

INVIOLABILIDADE DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA E DEPARTAMENTOS JURÍDICOS DAS EMPRESAS – SIGILO PROFISSIONAL E PRERROGATIVAS DA PROFISSÃO DE ADVOGADO¹

A questão da inviolabilidade dos escritórios de advocacia e bem assim dos departamentos jurídicos das empresas, que constituem local de trabalho dos advogados, sobremodo agravou - se ultimamente tendo em vista o noticiário de sucessivas operações policiais de grande porte que resultaram na devassa de escritórios de advocacia em São Paulo e no Rio de Janeiro, como também na busca e apreensão indiscriminadas de toda sorte de arquivos e documentos relacionados com o exercício da profissão de advogado. Não raro essas ações da polícia judiciária, especialmente da Polícia Federal, resultaram na prisão de advogados, tudo feito com grande estardalhaço e exibição em tempo real nos órgãos da mídia. Ainda mais grave e preocupante é o fato de que esse exibicionismo policial de estilo “hollywoodiano”, subespécie de requentado “xerifismo” tupiniquim, foi perpetrado mediante aparato bélico desproporcional, com desnecessário contingente de agentes policiais e armamentos pesados (como fuzis e metralhadoras) e valendo-se da indevida e dissiminada utilização de algemas.² A divulgação instantânea, em tempo real e em rede nacional pelos canais de televisão, por óbvio previamente informados do local e horário das diligências de busca, apreensão e prisão de pessoas, dentre elas vários advogados, traz a natural e inexorável consequência, com ou sem intenção dirigida a esse propósito inidôneo, de malferir a reputação e a respeitabilidade da categoria profissional dos advogados. Tudo por que incute na opinião pública o sentimento de execração pública e a percepção de que o exercício da advocacia se insere na fronteira da criminalidade, até mesmo com ela se associando, e que se acha contaminado das patogenias ínsitas à delinquência de todo tipo. E em meio a essa avalanche persecutória e da escandalização midiática se esquece que a profissão de advogado, com justas e históricas razões, mereceu, da Constituição e das leis do País, tratamento especial e o reconhecimento de prerrogativas inerentes.

Creio de superlativa importância avaliar esses lamentáveis episódios em cotejo, de um lado, com o poder-dever do Estado, a cargo da polícia judiciária federal e estadual, de realizar eficazmente a investigação policial, de combater o crime e identificar a materialidade e autoria dos delitos, e de outro lado, com os limites constitucionais e legais que indispensavelmente

¹ Artigo, no prelo, a ser publicado nas Revistas da OAB –RJ e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, ano 2009.

² Em face dos abusos praticados nessas detenções cinematográficas e na locomoção de presos, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a utilização indiscriminada de algemas viola a incolumidade moral dos detentos, podendo, ainda, importar em prejuízo para a defesa. Assim, por exemplo, no Habeas Corpus 91952 – SP, julgado pelo Tribunal Pleno em 07.08.2008, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, cuja ementa enuncia: “*ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI – Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do redicto condenatório*”.

condicionam a validade do exercício da persecução criminal pré-processual e sua divulgação nos veículos da mídia. Enfim, cumpre diferenciar o exercício regular do poder-dever investigatório e a prática do abuso de autoridade policial.

A inviolabilidade do exercício da profissão de advogado resulta, em primeiro lugar, da matriz constitucional, como previsto no Título IV (*Da Organização dos Poderes*), Capítulo IV (*Das Funções Essenciais à Justiça*), ao dispor o art. 133 da Constituição democrática de 1988 que – “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Tem-se aí preceito constitucional auto-aplicável, eis que toca ontologicamente ao direito fundamental do acesso à Justiça e ao contraditório e à ampla defesa, conquanto possa estar sujeito a complementação legislativa ulterior.³ Para utilizar a festejada classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, é certo que o privilegiamento da nobilitante função de advogado, alçada em “*função essencial à Justiça*”, consubstancia norma constitucional de *eficácia contida*,⁴ de conseguinte revestida de auto-aplicabilidade, à semelhança das normas supralegais dotadas de *eficácia plena*, embora sujeitáveis a complementação legislativa adventícia, de resto já expressa no Estatuto da OAB e da advocacia (Lei Federal 8.906, de 1994) e demais legislação aplicável ao exercício da profissão de advogado e estruturação de seus órgão de classe. Observem que, ao lado da menção de órgãos, autoridades, funções públicas e atividades empresariais diversas empreendida pela Constituição da República, a única profissão em sentido estrito capaz de ser exercida em caráter privado que foi objeto da contemplação constituinte foi a profissão de advogado. Sem nenhum desmerecimento das demais profissões, o estatuto supremo da nação não se ocupa da profissão de médico, de engenheiro, de contador e das outras mais, que restaram amparadas sob a proteção geral do livre exercício de profissão, trabalho ou ofício, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII).

Tal se deve, a toda evidência, não em razão de interesses meramente corporativos da profissão de advogado, o que moralmente não se justificaria.

³ Tem –se, aí, duas faces do direito constitucional respeitante à profissão de advogado, a saber: (i) direito do jurisdicionado de constituir advogado para a promoção e defesa de seus interesses nas instâncias judiciais, administrativas ou simplesmente privadas, ou seja, na via judicial ou extra-judicial de toda espécie; e (ii) direito do advogado de patrocinar, em plenitude, a promoção e a defesa dos interesses do jurisdicionado seu cliente. Por se tratar, tanto um quanto outro de aspectos da investidura advocatícia, em direito fundamental (direito individual ou coletivo), é o mesmo protegido pela regra constitucional da auto-aplicabilidade constante do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ao dispor que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

⁴ Ao conceber as três modalidades de normas constitucionais no que respeita à sua aplicabilidade, como sejam normas de eficácia plena, de eficácia limitada e de eficácia contida, o eminente mestre da Universidade de São Paulo qualifica estas últimas como sendo normas de “*aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam...Nada obstante, “são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura... Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena...”* (SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros Editores, 3ª edição, 1998, pág. 104).

Mas, sim, à associação íntima e impossível de ser desconectada entre o exercício dos direitos fundamentais, de um lado, e dentre outros, o direito ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa com os recursos a ela inerentes, ao devido processo legal, à presunção de inocência, à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, à incolumidade física e moral dos detentos e às condições de regularidade da prisão (v.g. Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXV, XLIX, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXV), e de outro lado, a inviolabilidade da profissão de advogado e dos meios, instrumentos, locais de trabalho e prerrogativas próprios ao seu pleno exercício. Daí afirmar a Lei 8.906, de 1994, no art. 2º, § 1º, que o advogado – “*no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social*”. Pelas mesmas razões, e guardadas as diferenças históricas e culturais, a legislação, quando não a própria Constituição, e de um modo geral os estatutos da advocacia em todos os países de formação jurídica civilizada e que prestigiam o princípio do *devido processo legal* e das *garantias da defesa* no sistema acusatório, universalizados sob a cláusula do *due process of law*, que remonta à festejada Magna Carta inglesa do ano de 1215, exibem proteção semelhante no que toca às prerrogativas e inviolabilidades da profissão de advogado.⁵ A título de exemplo, o *Code of Conduct for European Lawyer*, recém editado pela Comunidade Européia, enaltece com grande ênfase a regra de sigilo ou confidencialidade profissional dos advogados, ao dispor: “2.3. Confidentiality. 2.3.1. *It is of the essence of a lawyer’s function that the lawyer should be told by his or her client things which the client would not tell to others, and that the lawyer should be the recipient of other information on a basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there cannot be trust. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the lawyer. The lawyer’s obligation of confidentiality serves the interest of the administration of justice as well as the interest of the client. It is therefore entitled to special protection by the State.*”⁶

⁵ Sobre essa garantia secular que representa, ao lado do princípio da igualdade ou isonomia, um dos pilares monumentais da teoria constitucional moderna, reporto-me à obra doutrinária que desenvolvi sobre o tema “*O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 4ª edição, 2006.

