A Instrução Normativa n. 11-01/DG-DPF-MJ⁹ assegura, em compasso com o art. 245, § 7º, do CPP, o acompanhamento de toda a diligência de busca e apreensão por duas testemunhas, preferencialmente não-policiais, ficando uma cópia do termo de diligências (auto circunstanciado) com o proprietário, morador ou preposto, com comunicação imediata do resultado à autoridade judiciária. Veja-se:

70. Após a realização da busca, mesmo quando resultar negativa, será lavrado auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas presenciais.

70.1 O resultado da diligência será imediatamente comunicado à autoridade judiciária.

70.2 Cópia do auto de apreensão será fornecida ao detentor do material apreendido.

Mirabete no Código de Processo Penal Interpretado¹⁰ leciona:

240.1 A fim de que não desapareçam as provas do crime, a autoridade policial deve apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o delito (art. 6º, II). O art. 240 relaciona ainda objetos e pessoas que podem ser objeto da busca e apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem. Embora a busca e a apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.

(...)

243.1 É de se notar que não se permite a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, em restrição advinda da necessidade de se manter o sigilo profissional e, mais ainda, do amplo direito de defesa. A proibição é restrita ao documento, não se estendendo a outras coisas, como armas, instrumentos ou produto do crime etc¹¹. (Grifo nosso.)

Não há “invasão”, na concepção do Código Penal, ou semântica, além do que não se pode perder de vista que as diligências policiais são precedidas de ordem judicial, conjugada com o parecer do Ministério Público federal, além de, em nome da transparência do serviço público policial, haver prévia comunicação à comissão de prerrogativas da OAB.

Contudo, mais adiante, o autor doutrina que, embora não seja permitida a apreensão de documento confiado ao advogado, essa apreensão torna-se legal, permitida, aceitável, quando o documento se consubstancie em “corpo de delito”.

Além disso, a apreensão do documento é permitida quando se trata de elemento de corpo de delito, como, por exemplo, falsidade documental, estelionato por meio de contrato etc. Também é permitida quando o advogado não é patrono do acusa-

do, é co-autor do ilícito ou possui papéis não em razão de suas funções.

No Direito norte-americano, existe o *attorney-client privilege*, que é, nas palavras do magistrado federal Jail Benites de Azambuja¹², a liberdade de não ser obrigado a fornecer provas para instruir processo judicial, em situações que, normalmente, essa obrigação aparece. Contudo, o *privilege* não se aplica na hipótese de *crime-fraud exception*, ou seja, quando o advogado extravasa o âmbito da simples assistência jurídica e se coloca na posição de partícipe ou co-autor, no que perde privilégio e se afasta o sigilo do profissional investigado.

Prossegue o insigne professor da Universidade Paranaense – Unipar:

É claro que a finalidade do *privilege* é proteger a tutela do segredo e confiança entre o advogado e seu cliente, de modo que somente possa ser rompida essa proteção caso haja o que os norte-americanos chamam de “razoável relação” entre a o crime/fraude e a comunicação entre o advogado e o cliente. De qualquer forma, a parte que invoca um *privilege* deve provar a ocorrência de seus elementos essenciais.

Cabe salientar, por exemplo, na década de 90, a ocorrência da *crime-fraud exception* nas causas envolvendo a indústria de cigarros, de vez que esta, sistematicamente, escondia dados de pesquisas desfavoráveis realizadas por elas nos escritórios de advocacia, sob o manto de proteção do *privilege*. Os advogados das indús-

trias de cigarros comandavam as pesquisas – em vez dos cientistas, para que os resultados pudessem ficar protegidos.

Sem enveredar na seara de a quebra da imunidade do advogado ser quebra de privilégio ou garantia, porque entendemos que, perante o direito pátrio se trate de verdadeira garantia constitucional ao livre exercício da profissão, alcança-se a compreensão de que o que não é corpo de delito, instrumento ou produto do crime e diga respeito exclusivamente ao exercício

ético da advocacia não é objeto de apreensão. São excluídos: documentos relativos a outros clientes do advogado ou da sociedade de advogados, que não tenham relação com os fatos investigados; documentos preparados com o concurso do advogado ou da sociedade de advogados, no exercício regular de sua atividade profissional, embora para o investigado ou réu; contratos, inclusive na forma epistolar, celebrados entre o cliente e o advogado ou sociedade de advogados, relativos à atuação profissional destes; 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; cartas, fac-símiles, correspondência eletrônica (*e-mail*) ou outras formas de comunicação entre advogado e cliente protegidas pelo sigilo profissional (art. 4º da Portaria n. 1288/2005-MJ).

