

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção V

Temas Atuais

Busca e apreensão em escritório de advocacia. Prévia comunicação à seccional da OAB. Portaria n. 1.288/2005 do Ministro da Justiça. Inconstitucionalidade

Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia*
André Terrigno Barbeitas**

A Portaria n. 1.288, de 30 de junho de 2005 (*DOU* de 1º jul. 2005), da lavra do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, ao fundamento de regulamentar as buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal, por ordem judicial, nos escritórios de advocacia, estabeleceu no parágrafo único do art. 1º que “Antes do início da busca, a autoridade policial responsável pelo cumprimento do mandado comunicará a respectiva Secção da Ordem dos Advogados do Brasil, facultando o acompanhamento da execução da diligência”.

Inicialmente, cumpre assinalar que é perfeitamente cabível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face do dispositivo em questão, visto que já assentado no âmbito da Suprema Corte que o controle de constitucionalidade tem por objeto todo e qualquer ato normativo federal, estadual ou distrital (art. 102, I, *a*, da CF), conforme decisões nas ADIn ns. 1.352-1/DF (relator ministro Sepúlveda Pertence), 728 (relator ministro Marco Aurélio), 730 (relator ministro Ilmar Galvão) e 681-DF (relator ministro Néri da Silveira).

Cuida-se de manifesta invasão de funções, que colide frontalmente com o princípio da independência dos poderes republicanos (consagrado no art. 2º da Carta Constitucional), para além de ferir de morte o sigilo indispensável à exitosa realização dessa medida cautelar penal. Aduza-se, ainda, configurar-se inegável

* Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia é Procurador Regional da República e Professor Adjunto de Direito Penal na PUC-RJ.

** André Terrigno Barbeitas é Procurador Regional da República e Mestre em Direito Público pela UERJ.

violação do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei (previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), visto garantir-se à corporação dos advogados um privilégio odioso, concedido com exclusividade e em detrimento de todos os demais ofícios, também exercidos com idêntico colorido de sigilo profissional.

Em primeiro lugar, invade-se a seara de competência exclusiva da função jurisdicional do Estado e atenta-se contra decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O art. 7º, II, da Lei Federal n. 8.906/94 – Estatuto da OAB – garante ao advogado “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* [...]” [grifei].

Como se sabe, parte do teor do preceptivo citado teve sua vigência suspensa pelo STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 1.127-8 – liminar, STF, Plenário, por maioria, relator ministro Paulo Brossard, *DJ* de 29 jun. 2001), cuja ementa assinala que

[...] MEDIDA LIMINAR. Interpretação conforme e suspensão da eficácia até final decisão dos dispositivos impugnados, nos termos seguintes: Art. 7º, inciso II – inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado. Suspensão da expressão “e acompanhada de representante da OAB” no que diz respeito à busca e apreensão determinada por magistrado.[...].

Da decisão do Pretório Excelso pode-se extrair – *a contrario sensu* – o reconhecimento da constitucionalidade da busca e apreensão realizada em escritório de advocacia, desde que mediante prévia ordem judicial, bem como a declaração da inconstitucionalidade da exigência de que tal diligência investigatória seja acompanhada de representante da corporação dos advogados.

Foi exatamente essa a decisão judicial manifestamente desrespeitada pelo malsinado diploma legal ao restabelecer, mediante uma simples Portaria Ministerial, um preceptivo de lei ordinária tido por inconstitucional pela ampla maioria dos integrantes da Corte Suprema.

Em segundo lugar, o dispositivo legal em análise atenta contra a disciplina processual penal ensejadora da realização da medida assecuratória questionada¹, bem como desnatura o sigilo investigativo indispensável ao sucesso da diligência.

A decisão de sua realização encontra-se na esfera do *prudente arbítrio do magistrado natural do feito*. Com efeito, como ressalta o mestre Frederico Marques,

Procede-se à busca “quando fundadas razões a autorizar”, em se tratando de busca domiciliar (artigo 240); [...] Isto mostra que a providência coercitiva não é arbitrária, muito embora, como salienta Manzini, *fique entregue, ao critério e discricção da autoridade, o exame dos motivos que tornem aconselhável a diligência*² [grifei].

De se destacar, também, ser descabida a emissão de qualquer juízo valorativo *ex post facto* sobre a medida, uma vez que, como esclarece a doutrina,

[...] O § 1º do art. 240 diz que a busca domiciliar é permitida quando fundadas razões a autorizarem. *Claro que o fundamento das razões é avaliado, antes de mais nada, pelo juiz que ordena a busca. É matéria prudencial, como não poderia deixar de ser. Mas, exatamente por isso, a resolução da autoridade pode sempre ser contrastada, posteriormente, por outras autoridades de mais alto grau judiciário.* [...] O juízo sobre a conveniência da busca é feito *a priori*. *Pode acontecer que a diligência seja infrutífera e revele a posteriori não corresponder aquele*

¹ “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º *Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem*, para: [...] c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; [...] h) *colher qualquer elemento de convicção* [...]” [grifei].

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 290.

juízo à realidade. Pouco importa. A lei exige fundadas razões e essas razões se baseiam na suspeita grave, séria, confortada pelo que a autoridade judicial sabe, pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar e não na realidade que só por meio da busca vai ser conhecida. Fundadas razões são as que se estribam em indícios de que a pessoa ou coisa procurada se encontram na casa em que a busca deve ser feita. Por tudo isso, para avaliar se é legítima a ação, deve o juiz colocar-se na situação e no tempo em que a autoridade policial vai dar a busca. Seria errado afirmar a inexistência de fundadas razões situando-se na posição de quem já conhece e pondera o que só depois veio a ser conhecido³ [grifei].

Finalmente, não é de se acolher a argumentação de que tais buscas e apreensões em escritórios de advogados violariam o estatuído pelo art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal⁴ e que só seriam cabíveis quando o próprio causídico fosse o investigado.

Com a devida vênia, como bem esclarece a melhor doutrina ao comentar o referido preceito legal,

[...] 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 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. Também é permitida a apreensão quando o advogado não é patrono do acusado, é co-autor do ilícito ou possui os papéis não em razão de suas funções⁵ [grifei].

³ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 463-464.

⁴ “Art. 240. [...] § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 290.

Referências

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1995.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1