⁶ Na Espanha, o *Código Deontológico de la Abogacia Española*, no art. 5º, item 8, dispõe que o segredo profissional constitui um direito e um dever fundamental da profissão de advogado: *El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacia..* Já o Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, em seu art. 17, § 14, remete aos Colegiados locais a competência para disciplinar diversos aspectos relacionados com o exercício da advocacia. Exemplificando a implementação dessa regra de atribuição, o *Estatuto del Real e ilustre Colégio de Abogados de Zaragoza* estabeleceu, no art. 17, inciso 3, o direito à inviolabilidade dos escritórios de advocacia: *Son derechos de los Colegiados: 3. Recabar y obtener del Colégio la protección de su independencia y libertad de actuación profesional en aquellos casos em que las mismas se vean perturbadas o limitadas por cualquier causa.. El amparo del Colégio se extenderá al mantenimiento de la consideración debida al Abogado y, especialmente, a salvaguardar el secreto profesional y la inviolabilidad de los despachos profesionales.* Em Portugal, a inviolabilidade dos escritórios de advocacia é prevista na Lei nº 15, de 26 de janeiro de 2005, que instituiu o Estatuto da Ordem dos Advogados. A regra geral adotada é a inviolabilidade, que só pode ser excepcionada por ordem judicial, devendo a diligência de busca e apreensão ser acompanhada pelo advogado sujeito à investigação e por membro da Ordem dos Advogados. Nesse sentido, preceitua o art. 70, item 1, do referido diploma legal: Artigo 70 – *Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados. 1 – A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrônico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registro da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e*

A inviolabilidade do escritório do advogado e, por forçosa extensão, das dependências ocupadas pelos departamentos e gerências jurídicas das empresas, acha-se duplamente protegida no plano constitucional. Se não bastasse a disposição especial quanto a ser a advocacia uma função essencial à Justiça, que homenageia o princípio da especialidade nesse campo profissional, agrega-se a proteção, sublimada em direito fundamental e, portanto, em cláusula pétrea, respeitante à inviolabilidade da intimidade e da casa de todo indivíduo, conforme o disposto no art. 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal. O escritório do advogado, aonde quer que se instale, seja em estabelecimento profissional, na própria casa do profissional ou em qualquer outra serventia, em suma, o local de trabalho do advogado, por mais simples e modesto que seja, usufrui, por certo, dessa genérica proteção constitucional. Assim é que o art. 150, § 4º, inciso III, do Código Penal, ao tratar do crime de violação de domicílio, presta reverência ao comando supralegal e estabelece que a expressão “casa”, constante do preceito da Constituição, compreende, para fins da inviolabilidade, “*compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade*”.

Especializando ainda mais essa tutela constitucional e legal, a Lei 8.906/94, no art. 7º, II, estabelece: *são direitos do advogado: II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, 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 e acompanhada de representante da OAB*’. Tem-se aí, ademais, a proteção do sigilo de fonte das informações recebidas e a inviolabilidade da comunicação do advogado e seu cliente ou patrocinado a qualquer título, oneroso ou gratuito. Assume especial relevo nesse campo de questões a vedação à interceptação telefônica de conversas entre o advogado e seu cliente, consoante reconhecido em plúrimas decisões de nossos tribunais, mas que tem experimentado toda sorte de violações nos anos recentes.⁷ A sua vez, a regra de sigilo da fonte reproduz a

presididos pelo juiz competente. No que concerne à apreensão de documentos, determina o art. 71 do mesmo estatuto: *Apreensão de documentos – 1 – Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão. ... 4 – Exceptua-se o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído argüido.*

⁷ Para se ter uma idéia do quanto chegou o arbítrio do Estado policalesco no Brasil, a Comissão Parlamentar de Inquérito das Escutas telefônicas Clandestinas constituída pela Câmara dos Deputados, sob a competente presidência do Deputado MARCELO ITAGIBA, apurou que, apenas no ano de 2007, foram autorizadas pela Justiça 375 mil interceptações telefônicas. O excelente trabalho dessa CPI resultou na adoção de medidas corredoras por parte do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público com vista a impedir a banalização desse instrumento investigatório que só pode ser utilizado em situações extremas e mediante justificativa idônea, sob pena de comprometer com aguda intensidade o direito fundamental à intimidade e à inviolabilidade das comunicações. Nossos tribunais maiores em boa hora começam a insurgir-se contra tais abusos, conforme exemplifica, dentre outros mais colacionáveis, o acórdão do STJ no Habeas Corpus 114.458 – SP, de que foi Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Eis o seguinte excerto do voto: “...*Na espécie, em avaliação superficial, própria do momento, é plausível, pelo teor mesmo da decisão indeferitória da liminar que ora se combate, acima transcrita, conceder, em parte, o pedido, pois houve, ao que decorre do feito, em princípio, indevida interceptação de conversas telefônicas de aparelho do Paciente (advogado), com cliente, no exercício de sua profissão, patrocinando ação cível, o que não se coaduna com a regra*

garantia constitucional constante do art. 5º, XIV, ao dispor que – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quanto necessário ao exercício profissional.” Assim, o advogado, com supedâneo no estatuto da advocacia, possui o mesmo direito ao sigilo que a lei de imprensa confere aos jornalistas e que o direito canônico confere ao padre no *sacramento da confissão*.

Releva assinalar que todas essas prerrogativas não se assentam em justificativas meramente corporativas, eis que visam dar implementação aos direitos fundamentais pertinentes ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa. Como preleciona a Professora espanhola VERÓNICA LÓPEZ YAGUES, - “*el éxito de la defensa no solo depende de un puntual reconocimiento ao imputado del derecho de recibir los servicios del Abogado sino, al tiempo, de la atribución a este último de un conjunto de prerrogativas que le permitan yn libre y adecuado desenvolvimiento de la función defensiva*”.⁸ Desse modo, as inviolabilidades dos locais de trabalho dos advogados e as prerrogativas inerentes a essa categoria profissional possuem natureza instrumental, ou seja, visam dar concretude a um conjunto de direitos constitucionais substantivos, sendo, por isso mesmo, indispensáveis para a boa operância dos sistema constitucional no que respeita ao direito de representação e defesa dos jurisdicionados e suas relações com as instâncias de solução de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, da Administração Pública e de todo tipo de Arbitragem. Não é por outra razão que a violação de segredo profissional, que a regra de sigilo visa proteger, restou alçado em tipo penal pela norma do art. 154 do Código Penal Brasileiro, na seção especificamente destinada a tratar dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.⁹ A dogmática civilista também intervem para reforçar o preceito criminalizante. Assim é que dispõe o Código de Processo Civil, no art. 363, IV: *A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa ... se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo*. O concurso das órbitas penal e civil para coibir a revelação de segredo profissional está a demonstrar o caráter de ordem pública e meta-individual de que se reveste o dever de sigilo. Tal significa dizer que a proteção e sanções multi -disciplinares atribuídas à violação de segredo profissional não se justificam apenas para o resguardo da intimidade individual ou por razões de ordem meramente corporativas e deontológicas com relação às profissões e ofícios selecionados pelo legislador (advogados, médicos, jornalistas e padre confessor) para figurarem com destinatários da tutela legal. O bem jurídico protegido por tal sistema protetor revestido de cogência pública diz com premissas basilares do convívio social e com direitos fundamentais de repercussão coletiva de que

inscrita no art. 7º, II, da Lei 8.906/2004, mesmo na sua redação original. Tampouco se compatibiliza com sua inovação oriunda da Lei 11.767/2008, sem se falar na total ausência dos supostos fáticos contidos na nova redação do § 6º do art. 7º do inovador diploma legal”.