A fim de corroborar a lisura dos procedimentos do departamento de polícia federal (DPF), trago à colação outros dispositivos da IN 11/2001-DG/DPF/MJ, que regem a nossa instituição desde o ano de 2001 e que, antes mesmo dessa data, recebiam o mesmo tratamento:

SEÇÃO VI

DA BUSCA DOMICILIAR

65. *A busca domiciliar será feita mediante mandado judicial, precedida de investigação sobre o morador do local onde será realizada, visando colher elementos sobre sua pessoa (atividades, periculosidade e contatos), sempre que possível com a presença da autoridade policial e de testemunhas não-policiais, observando-se as regras estabelecidas nos arts. 240 a 250 do CPP.*

(...)

67. *Ao representar perante a autoridade judiciária pela expedição de mandado de busca, a autoridade policial deverá fazê-lo de forma fundamentada, indicando o local onde será cumprido e, sempre que possível, o nome do morador ou sua alcunha e os fins da diligência.*

As acusações genéricas são levianas e denigrem a imagem institucional e dos profissionais de alta qualificação e comprometimento pessoal que fazem do risco de vida diário a sua maior contribuição para um Estado mais justo e igualitário (...)

68. *No curso da busca domiciliar, os executores adotarão providências para resguardar os bens, valores e numerários existentes no local, preservar a dignidade e evitar constrangimentos desnecessários aos moradores.*

68.1 *Os executores da busca providenciarão para que o morador e as testemunhas acompanhem a diligência em todas as dependências do domicílio.*

69. *Ocorrendo entrada forçada em virtude da ausência dos moradores, os executores adotarão medidas para que o imóvel seja fechado e lacrado após a realização da busca, que será assistida por duas testemunhas não-policiais.*

70. *Após a realização da busca, mesmo quando resultar negativa, será lavrado auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas presenciais.*

70.1 *O resultado da diligência será imediatamente comunicado à autoridade judiciária.*

70.2 *Cópia do auto de apreensão será fornecida ao detentor do material apreendido.*

71. *A busca em repartições públicas, quando necessária, será antecedida de contato com o dirigente do órgão onde será realizada. (Grifo nosso).*

6 O CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – REQUISITOS E EXECUÇÃO. O QUE E QUANDO

Destaco os principais pontos da Portaria n. 1.288¹³, relacionados ao cumprimento de mandados de busca em escritórios de advocacia:

a) participação de advogado na prática delituosa sob investigação;

b) instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito em poder de advogado;

c) documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração (art. 2 da Portaria n. 1.288).

Requisitos da representação de busca: instrução do pedido com todos os elementos que justifiquem a adoção da medida; indicação, com a maior precisão possível: a) das razões da diligência do local, de forma fundamentada; b) da finalidade da busca; c) dos objetos que se pretende apreender (art. 1º da Portaria 1.287/MJ). Mencionar na representação *se no local de busca funciona escritório de advocacia*. (art. 1º da Portaria 1.288).

Recomendação de execução da busca: *comunicação à respectiva Seção da OAB*, antes do início da busca, *facultando ao seu representante designado* o acompanhamento da execução da diligência (art. 1º da Portaria n. 1.288); leitura prévia do conteúdo do mandado para preposto encontrado no local da diligência; comando e responsabilidade de delegado de polícia federal; discricção, com meios proporcionais, adequados e necessários; sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento da diligência; preservação da rotina e do normal funcionamento do local da diligência; *backup* de suportes eletrônicos, computadores, discos rígidos, bases de dados, por perito criminal federal especializado (art. 3º da Portaria n. 1.287/MJ).

Medidas após a execução do mandado de busca: comunicação ao magistrado; objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos (art. 4º, § 2º, da Portaria n. 1.287/MJ); faculdade do interessado de extrair cópia dos documentos apreendidos, inclusive dos dados eletrônicos, que não foram objeto de restituição, mediante justificativa, para evitar o uso protelatório em prejuízo da investigação.

A comunicação à seccional da OAB, ao advogado plantonista da Comissão de Prerrogativas, está prevista na parte final do inc. II do art. 7º da Lei n. 8.906/1994. Teve sua eficácia suspensa pela liminar deferida na ADI 1127-8/PE, Rel. Min. Paulo Brossard, julgada em 6/10/94 e, posteriormente, em 17/5/2006, em acórdão capitaneado pelo Ministro Ricardo Lewandowski (relator designado), revogada, mantida a exigência legal, constando que: *a exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão, a partir do momento em que a OAB, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, deixar de indicar o representante.*

Há aqueles como o preclaro professor David Teixeira de Azevedo¹⁴, que pugnam pelo contraditório prévio no mandado de busca e apreensão:

(...) é de ser procedida à busca e apreensão em escritório de advocacia apenas depois de notificado o advogado do pedido formulado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, abrindo-se oportunidade de contrariedade, realizando em toda extensão o contraditório prévio. Ainda que procedente pela presença dos requisitos cautelares da busca e apreensão, o advogado deverá ser intimado a prestar as informações e oferecer os documentos dentro do prazo fixado judicialmente. Se houver descumprimento, aí sim é caso de busca e apreensão.

Essa pretensão de contraditório prévio não se coaduna com o modelo brasileiro do inquérito policial inquisitivo, sigiloso e nem lhe garante a Constituição Federal, vista sob a ótica do Excelso Pretório.

Azambuja¹⁵ arremata, ao criticar o disposto na novel Portaria n. 1.288-05/MJ:

(...) dois pontos merecem consideração mais acurada. Primeiro, a necessidade de acompanhamento do advogado na realização da diligência, que a Portaria resgata. Todavia, nesse aspecto o ato ministerial é absolutamente inócuo e inconstitucional. Havia previsão, quanto a esse aspecto, no art. 7º, II do EOAB, mas o Supremo Tribunal Federal, ao julgar *Questão de Ordem na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1127 / DF*, suspendeu exatamente a expressão “e acompanhada de representante da OAB”, sob o fundamento, conforme o voto do Ministro Relator Paulo Brossard, de que isso subordinaria a realização do ato estatal ao alvedrio da entidade fiscalizadora da profissão.

Considerando que, por força da Lei n. 9.868/99 e, agora, com a redação do art. 102, § 2º, da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional n. 45/2004, as decisões proferidas no controle abstrato são vinculantes, tanto ao Judiciário quanto à Administração Pública, a Portaria, neste tópico, não pode produzir qualquer efeito.

(...) o âmbito da portaria extravasa, muito, o de simples portaria, ingressando na esfera da própria investigação policial e processual. É certo que portaria ministerial não tem o condão de inovar a ordem jurídica, com expedição de comandos primários.

No caso, a portaria em comento extravasou em muito os limites de ato inter-no destinado à administração do depar-

tamento de polícia federal, prevendo normas processuais penais, cujo berço somente pode ser a lei e não mero ato administrativo, ainda que normativo.

A revitalização do dispositivo legal na portaria ministerial, em uma releitura da interpretação conforme a Constituição, só pode ser entendida, para que haja razoabilidade e proporcionalidade, com as ponderações feitas pelo Ministro Relator da ADI, *in verbis*:

(...) o julgamento do STF esclarece devam ser adotadas as “cautelares próprias”, e a comunicação à OAB deve ocorrer com a garantia de que as provas não sejam alteradas, podendo-se alcançar o resultado útil da diligência desde que controlado o perímetro e acesso de pessoas ao local objeto da busca.

Se a busca e apreensão é determinada por juiz competente, ela há de fazer-se sob a sua autoridade e responsabilidade e não ficar na dependência de quem não exerce poder jurisdicional, ensejando a frustração da medida. Pode haver urgência na sua execução, e é natural, a maior reserva, sob pena de tornar-se inócua; se o juiz antes de executar sua decisão dela devesse dar ciência à OAB, algumas pessoas dela teriam prévia notícia, com as inevitáveis e óbvias consequências; ou o caso é de busca e apreensão ou não é; se for, tem de ser executado com presteza, exaço e reserva, se não for, o juiz não o determinará¹⁶. (Grifo nosso).