⁸ YAGUES, Verónica López, na obra *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, ano 2003, pág. 112).

⁹ Assim dispõe a nossa codificação penalista: *Violação de segredo profissional – Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.*

dependem a Administração da Justiça Pública e a prestação de jurisdição no Estado Democrático de Direito. Nessa linha de convicções bem sustenta DIEGO FAJARDO MARANHA LEÃO SOUZA: “O sigilo profissional tutela, simultaneamente, dois bens jurídicos. De forma imediata há proteção da intimidade do confitente, aquele que confidenciou o segredo ao profissional. De maneira mediata protege-se a confiança da coletividade na perenidade dos segredos, ou seja, a expectativa social de que exista uma esfera protegida na relação cliente/profissional de modo que as necessidades individuais sejam satisfeitas”.¹⁰ De igual modo, apregoa RODRIGO OCTÁVIO DE GODOY BUENO CALDAS MESQUITA: “Ressalte-se que o próprio fato de haver norma penal protegendo o sigilo(cf. art. 154 do CP) reforça-lhe o caráter de instituto de ordem pública. Tem caráter público porque seu escopo é garantir a plenitude do direito de defesa cristalizado no art. 5º, LV, da CF/88. Sua função é assegurar o contraditório e a ampla defesa através da ação dos advogados, protegendo, conseqüentemente, os interesses dos clientes e da coletividade”.¹¹ Tem oportunidade colacionar, ainda, a exposição de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, comentando o Estatuto da Advocacia e da OAB: “O sigilo profissional é, ao mesmo tempo, direito e dever. Direito ao silêncio e dever de se calar. Tem natureza de ofício privado (múnus), estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre o advogado e o cliente... O Estado ou os particulares não podem violar essa imunidade profissional do advogado porque estariam atingindo os direitos da personalidade dos clientes, e ‘a fortiori’ a cidadania. O sigilo profissional não é patrimônio apenas dos advogados, mas uma conquista dos povos civilizados”.¹²

Por outro lado, para fins de determinação do sentido e alcance das inviolabilidades e prerrogativas dos advogados, há que distinguir perfeitamente

¹⁰ Cf. LEÃO DE SOUZA, DIEGO FAJARDO MARANHA, no artigo *Sigilo profissional e prova penal*, na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 73, julho-agosto de 2008, pág. 150. Esse mesmo autor avança, com propriedade didática, na explicação quanto à *ontogênese* da tutela legal ao sigilo profissional: “O ponto-chave para a obtenção de um conceito juridicamente coerente de sigilo profissional encontra-se na indispensabilidade das funções exercidas por certas categorias para o corpo social. A existência de determinadas pessoas que executam atividades fundamentais para o atendimento das necessidades individuais é uma aspiração coletiva, pois dela a sociedade não pode prescindir, sob risco de perecimento. É a condição de ‘confitente necessário’ que torna a profissão digna de tutela pela norma do art. 154 do Código Penal. Vale dizer, a necessidade inafastável de o cidadão se socorrer de determinados serviços (de saúde, jurídicos, contábeis) faz da confiança um elemento indispensável na relação cliente/profissional. Parte-se da premissa de que o confidente voluntário tem apenas um dever moral na manutenção do segredo, mas quando esse confidente se converte em necessário para o titular do segredo, o sistema jurídico intervém para assegurar a supremacia de um interesse que, além de individual, é público. Daí nasce o sigilo profissional” (idem, pág. 121). No direito comparado, veja-se, no mesmo diapasão, a monografia de CARLOS DA SILVA CAMPOS, *O sigilo profissional do advogado e seus limites*, na Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa, ano 48, setembro de 1988, págs. 471 e segs.

¹¹ CALDAS MESQUITA, RODRIGO OCTÁVIO DE GODOY BUENO, no artigo *Do sigilo profissional do advogado: natureza jurídica, extensão, limites e restrições*, na Revista dos Tribunais, ano 97, volume 869, março 2008, pág. 78. Mencione-se, ainda, o estudo de LEANDRO BITTENCOURT ADIERS, *A privacidade e os sigilos telefônico, profissional e bancário*, na Revista dos Tribunais, ano 91, volume 800, junho de 2002, págs. 145 a 185.

¹² LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2002, págs. 58-59.

as situações em que os fundados indícios da prática de crime envolvem diretamente (I) o próprio advogado que concorreu para a prática do delito, ou seja a pessoa do advogado em quem a imputabilidade delitiva recai enquanto sujeito ativo do tipo penal, daquelas situações (ii) em que o suspeito da prática de crime é o cliente ou patrocinado do advogado. A depender das circunstâncias ocorrentes de cada uma dessas hipóteses, o sistema de inviolabilidades e prerrogativas advocatícias operará com maior ou menor intensidade.

Em se tratando de estado de suspeição do cliente do advogado, o art. 232 do Código de Processo Penal (CPP) proíbe a apreensão de quaisquer documentos encontrados no escritório do advogado, assim considerados - "*quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares*". Por acréscimo, o art. 243, § 2º, do mesmo CPP proíbe a apreensão de qualquer documento que esteja na posse do defensor do acusado, exceto se tal documento constituir elementos do corpo de delito. Por corpo de delito deve-se entender a exteriorização física do crime de matriz material (*delicta facti permanentis*) ou seja, notadamente a pessoa ou a coisa sobre a qual se tenha praticado o ato criminoso, os objetos e instrumentos empregados e os vestígios deixados pela prática delitiva. Cuida-se, aí, da categoria do corpo de delito, que constitui pressuposto indispensável da prisão preventiva prevista no art. 311 do CPP. Por força do precitado art. 242, § 2º, do CPP, penso que quaisquer outros elementos probatórios que não constituam estritamente o corpo de delito, como computadores, contratos de honorários, pareceres jurídicos, notas técnicas, arrazoados, cartas, e-mails, arquivos, pastas do cliente, repertórios legislativos e de jurisprudência etc., que estejam na posse ou à disposição do advogado e que sejam instrumentos da profissão advocatícia, não poderão ser objeto de busca e apreensão conforme ultimamente tem se verificado na prática da Polícia Federal. Isto sem esquecer os documentos e arquivos privados da pessoa do advogado, como relação de endereços, de telefones, de e-mails, talões de cheque ou movimentações bancárias que, por igual, jamais poderão ser apreendidos a pretexto da persecução criminal em face de terceiros.

Nada obstante, quando se tratar da hipótese, por certo deplorável, do advogado incurso pessoalmente na prática de crime, seja atuando de forma isolada ou em co-autoria com um eventual cliente, a investigação policial poderá ser mais ampla, sujeita, porém, em qualquer caso, às limitações genéricas que decorrem, já agora não mais, especificamente, do estatuto da profissão de advogado, mas da Constituição e da legislação processual penal, no que toca à tutela da intimidade e à inviolabilidade de domicílio. O jornalista ANDRÉ PETRY ajunta comentários, conquanto leigos mas sobremodo apropriados, a essas situações distintas e que não raro são confundidas pelos órgãos de imprensa e pelo público em geral: "*O escritório de um advogado pode ser invadido caso ele próprio seja suspeito de um crime – como o advogado de Dinho Porquinho, que oferecia suborno. Mas jamais no caso de suspeita de seu cliente. E isso por uma razão elementar: o advogado tem direito ao sigilo profissional, do mesmo modo como o jornalista tem direito a*