Posteriormente, em julgamento de mérito proferido em 17/5/2006, tendo sido designado Relator o Min. Ricardo Lewandowski, decidiu-se que a exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão, a partir do momento em que a OAB, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, deixar de indicar o representante¹⁷.

De qualquer forma, o julgamento do STF esclarece devam ser adotadas as “cautelares próprias”, e a comunicação à OAB deve ocorrer com a garantia de que as provas não sejam alteradas, podendo-se alcançar o resultado útil da diligência desde que controlado o perímetro e acesso de pessoas ao local objeto da busca. Não há exigência legal ou jurisprudencial de que a comunicação seja feita com 24 horas de antecedência, sendo suficiente que seja no momento imediatamente anterior à busca.

Alguns propalam, ainda, que gera intranquilidade a incursão em escritórios de advocacia, porque é impossível que a autoridade policial não tome conhecimento de outros casos, de outros nomes e de outros dados, estranhos à investigação.

Tal preocupação é desarrazoada. A autoridade policial está vinculada aos fatos investigados num determinado inquérito policial e, quando no escritório de advocacia, não poderá violar o sigilo profissional

entre advogado e cliente que não seja objeto da investigação, sob pena de, se a prova atingir clientes estranhos à investigação, ser considerada ilícita.

Destaca-se a existência do incidente de restituição de coisas previsto no art. 118 do Código de Processo Penal. O item 148 da Instrução Normativa n. 11/01-DG-DPF/MJ, de 27/6/2001, muito antes da edição do art. 4º, § 2º, da Portaria n. 1.287/MJ, já previa a restituição de bens que não interessassem à investigação:

148. Quando cabível, a restituição de coisas apreendidas será feita mediante termo próprio, observando-se o disposto no art. 120 e parágrafos do CPP.

Toda documentação ficará intacta e, caso errônea ou equivocadamente arrecadada, no momento imediatamente subsequente à diligência, será devolvida, mediante recibo.

7 MANDADO GENÉRICO

Inexiste no ordenamento jurídico o aludido mandado de busca e apreensão “genérico” e um outro tradicional. Há uma ordem judicial na modalidade de busca e apreensão, que pode ser domiciliar ou pessoal, cujos requisitos estão no art. 243 do Código de Processo Penal: *indicação da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; o motivo e os fins da diligência; subscrição pelo escrivão e assinatura do magistrado; constar, se houver, ordem de prisão.*

Luiz Flávio Gomes¹⁸, em artigo intitulado “Limites à inviolabilidade do advogado e do seu escritório”, leciona:

Não é preciso (e é desarrazoado exigir) que do mandado conste o nome completo, qualificação, idade, local de nascimento etc. do investigado. Isso é exagero. De outro lado, jamais se pode exigir que o mandado defina, de pronto, qual ou quais documentos serão apreendidos. Isso é absurdo! O juiz não tem bola de cristal para saber, de plano, qual ou quais documentos serão úteis e necessários para a comprovação "do corpo de delito" (Grifo nosso).

Falhas pontuais e isoladas na representação por buscas ou na expedição de mandados não geram nenhuma nulidade ou prejuízo, desde que haja a fundamentação exigida constitucionalmente pelo art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988, aplicando-se o princípio *pas de nullité sans grief*. É legítima e válida a diligência e provas produzidas, respeitados o sigilo e a garantia do exercício da advocacia.

Não se propala que o mandado de busca e apreensão deve ser amplo e irrestrito ao extremo de admitir a apreensão de tudo o que esteja no local objeto de busca, contudo deve incumbir à autoridade policial, com bom senso e equilíbrio, o exame daquilo que se apreende, com observância dos parâmetros legais: produto ou instrumento do crime, corpo de delito, dados, informações e indícios relativos ao delito investigado, e não às atividades inerentes ao exercício da advocacia, quando o advogado não for o próprio investigado.

Há artigo da lavra do advogado criminalista Diogo Malan¹⁹ que sustenta que o ordenamento norte-americano é mais garantista que o brasileiro, pois lá se exige que a *a autorização judicial de busca e apreensão domiciliar esteja amparada em causa provável (probable cause), materializada em elementos de convicção substanciais que apontem: a relação entre o objeto que se pretende apreender e os fatos criminosos em apuração;*) a probabilidade de tal objeto ser encontrado no local da diligência.