manter sigilo sobre sua fonte e o padre tem direito a manter segredo sobre o que lhe contam os fiéis no confessional. É assim que funciona numa democracia, num regime de liberdade. O sigilo do advogado, porém, não existe para protegê-lo. Existe para proteger o cidadão, para que tenhamos todos nós, inocentes ou culpados, o elementar direito à defesa plena. O sigilo de fonte do jornalista também não existe para agradar ao jornalista, mas para assegurar à sociedade o acesso ao mais amplo leque de informações possíveis.¹³ Com efeito, uma coisa é o cliente delinquente e patrocinado por advogado no exercício regular da profissão, outra coisa é o advogado que, atuando de forma isolada ou em co-autoria com o próprio cliente ou com terceiros, pratica crime e se torna alvo da investigação policial. Impende advertir, nada obstante, que poderá haver, aí, uma zona cinzenta e fronteira, que os autores anglo-saxônicos designam de “*bordline*”, entre a eventual prática de abuso do exercício regular da profissão e o efetivo cometimento de crime por parte do advogado, não raro de difícil demarcação. Isto exige, por certo, um percuciente sopesamento dos fatos e circunstâncias objeto da investigação. Tudo a fim de que não se confunda, em detrimento das prerrogativas constitucionais e legais da advocacia, entre as situações de abusividade no desempenho dos misteres profissionais, caracterizado pelo desbordamento das regras de boa conduta e da ética próprias ao regular exercício da profissão, de um lado, e a prática de crime comum que possa ser atribuída ao indivíduo advogado, de outro lado. Assim, por exemplo, a ocorrência de excesso de mandato ou de extrapolação do procuratório judicial, que não importa na prática de crime, mas que pode importar em responsabilidade civil do advogado e/ou em sanções disciplinares aplicáveis pelo respectivo órgão de classe. Daí dispor o art. 32 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/1994) que “*o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*”. Já o parágrafo único desse mesmo dispositivo legal acrescenta: “*Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria*”. O reportado estatuto da profissão, por outro lado, comina a sanção de nulidade aos “*atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia*” (art. 4º, parágrafo único). Inúmeros outros exemplos de infrações disciplinares podem ser colhidos no extenso elenco de tipos infracionais que se contém no art. 34 da precitada Lei 8.906/1994, e que, em tese, não configuram a prática de crime por parte do advogado. Bem por isso, quando ocorrentes, não exoneram o dever de respeito às inviolabilidades e sigilo profissional imposto, nomeadamente, às autoridades públicas e à sociedade em geral. Pode-se citar, dentre elas, as infrações disciplinares descritas no inciso VI do diploma estatutário (“*advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior*”) e no inciso XIV (“*deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária e de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa*”). Essas figurações de abusividade profissional situam-se no âmbito das infrações de caráter disciplinar, enquanto tais sujeitas ao poder de polícia e correccional exclusivo

¹³ PETRY, ANDRÉ, na reportagem sob o título *Advogados picaretas: Batalha contra invasão de escritórios deve ser da sociedade*, na Revista VEJA, edição de 18 de maio de 2005.

dos órgãos competentes da Ordem dos Advogados do Brasil. Refogem, pois, inteiramente, ao poder investigatório da polícia judiciária e do Ministério Público, eis que associado tão apenas à atividade de persecução criminal. Por essa razão específica, o cometimento de infração disciplinar jamais desobriga os agentes estatais incumbidos dos atos de investigação do imperioso dever de respeitar e fazer cumprir as regras de inviolabilidade dos locais de trabalho do advogado e de proteção ao sigilo profissional. Para que o exercício da profissão de advogado não sofra qualquer tipo de constrição ou perturbação externa e, sobretudo, para que não se descambe para o abuso na investigação policial e nas diligências de busca e apreensão, impõe-se, de conseguinte, sempre e sempre, salvaguardar as inviolabilidades e prerrogativas que decorrem, objetivamente e independentemente de qualquer outra condição, do simples registro profissional no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, de consonância com o disposto no art. 3º da Lei 8.906/1994: *“o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”*. Esse registro profissional faz resultar, de per si, o regime de paridade e equidistância entre os advogados, os magistrados e membros do Ministério Público, além do dever de respeito e de não ingerência nos atos da profissão de advogado imposto a todas as autoridades e servidores públicos. Em textual: art. 6º - *Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único – As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.*

Impende assinalar que a inviolabilidade do sigilo profissional torna indevidos todo e qualquer tipo de informação resultante da interlocução verbal, escrita ou digitalizada entre o advogado e seus clientes, bem como todos os documentos, cartas, mensagens, anotações, gravações, fotografias, filmes, agendas, minutas de arrazoados forenses, pastas, computadores, sistemas de informática, ‘softwares’, ‘hard disks’, disquetes, telefones celular, ‘i-phones’, ‘blackberries’, acervo doutrinário e jurisprudencial já colacionado, a biblioteca como um todo, elementos de prova utilizáveis no processo judicial, administrativo ou de arbitragem, enfim, toda sorte de registros físicos, e arquivos de computador, análogos ou digitalizados, de primeira ou de última geração, que traduzam a relação advogado-cliente ou os trabalhos e estratégias de defesa elaborados pelo profissional da advocacia. Nesse particular aspecto, a relação das fontes e das peças de informação, e respectivas matrizes, é a mais ampla possível, compreendendo inclusive e notadamente os mais sofisticados avanços tecnológicos no campo da comunicação, do registro e da base de dados de informações. Como bem exposto por MARCO ANTONIO DE BARROS – *“O advogado está submetido a rigoroso dever ético, moral e legal de preservação do sigilo, principalmente na área criminal, pois a exigência de obediência ao segredo funda sua prevalência no princípio constitucional da garantia da defesa. Com certeza o sigilo inviolável a que se submete o advogado não se resume apenas ao que lhe for transmitido pelo cliente, mas também às anotações, documentos, cartas a que tiver acesso e tudo mais que lhe chegar ao conhecimento no exercício do seu*

mister".¹⁴ De um modo geral, a jurisprudência brasileira tem prestado boa reverência ao princípio do sigilo profissional do advogado e da inviolabilidade do seu local e materiais de trabalho. Assim, por exemplo, o acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no MS 23.452-1-RJ, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 16.09.1999, onde lê-se: "*A inviolabilidade do advogado alcança seus meios de atuação profissional, tais como o seu escritório ou locais de trabalho, seus arquivos, seus dados, sua correspondência e suas comunicações. Todos esses meios estão alcançados tradicionalmente pela tutela do sigilo profissional. A ampla utilização da informática pelo advogado, com sua crescente miniaturização, faz estender a inviolabilidade aos dados e arquivos de computador, mantidos em seu local de trabalho ou que transporte consigo. O Estatuto da OAB refere-se a escritório e local de trabalho. Entende-se por local de trabalho qualquer um que o advogado costume utilizar para desenvolver seus trabalhos profissionais, incluindo a residência, quando for o caso. A atual revolução tecnológica aponta para a realização à distância de serviços ligados por redes de comunicação, sem o deslocamento físico das pessoas. Em qualquer circunstância, o sigilo profissional não pode ser violado...*"¹⁵

Por força de natural extensão da regra de sigilo profissional, está o advogado exonerado do dever de prestar depoimento como testemunha com relação a fatos relacionados com seus clientes. Seria assaz contraditório impor-se ao advogado o dever do sigilo e obriga-lo a depor de forma contrária ou inservível aos interesses de seus clientes, isto tanto na jurisdição civil quanto criminal. Nesta última, ainda com mais razão, eis que na mais das vezes está em jogo o bem mais precioso da existência, como seja a liberdade de seus clientes ou patrocinados a qualquer título. A matriz normativa dessa imposição de sigilo é o comando do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal: "*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional*". A esse propósito, já tive a ocasião de sustentar em obra doutrinária: "*Este (o segredo profissional), como categoria jurídica primária no contexto enfocado, radica nas indispensáveis virtudes da liberdade e da ética profissional, que garantem a preservação das informações de cunho pessoal segredadas em razão do ofício, consoante se dá, assinaladamente, como relação aos profissionais de jornalismo, da medicina e da advocacia. A importância da salvaguarda do sigilo de informações, inclusive quanto ao segredo de profissão, expressa-se na tipificação dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, notadamente a divulgação de segredo em geral e, em específico, a violação de segredo profissional, objeto dos artigos 153 e 154 do Código Penal brasileiro*".¹⁶ São muito bem lançadas, nesse campo de questões, as lições de ADA PELLEGRINI GRINOVER, SCARANCE FERNANDES e GOMES FILHO, ao advertirem que o direito constitucional à produção da prova não é absoluto, eis que se submete à natural restrição do princípio da convivência das liberdades, cuja meta é não permitir que qualquer delas seja exercido de modo danoso à

¹⁴ MARCO ANTONIO DE BARROS, *Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas*, na Revista dos Tribunais, ano 85, volume 733, novembro de 1996, pág. 433.