Ousamos discordar pelo cotejo entre a "causa provável" dos anais judiciais dos Estados Unidos e a legislação processual penal pátria, que também exige "fundadas razões" e apreensão dos "objetos que tiverem relação com o fato", acrescido pelas disposições das Portarias n. 1.287/2005 e 1.288/2005 do Ministério da Justiça.

Veja-se a redação expressa dos arts. 6º e 240 do CPP:

Não há previsão legal para que os mandados de busca e apreensão, expedidos em uma comarca ou seção judiciária e cumpridos em outra diversa, sejam precedidos de carta precatória, em especial, se o delito tem repercussão interestadual e exige repressão uniforme.

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

(...)

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

a) prender criminosos;

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

(...)

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

(...)

h) colher qualquer elemento de convicção. (Grifo nosso).

Assim, a legislação processual trata de "objetos", "coisas achadas", "qualquer elemento", ou seja, não consigna a obrigatoriedade prévia de determinação do objeto buscado, por falta de previsibilidade da autoridade investigante, que, justamente, "procura" os indícios e provas, sob pena de frustração da futura ação penal. Mas exige que seja possível encontrar o corpo de delito na residência ou local de trabalho e que esse esteja relacionado com a investigação policial efetuada. Há grandes pontos de congruência entre duas legislações bastante garantistas.

Não há previsão legal para que os mandados de busca e apreensão, expedidos em uma comarca ou seção judiciária e cumpridos em outra diversa, sejam precedidos de carta precatória, em especial, se o delito tem repercussão interestadual e exige repressão uniforme. Contudo, *por analogia*, admite-se essa interpretação, *ex vi* dos arts. 289 e 353 do Código de Processo Penal.

Reza o art. 289 do Código de Processo Penal:

Art. 289. Quando o réu estiver no território nacional, em lugar estranho ao da jurisdição, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

Parágrafo único. Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por telegrama, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica será autenticada a firma do juiz, o que se mencionará no telegrama.

Na verdade, sob a ótica da "homologação", o tema, quando é abordado, tem tratamento no art. 780 do CPP, que prevê a necessidade de confirmação em hipótese de sentença e diligências instrutórias penais *estrangeiras*²⁰.

Não existe exigência legal expressa ou regimental quanto à homologação de mandado de busca e apreensão, e, mesmo nas hipóteses de mandados de prisão "em aberto", ou seja, não-cumpridos, pode, diante das circunstâncias, uma autoridade municipal, estadual ou federal, embora não-policial, ou mesmo um segurança contratado pela Justiça eleitoral (na oportunidade em que um foragido vai buscar o título eleitoral, por exemplo) proceder à prisão do "procurado", com encaminhamento à autoridade policial mais próxima para adoção das medidas cabíveis.

De qualquer forma, o STJ se pronunciou algumas vezes, para atenuar a exigência de expedição de carta precatória para cumprimento de mandado de prisão. Com muito mais razão, a atenuação também deve ocorrer no cumprimento de mandado de busca e apreensão que colide com um direito fundamental menor que a liberdade. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL - RECURSO DE HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRENCIA - PRISÃO EFETUADA FORA DE JURISDIÇÃO DO JUIZ QUE A DECRETOU.

1. Não cabe alegar falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, quando este se apresenta fundado nos pres-

supostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A lei processual penal não impede seja a prisão do réu efetuada fora da jurisdição do juiz que a decretou, desde que solicitada e a vista do respectivo mandado.

3. Recurso improvido²¹.

Habeas Corpus. Prisão preventiva decretada fora da jurisdição do juiz que a decretou. Custódia que atendeu as formalidades do art. 289 do Código de Processo Penal. Ordem denegada²².

8 CONCLUSÃO

Não existe, pois, mandado de busca e apreensão genérico, e nem pode ser assim classificado qualquer um que reúna os requisitos mínimos do art. 243 do Código de Processo Penal.

Não têm a autoridade policial, quando faz a representação, e a autoridade judiciária, quando a atende, noção exata das características do objeto buscado, pois podem ser indícios, provas ou documentação contábil, por exemplo.