¹⁵ Cf. Diário da Justiça de 12.05.2000.

¹⁶ SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *A Aconstituição aberta e os direitos fundamentais*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, págs. 552-553.

ordem pública e às liberdades alheias.¹⁷ Prevalecem necessariamente certos limites à instrução probatória, dentre eles a proibição quanto ao depoimento de pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão acham-se sujeitas ao dever de guardar sigilo, conforme previsto no art. 207 do Código de Processo Penal e art. 355 do Código de Processo Penal Militar. De forma específica, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94), inclui dentre os direitos e prerrogativas dos advogados, no art. 7º, inciso XIX, “*recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional*”. A jurisprudência de nossos tribunais tem reconhecido essa prerrogativa estatutária dos advogados em plúrimos julgados, qual se vê na eloquente decisão estampada no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 48.843 – MS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 31.10.2007, Relator Ministro NILSON NAVES, cuja ementa enuncia: “*Advogado (testemunha). Depoimento (recusa). Conhecimento dos fatos (exercício da advocacia). Sigilo profissional (prerrogativa). Lei nº 8.906/94 (violação). 1. Não há como exigir que o advogado preste depoimento em processo no qual patrocinou a causa de uma das partes, sob pena de violação do art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). 2. É prerrogativa do advogado definir quais fatos devem ser protegidos pelo sigilo profissional, uma vez que deles conhece em razão do exercício da advocacia. Optando por não depor, merece respeito a sua decisão*”.¹⁸

As provas obtidas mediante a violação da inviolabilidade dos locais de trabalho dos advogados ou ultraje ao resguardo do sigilo profissional dessa nobre profissão acarretam a nulidade absoluta da produção probatória. A Constituição democrática de 1988 de forma inovadora reforçou a interdição das provas obtidas com desrespeito a essas garantias da instrução processual, ao preceituar no art. 5º, inciso LVI: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Com efeito, o legislador constituinte incluiu no elenco dos direitos fundamentais a prerrogativa dos jurisdicionados e investigados em geral de não terem que contraditar provas colocadas à margem da legalidade, as quais não podem ser levadas em consideração pelo Juízo processante e que, de resto, não se prestam a fundamentar decisões judiciais de qualquer natureza, na jurisdição tanto cível quanto criminal. A relação processual, no que toca à produção dos meios de prova, há de pautar-se no regime indesejável da liticidade, sob pena da nulidade dos atos conducentes à demonstração dos fatos pertinentes às pretensões deduzidas em juízo ou na investigação pré-processual, o que vale tanto para o inquérito policial quanto para o inquérito civil público no âmbito da polícia judiciária e da instituição do Ministério Público. Trata-se de exigência constitucional conformadora da regularidade ética do processo de toda natureza e em qualquer instância administrativa ou judicial. Em suma, consoante já tive a oportunidade de sustentar, “*é necessário que as provas produzidas sejam idôneas, eis que contraria o princípio da justiça nas relações processuais, tanto civis quanto*

¹⁷ Cf. GRINOVER, ADA PELLEGRINI; SCARANCE FERNANDES, ANTONIO; GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES, *As nulidades no processo penal*, Malheiros Editores, 3ª edição, 1993, pág. 104.

¹⁸ Cf. inteiro teor desse acórdão no Site certificado do STJ, documento 734541, DJ de 11.02.2008.

criminais, a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente".¹⁹ Em qualquer caso, e com rechaço de qualquer sofisma ou argumentação tergiversante, a prova obtida por meios ilícitos é irremediavelmente nula e não pode ser considerada para quaisquer fins de direito. A professora ADA GRINOVER espanca as dúvidas que possam remanescer quanto à inadmissibilidade de tais provas: "A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, suponhamos que a prova, embora considerada inadmissível pela Constituição, venha a ser admitida no processo. E que a prova ingresse no processo, vulnerando a regra constitucional. De duas, uma: ou partimos para a idéia de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta, como consequência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova admitida 'contra constitutionem' será nula e nula será a sentença que nela se fundar, ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar a prova inadmissível, não a considera prova, tem-na como 'não-prova', como prova inexistente juridicamente. Nesse caso, será simplesmente desconsiderada".²⁰ O Supremo Tribunal Federal tem reiteradas vezes afirmado a imprestabilidade das provas obtidas por meios ilícitos. No julgamento do Habeas Corpus 69.912/RS, realizado em 16 de dezembro de 1993²¹, sendo Relator o Ministro SEPULVEDA PERTENCE, o Ministro CELSO DE MELLO deixou externado em seu judicioso voto vista: "O fato irrecusável é que a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-sedesituída de qualquer grau, mínimo que seja, de eficácia jurídica. A 'exclusionary rule' – considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pela Polícia e pelo Ministério Público – destina-se, na abrangência de seu conteúdo, a proteger, pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, os réus criminais contra a ilegítima produção ou ilegal colheita de prova incriminadora". A sua vez, o Ministro Relator SEPULVEDA PERTENCE adentrou a questão da prova obtida por derivação da prova ilícita consistente na interceptação telefônica, para considerar inadmissível e nula a sua utilização no processo penal: "...Desse modo, sem necessidade de reexame de questões de fato, o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos 'fruits of the poisonous tree': é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas... De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nelha colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e,

¹⁹ Cf. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 4ª edição, 2006, págs. 294 e 295.

²⁰ GRINOVER, ADA PELLEGRINI, *A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal*, na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, junho de 1992, pág. 34.

²¹ Cf. publicação no Diário da Justiça da União de 25 de março de 1994.

não, reprimir a atividade ilícita da escuta da gravação clandestina de conversas privadas". Já no Habeas Corpus 93050/RJ, julgado em 10 de junho de 2008, sob a relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, a 2ª Turma do STF focalizou a questão da prova obtida mediante busca e apreensão de documentos em escritório de contabilidade sem mandado judicial. O excerto da ementa desse aresto é bastante ilustrativa: "*FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI)... - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – HABEAS CORPUS DEFERIDO... Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal...*"²²

É assinalável que se a proteção constitucional respeitante à inviolabilidade de domicílio restou reconhecida a um escritório de contabilidade, ainda com maiores razões haverá de ser proclamada em prol do local de trabalho do advogado, seja este o seu escritório, sua residência ou o departamento ou gerência jurídica dos estabelecimentos empresariais, considerando que a advocacia foi alçada, constitucionalmente, em função essencial à Justiça, ao mesmo tempo em que, como antes anotado, os locais de trabalho do advogado mereceram especial e específica proteção da Lei 8.906/1994.

Com vistas a se evitar toda sorte de excessos na persecução criminal a cargo da Polícia Federal, o Ministério da Justiça, com expressa invocação das normas do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal (que asseguram a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações), e arts. 240 a 246 do Código de Processo Penal, editou as Portarias nºs. 1.287 e 1.288, ambas datadas de 30 de junho de 2005. O primeiro desses atos ministeriais acha-se fundamentado na "*necessidade de uniformizar e disciplinar as ações da Polícia Federal relativas ao cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão*", como também "*na importância de assegurar que as ações policiais se dêem no estrito cumprimento de dever legal e que se circunscrevam ao objeto do mandado judicial, prevenindo a prática de atos que extrapolem seus estritos limites*". Já a segunda mencionada Portaria do Ministro da Justiça estabelece instruções específicas sobre a

²² Cf. publicação do acórdão no DJ de 1.8.2008.

execução de diligências da Polícia Federal para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão em escritórios de advocacia, *“considerando que nessas ações as prerrogativas profissionais não podem se impor de forma absoluta nem, tampouco, o poder da autoridade policial deve se revestir de caráter ilimitado, devendo sempre prevalecer o bom senso e o equilíbrio, para que se realize o superior interesse público”*. Releva destacar no texto da Portaria nº 1.287/2005 a regra do artigo 1º, onde lê-se: Art. 1º - *Ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, a autoridade policial indicará fundamentadamente as razões pelas quais a autorização da diligência é necessária para a apuração dos fatos sob investigação, instruindo o pedido com todos os elementos que, no seu entender, justifiquem a adoção da medida*. Parágrafo único: *A representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender*. Além disso, o art. 2º do mesmo ato ministerial determina que *“O cumprimento do mandado de busca e apreensão será realizado: ...IV – sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento da diligência; e V – preservando ao máximo a rotina e o normal funcionamento do local da diligência, de seus meios eletrônicos e sistemas informatizados*. A sua vez, a Portaria nº 1.288/2005 estabelece, dentre outras diligências e cautelas: Art. 1º - *Quando no local em que se requer a busca e apreensão funcionar escritório de advocacia, tal fato constará expressamente na representação formulada pela autoridade policial para expedição do mandado*. Parágrafo único – *Antes do início da busca, a autoridade policial responsável pelo cumprimento do mandado comunicará a respectiva Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, facultando o acompanhamento da execução da diligência*. Art. 2º - *As diligências de busca e apreensão em escritório de advocacia só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver, alternativamente: I – provas ou fortes indícios da participação de advogado na prática delituosa sob investigação; II – fundados indícios de que em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito ou, ainda, documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração*. Merece destaque, ainda, o disposto no art. 3º: *A prática de atos inerentes ao exercício regular da atividade profissional do advogado não é suficiente para fundamentar a representação pela expedição de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia*.

Conquanto de louvável inspiração, não me agrada a idéia de submeter a eficácia plena de direitos e prerrogativas emergentes da Constituição e da legislação ordinária (Código de Processo Penal) à complementação de subalterna hierarquia por via de portaria ministerial. A ordem constitucional democrática não pode ser desautorizada diuturnamente por práticas de desobediência por parte dos órgãos e agentes da polícia judiciária e, por inopinada força de uma portaria ministerial, recuperar sua eficácia e cogência pública.²³ Isto deixaria no ar a impressão de que *“só uma Portaria nos salva*

²³ Não se pode esquecer, nesse conjunto de questões, que a portaria, assim como os avisos e circulares expedidos por Ministros de Estado, que são auxiliares político-administrativos do Presidente da República, por tradicional definição constitucional (cf. arts. 84, II, e 87 da Constituição Federal de 1988), traduzem atos de quarto escalão hierárquico, destinados a prover, no âmbito dos Ministérios que integram a administração direta do Poder Executivo, a boa e perfeita execução da Constituição, das leis e dos decretos do Presidente da República. Enquanto normas destinadas a implementar os comandos

dos abusos de autoridade!". Ou bem a Constituição e a legislação processual penal têm sua efetividade respeitada e concretizada no dia a dia do serviço público da polícia judiciária, e nesse caso as sobreditas Portarias do Ministro da Justiça assumem o reduzido papel que lhes são próprios, como seja o de tornar efetivos as normas de superior investidura e desse modo contribuir para melhor ordenação interna, no âmbito das repartições policiais, do exercício da função investigatória e da persecução dos delitos; ou bem desbordamos para uma perigosa e irremediável situação de apostasia e ineficácia das normas constitucionais e legais que devem reger (e constringer), com eficácia plena, os atos da investigação policial em face dos direitos e prerrogativas da profissão de advogado, cuja fonte primária é a Constituição da República. A não ser assim, pouco adiantaria, para a implementação dos direitos fundamentais, a enunciação solenemente proclamada pelo art. 133 da Constituição Federal, no sentido de ser a advocacia, tanto pública quanto privada, uma função essencial à Justiça, bem como no sentido de ser o advogado indispensável à administração desse poder orgânico da soberania do Estado brasileiro. Bem por isso, as referidas portarias ministeriais, em que pese sua louvável inspiração, são desnecessárias e supérfluas, no que respeita à essencialidade da operação do sistema jurídico pátrio, eis que a normativa constitucional e legal é auto-aplicável e perfeitamente inteligível para a boa concreção da tutela das inviolabilidades e prerrogativas dos advogados. Ademais disso, a redação da Portaria nº 1.288/2005 do Ministério da Justiça exhibe contradições e excessos insuperáveis que, se aplicada à risca, poderá periclitir o conjunto de garantias da ampla defesa e do contraditório processual centradas na atuação independente dos advogados e da regra de sigilo profissional. Por oportuno, vale reproduzir, neste passo a crítica percuciente de NILO BATISTA ao comentar: *"A Portaria nº 1.288, de 30.06.05, com o qual S. Exa. pretendeu disciplinar a atuação da Polícia Federal nessas diligências, entretanto, cabe naquelas decepções em que a emenda piora o soneto. Prescreve dita Portaria que tais diligências 'só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver... fundados indícios de que em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime, ou que constitua elemento do corpo de delito, ou ainda documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração' (art. 2º, inciso II). Ora, a lei só abriu exceção para 'documento que constitua corpo de delito' (art. 243, § 2º, do CPP). Como pode a Portaria admitir a diligência referida a 'produto do crime' (para alguns membros daquela CPI, o interesse pelos honorários do advogado tinha este matiz), ou a 'documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato', cláusula tão genérica que equivale a abrir indiscriminadamente todos os escritórios de advocacia à inspeção policial? No artigo 4º, quando a Portaria proíbe – 'salvo expressa determinação judicial em contrário' – a apreensão de 'documentos relativos a outros clientes', fica bem*

normativos de 1º (Constituição), de 2º (leis e atos legislativos formais a ela equiparados) e de 3º (decretos e regulamentos do Presidente da República) graus na hierarquia das normas, isto no que se relaciona com a organização e serviços próprios de cada Ministério, não podem tais atos ministeriais inovar na ordem jurídica, nem deles dependem a eficácia plena dos atos-regra de maior graduação. Daí sustentar, com a habitual proficiência, o saudoso PONTES DE MIRANDA: *"As instruções, que os Ministros de Estado expedem, como os avisos, as circulares e as portarias, são fontes jurídicas inferiores às leis e aos regulamentos, a que se reportam e a cuja boa execução se destinam. A Constituição reconhece-lhes a existência no quadro das regras de direito; porém, por sua natureza, não criam, nem alteram, nem extinguem direitos, pretensões, deveres e obrigações, ações ou exceções..."*