Nem de outra forma poderia ser, pois caracterizaria que a autoridade policial obteve acesso não-autorizado ao domicílio, escritório ou local de trabalho do investigado o que tornaria a prova ilícita e seria incompatível com o Estado de Direito.

As pretendidas exigências de delimitação do fato delituoso, identificação do investigado e indicação do objeto a ser buscado não encontram amparo legal.

O mandado judicial de busca e apreensão nada mais é do que um traslado, um extrato, da decisão judicial que afastou a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, em colisão contra outro direito fundamental, o bem-estar social, a incolumidade da sociedade, consubstanciada no *ius persequendi* estatal.

O mandado de busca e apreensão é medida cautelar, antecipatória para garantir a subsistência da prova, do resultado útil da investigação policial, e não juízo de certeza de culpabilidade. Exigir a antecipação do objeto buscado é desconhecer os percalços da atividade policial.

A qualquer tempo, podem os advogados requerer o *backup* de seus arquivos ou cópia dos documentos apreendidos. A devolução de material equivocadamente apreendido é objeto de restituição imediata, mediante provocação, ou de ofício.

Embora a Portaria n. 1.287/MJ preve-

ja que deve ser feito o *backup* dos computadores e não sua apreensão, o método apropriado é um “espelhamento” do disco rígido, que pode demorar entre duas a quatro horas, se considerada a capacidade de armazenamento de 200 *gigabytes*. Em cada computador.

Não se pode desconhecer que existem programas que ocultam os arquivos do computador, com possibilidade de perda de dados valiosos, e outros *softwares* maliciosos que, na tentativa de cópia, deletam todas as informações presentes no meio físico. Há ferramenta do *windows* que permite a ocultação mencionada e não se descarta a possibilidade de desmagnetização do *hardisk*. De quem será a responsabilidade por perda da prova se a autoridade policial requereu a “apreensão” e não a cópia, que deveria ser feita no âmbito pericial a pedido do interessado, em momento posterior à arrecadação do material apreendido.

Por fim, o exercício da atividade de polícia judiciária não tem como escopo violar prerrogativas da nobre classe dos advogados, que muito contribuem para a melhor distribuição de justiça, mas apenas separar o joio do trigo, pelo combate à criminalidade organizada que coopta profissionais de todas as áreas, como inclusive demonstra recente estatística divulgada pela OAB-RJ, pela qual foram desligados 13 profissionais por ligação com o crime organizado²³.

Na forma das portarias ministeriais, as apreensões de computadores são evitadas, procedendo-se ao espelhamento dos discos rígidos, quando não haja possibilidade de perda de dados ou de arquivos ocultos. Contudo, quando tal fato ocorrer, é permitida a apreensão e facultado o *backup* de todos arquivos, pela parte interessada, com fornecimento do *hardware* necessário, a fim de não prejudicar a atividade do nobre mister dos advogados. A representação da busca e apreensão só será feita quando os computadores consubstanciarem corpo de delito, instrumento ou produto de crime ou na hipótese de o advogado ser o objeto da investigação. Tudo isso será objeto de decisão fundamentada do magistrado, dentro do inquérito policial (com preservação do sigilo na relação advogado-cliente daqueles não envolvidos), e não o mandado de busca e apreensão, que não é a sede própria, além de prejudicar o sigilo das diligências e a intimidade do investigado.