*claro que saímos definitivamente do velho modelo democrático, e que se trata de invadir escritórios para colher efetivamente prova contra seus clientes. A ‘expressa determinação judicial em sentido contrário’, ou seja, a ordem de uma busca e apreensão em todos os arquivos de escritório de advocacia, é tão flagrantemente ilegal que melhor seria recomendar que a polícia não a cumprisse”.*²⁴

Avanço extraordinário nesse campo de questões foi conquistado com a promulgação da Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, que alterou e acrescentou disposições ao art. 7º da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia e da OAB. Trata-se, na origem, de projeto de lei de iniciativa do ilustre Deputado MICHEL TEMER, de São Paulo, que representa uma notável conquista para a advocacia brasileira e para aprofundamento do sistema de garantias que cercam a investigação policial. Sua aprovação pelo Congresso Nacional e subsequente sanção pelo Presidente da República contou com o operoso apoio da Direção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a liderança de seu atual Presidente Cesar Britto. Em síntese, esse novo diploma legal alterou a norma do inciso II do art. 7º da Lei 8.906/94, para incluir, dentre os direitos dos advogados – *“a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”*. Além disso, acrescenta dois parágrafos ao mesmo art. 7º, com a redação seguinte: § 6º - *Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trato o inciso II do ‘caput’ deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.* A seu turno, o § 7º acrescentou a seguinte disposição: *A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.* Esses dois novos preceitos incluídos no Estatuto da Advocacia e da OAB objetivam bem distinguir as situações a que antes me referi, como sejam a da investigação policial em razão da suposta prática de crime cometido pelo advogado, de um lado, e da investigação pela prática de crime cometido por um cliente do advogado em autoria única ou em co-autoria com o seu patrono profissional da advocacia. Na primeira hipótese, em explícita reverência ao cânone do sigilo profissional que deve resguardar a comunicação entre o advogado e seu cliente, fica expressamente assegurada a inviolabilidade da documentação e de quaisquer objetos que materializem a relação advogado-cliente, cuja proteção, já se viu, repousa no paradigma constitucional. Em qualquer caso, porém, a quebra da inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado subordina-se ao princípio da *“reserva de jurisdição”*, a significar que somente por decisão motivada (e suficientemente motivada) da autoridade judicial competente

²⁴ Cf. BATISTA, NILO, o artigo *A criminalização da advocacia*, publicado na Revista de Estudos Criminais, editada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, nº 20, ano 2005, pág. 91.

poder-se-á proceder às diligências de busca e apreensão nos recintos em que é exercida a profissão de advogado. Assim sendo, fica vedada, desde logo, autorização por magistrado que não seja o *juiz natural* que esteja a cargo da investigação criminal, ficando proscritas, ainda, autorização oral ou transmitida por via telefônica pelo juiz à autoridade policial. A decisão que determina o adentamento no escritório ou local de trabalho do advogado há de ser lavrada por escrito nos autos do inquérito policial ou procedimento investigatório devidamente autuado, da qual constarão, de forma circunstanciada, as razões que induzem à convicção ou fundada suspeita de que o advogado incorreu na prática de crime e de que em suas dependências profissionais poderão ser encontrados elementos de prova, vestígios ou indícios da prática delitiva imputável ao advogado e que consiste no objeto da investigação em curso. Tudo porque, como tem decidido reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal, a “*fundada suspeita*” a que alude o permissivo do art. 244 do Código de Processo Penal, - “*não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa*”²⁵

Atentos a todas essas advertências que condicionam as diligências de busca e apreensão nos locais de trabalho do advogado, *y compris*, natural e forçosamente, os escritórios de advocacia e as dependências, dentro dos estabelecimentos empresariais, onde funcionam os departamentos e gerências jurídicas das sociedades e empresas de todo tipo, sabe-se, não obstante, que os direitos individuais e coletivos não são, por princípio, absolutos, eis que comportam exceções e temperamentos, pontuais e limitados, em prol do interesse público da Administração da Justiça no campo da jurisdição criminal. As diligências de busca e apreensão, que se incluem, quando legítimas, no poder-dever investigativo do Estado, no exercício da atividade da polícia judiciária, constituem, no dizer do ilustre Prof. ROGÉRIO LAURIA TUCCI - “*meios de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionado com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios*”.²⁶ Mas, haverá de preponderar sempre a proteção constitucional e legal quantos aos aspectos nucleares do direito à inviolabilidade e prerrogativas dos advogados. Tal significa dizer que o limite da investigação policial há de ser sopesado pelo instrumental exegético da “*ponderação de interesses*”, mediante prudente avaliação sob a ótica dos

²⁵ Veja-se, nesse sentido, a decisão unânime da 1ª Turma do STF no Habeas Corpus 81305 – Goiás, julgado em 13.11.2001, Relator Ministro Ilmar Galvão. Nessa assentada, houve por bem decidir a nossa Corte Maior: “... A *fundada suspeita*, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um’ blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo circunstanciado de ocorrência”.

²⁶ TUCCI, ROGÉRIO LAURIA, no artigo “*Busca e Apreensão*”, publicado na Revista dos Tribunais nº 515, setembro de 1978, págs. 287-295.

princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.²⁷ É importante enfatizar, nesse sentido, que os atos investigatórios, máxime as diligências ultra invasivas da intimidade e da paz domiciliar consistentes na busca e apreensão dos meios de prova da prática de delitos, não de estar justificados do ponto de vista teleológico, ou seja, devem fundar-se em finalidades e objetivos legítimos. Além disso, a incursão policial nos locais de trabalho dos advogados, não raro cumulada com a ruptura do sigilo profissional, deve indispensavelmente constituir providência instrumental idônea, essencial e suficiente para o atingimento da finalidade persecutória legítima. Assim sendo, exige-se, primeiramente, a demonstração cabal de que a decretação da busca e apreensão apresenta-se de todo necessária em face de outras diligências igualmente aptas e menos gravosas para a consecução do resultado investigatório objetivado. Se outros meios probatórios forem igualmente eficazes à apuração da autoria e da materialidade penal, a medida mais invasiva poderá ser considerada supérflua, dispensável e desinfluyente para o bom curso da investigação. Assim, por exemplo, se o documento perquirido no domicílio ou local de trabalho do advogado já estiver disponibilizado em bancos de dados do Poder Público, ou mesmo em bancos de dados privados mas de acesso coletivo, ainda que sua acessibilidade esteja sujeita a prévia autorização judicial, como é o caso da movimentação de contas bancárias ou da declaração de bens da pessoa investigada, não tem cabimento algum a realização da diligência mais invasiva e ultrajante consistente na busca e apreensão em recintos privados.. Por outro lado, caso a diligência promovida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público, segundo o conjunto dos fatos sob apuração - consideradas aí as circunstâncias fáticas que integram o cenário do crime, ou seja, os indícios substanciais de autoria e da materialidade delitiva -, se apresentar injustificada, abusiva, irrazoável ou desproporcional para o atingimento dos objetivos finalísticos da investigação, estará a mesma maculada do vício da ilicitude. Com efeito, há de comprovar-se uma plausível e concreta relação de congruência entre a medida investigatória e os fins a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre *meio e fim* da investigação – *means-end relationship* – de acordo com a nomenclatura norte-americana, não se fizer presente, de modo que a diligência policial resulte despropositada ou excessiva, estará a intromissão persecutória acoimada de nulidade. Com isso, afasta-se o arbítrio e o autoritarismo no exercício do poder-dever do Estado de investigar a prática de crimes, eis que este interfere sempre com a esfera das liberdades ou do exercício regular da profissão de advogado, erigidos em direitos fundamentais pela Constituição da República. A cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV), celebrizada sob a fórmula “*due process of law*”, que no Direito brasileiro engloba os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impede toda sorte de abusos de autoridade nos atos da investigação policial.