REFERÊNCIAS

- 1 ABREU, Helton de. As elites e a política. *Revista Prima*, v. 17, n. 51, out.2005. n. 51 out. 2005, ano XVII Envelopel gráfica, editora e publicidade – ADPF. Disponível em: <<http://www.adpf.org.br/index.cfm?IdPrisma=C7EFC3B2-ED1C-FD3E-CBB6CA24BE76355&fuseaction=principal.prisma.qrPrisma.Detalhe>>. Acesso em 21 out. 2005.
- 2 Instituto Antônio Houaiss, versão 1.0, dez. 2001.
- 3 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 4 CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Ação policial nos escritórios de advocacia. *Jornal da tarde*, São Paulo, 26 jul. 2005. p.A-2.
- 5 SANTOS, Célio Jacinto dos. Sigilo profissional do advogado: análise à luz do direito à investigação e da legalidade. *Revista Jurídica Consulex*, v. 9, n. 201, p. 31, maio 2005.
- 6 JTAERGS 95/42 - art. 4º da EC n. 45/2004.
- 7 MS n. 247.735, processo n. 2003.03.00.017120-6, 1ª Seção do TRF 3ª Região, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce -RTRF 62/120.
- 8 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- 9 Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal, publicada no Boletim de Serviço n. 129, de 9/7/01, e no DOU n. 126, seção 1, de 2/7/2001.
- 10 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 535.
- 11 Idem, p.539.
- 12 AZAMBUJA, Jail Benites. *Busca e apreensão em escritórios de advocacia e interceptações telefônicas de conversas de advogados com clientes*. Palestra proferida no *Seminário Internacional: propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade*, org. Centro de Estudos Judiciários – Conselho da Justiça Federal. Brasília: STJ, 05 e 06 set. 2005. Disponível em <http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeeducacao/textos_fotos/combate/JailBenitesdeAzambuja.doc?PHPSESSID=29fc85ed6f2affd510cfac71c0407eb3>. Acesso em: 20 out. 2005.
- 13 O Diário Oficial da União, Seção I, n. 125, p. 50, de 01-07-2005, publicou as Portarias ns. 1.287, e 1.288, ambas de 30 de junho de 2005.
- 14 Artigo do Boletim IBCCRIM n. 153 - Agosto/2005.
- 15 Conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários – Conselho da Justiça Federal.
- 16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1127-8/PE, Rel. Ministro Paulo Brossard, julgada em 6/10/94.
- 17 Informativo n. 427 do STF - Brasília, 15 a 19 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info427.asp#ADI%20e%20Lei%208.906/94%20-%202>>. Acesso em: 10 ago. 2006.
- 18 Sítio “Juristas.com.br”. Ano n. 1. n. 36.
- 19 Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/juridico.php?PHPSESSID=0fef868fcebba9ca635d3e9ec054d50>>.
- 20 Art. 780. *Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento*

de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.

- 21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 4576/CE, 6ª T., Ministro Relator Anselmo Santiago, publicado no DJ de 21/08/1995, p. 25.408 e RSTJ, v. 81, p. 394.
- 22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 15893/PI; 5ª T., Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 24/09/2001, p. 324.
- 23 VASCONCELOS, Fábio. Jornal O Globo. Rio de Janeiro: 31/7/2008, p.18. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/n_9390~p_599~OAB-RJ-investiga-mais-de-dois-mil-advogados>. Acesso em : 07 mar. 2007.
Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/36716,1>>. Acesso em 7 mar. 2007.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; Criminal Law; warrant; search and seizure; advocacy; attorney; guarantee; inviolability; Brazilian federal police.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

AZEVEDO, David Teixeira de. A invasão nos escritórios de advocacia: a corrosão da democracia. *Boletim IBCCRIM*, v. 13, n. 153, ago./2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Limites à inviolabilidade do advogado e do seu escritório*. *Juristas.com.br*, João Pessoa, v. 1, n. 36, 23/08/2005. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br / colunas.jsp?idColuna=446>>. Acesso em: 27 ago. 2005.

MALAN, Diogo. *Da busca e apreensão em escritório advocatício*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/juridico.php?PHPSESSID=0fef868fcebbae635d3e9ec054d50>>. Acesso em: 21 out. 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Edição Universitária, 3. ed. 2 v. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ABSTRACT

The author reflects upon the alleged "breakings into" attorney offices, as a way of showing the inappropriateness of the adopted term and also the existence of a great number of controls carried out through norms, policies, institutions, the media and the people, to restrain abusive or excessive police activity.

He mentions both the search warrant legal requirements and the nature of police activity control. He explains not only the need for the search, but also how it occurs whenever computers are involved, and the circumstances under which attorney offices may be object of search and seizure.

At last, he underlines that seizure may only be carried out either when the one under investigation is the attorney in question or when the body of the offense, crime tool or product have been found at the place, with the exception of those mails which are covered by attorney-client privilege, a constitutionally guaranteed institute.

Rodrigo Carneiro Gomes é Delegado de Polícia Federal e professor da Academia Nacional de Polícia, em Brasília-DF.