Por outro lado, e em consequência dessas limitações supra-legais que condicionam a *reserva de jurisdição* para a autorização das medidas de busca

²⁷ Dispensar-me de digredir sobre a compreensão doutrinária acerca dos princípios da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, e da proporcionalidade, este de formulação germânica, pois isto alongaria de muito os estreitos limites deste artigo. Para tanto, reporto-me às extensas considerações lançadas em meu livro *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Editora Forense, 4ª edição, 2006, especialmente nos capítulos IV e V, págs. 141 a 236.

e apreensão, faz-se indispensável que a autoridade judicial competente para determinar a diligência policial deixe perfeitamente declinados, de forma clara, consistente e objetiva, os motivos e as razões que justificam e emprestam idoneidade, no caso concreto de que se trate, ao afastamento excepcional do regime de proteção das liberdades fundamentais. A suficiência dessas razões poderá a todo tempo ser contrastada pelas pessoas físicas e jurídicas que sofrerem a intromissão policial em sua esfera domiciliar e profissional, mediante as impugnações e recursos próprios na esfera judicial ordinária e, ainda, perante o Conselho Nacional de Justiça, com base no art. 103-B, parágrafo 4º, incisos III e IV, da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004²⁸. Os motivos determinantes da ordem judicial não podem exteriorizar-se em meros jargões decisórios e semânticos, como a alusão genérica a “*simples e não demonstradas suspeitas*” ou a “*fortes indícios*”, sem estar acompanhados de concretos e plausíveis elementos de convicção. A par da norma do artigo 93, IX, da Constituição (dispondo que – *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*), o artigo 243, II, do Código de Processo Penal exige em categórico que – *o mandado de busca deverá ... mencionar o motivo e os fins da diligência.*²⁹ Atento a essas condicionantes, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 81.305-GO, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, houve por bem decidir em hipótese relacionada com a busca pessoal prevista no art. 244 do CPP: – “*A FUNDADA SUSPEITA, PREVISTA NO ART. 244 DO CPP, NÃO PODE FUNDAR-SE EM PARÂMETROS UNICAMENTE SUBJETIVOS, EXIGINDO ELEMENTOS CONCRETOS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DA REVISTA, EM FACE DO CONSTRANGIMENTO QUE CAUSA. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS DESSA NATUREZA, QUE NÃO SE PODE TER POR CONFIGURADOS NA ALEGAÇÃO DE QUE TRAJAVA, O PACIENTE DO HABEAS CORPUS, UM ‘BLUSÃO’ SUSCETÍVEL DE ESCONDER UMA ARMA, SOB RISCO DE REFERENDO A CONDUTAS ARBITRÁRIAS E OFENSIVAS A DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E CARACTERIZADORAS DO ABUSO DE PODER*”³⁰. Nessa linha de convicções, sustenta a Professora CLEUNICE PITOMBO que – “*as fundadas razões, a que*

²⁸ Assim dispõe o art. 103-B, parágrafo 4º, incisos III e IV, da Constituição: § 4º - *Compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: ...III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade.*

²⁹ É oportuno registrar que o Código de Processo Penal disciplina a busca pessoal, no art. 244 (A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objeto ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar), e a busca domiciliar, no art. 245 e seus parágrafos (as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta...).

³⁰ Cf. DJU de 22.02.2002, pág. 35.

alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes e reais indícios da existência de elementos de convicção, de que se possam achar na casa a qual se pretenda varejar. Não guarda cabimento a proteção constitucional da intimidade e inviolabilidade ruirem, ou cederem passo, frente à suspeita, ainda que venha adjetivada de robusta, séria ou grave”.³¹ O mandado judicial de busca e apreensão deverá especificar os itens e objetos a serem apreendidos, não podendo apontar identificação genérica e polivalente, do tipo “*quaisquer objetos relacionados aos fatos em investigação*” ou, ainda “*quaisquer objetos que possam contribuir com a apuração dos fatos*”. Essas expressões de multi alcance tornam vulneráveis a totalidade dos bens que guarnecem um domicílio ou o local de trabalho do advogado, sendo inservíveis para emprestar justeza às ordens judiciais com tal propósito. Ou bem se tem adequada noção do elemento de prova perquerido, e se faz constar a sua identificação no mandado de busca e apreensão, ou se aguarda para a realização da diligência até que haja indícios concretos do material a ser apreendido. Com razão, acrescenta, nesse particular aspecto, CLEUNICE PITOMBO: “*Não pode haver mandado incerto, vago ou genérico. A determinação do varejamento, ou da revista há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do motivo e os fins da diligência (art. 243, II, do CPP), a que se destina. Mandado vazio é perigoso e difícil debelar-se. Autoritário, traz risco ínsito, arraigado na forma*”.³²

A demonstração da razoabilidade e da proporcionalidade das ordens de busca e apreensão domiciliar visa impedir medidas de arresto policial desarrazoadas, equivalentes às “*unreasonable searches and seizures*”, como previstas expressamente na Emenda nº 4 à Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada no ano de 1791, que reza: “*The right of the people to be secure in their persons, house, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”. A jurisprudência da Suprema Corte americana exige, para a validade das medidas de busca e apreensão, a demonstração efetiva da “*causa provável*” (“*probable cause*”), materializada em elementos substanciais de convicção que apontem: (i) a relação entre o objeto específico que se pretende apreender e os fatos delituosos em apuração; (ii) a probabilidade de tal objeto ser encontrado no local da diligência. Com isso, são vedadas as buscas e apreensões calcadas em suposições genéricas e não suficientemente demonstradas. Bem por isso, a diligência de busca domiciliar e o material a ser apreendido deverão ser objeto de descrição circunstanciada no auto respectivo a ser lavrado, o qual devará fazer integrar os autos do inquérito policial. Este, por sua vez, se reveste de natureza sigilosa e o menos possível invasivo, sob pena de causar gravame à intimidade do investigado, de sua família, ao exercício de sua profissão ou ao negócio empresarial regularmente estabelecido. Não é por outra razão que o art. 20 do CPP obriga a autoridade policial a assegurar no

³¹ PITOMBO, CLEUNICE, na obra “*Busca e Apreensão no Processo Penal*”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 115,

³² Cf. ob. cit. Pág. 171.

inquérito o “*sigilo necessário à elucidação do fato*”. Trata-se do chamado “*sigilo externo*”, cuja finalidade precípua é proteger a dignidade humana e a incolumidade física e moral do cidadão investigado – presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF - art. 5º, LVII). Assim sendo, é rigorosamente abusiva e destoante da legalidade a diligência policial de efeitos midiáticos, ao estilo de espetáculo circense ou de programa de auditório televisivo, que se faz acompanhar de repórteres, fotógrafos e cinegrafistas, que jamais podem estar autorizados a adentrar o domicílio ou o local de trabalho objeto da investigação, eis que não são autoridades policiais competentes para cumprir a diligência determinada pela ordem judicial, tampouco se acham autorizadas a adentrar domicílio ou estabelecimento alheio. Essa exposição degradante de pessoas, não raro de servidores públicos, até mesmo de juízes e advogados sendo presos e conduzidos por agentes policiais, não raro e indevidamente algemados, é abusiva e não se compadece com o figurino constitucional democrático que impõe limites ao chamado processo acusatório adotado pelo povos cultos. Assim é que o art. 248 do CPP exige que, em casa ou local de trabalho habitado, a diligência de busca e apreensão “*será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência*”. Por força dessa disposição legal, é de igual modo excessiva e desautorizada a utilização de efetivo policial e aparato bélico desproporcional ao risco oferecido para o cumprimento da diligência. Essa disposição da lei adjetiva penal está a impor, por certo, o dever de urbanidade, de respeito, de discricção e de cuidados indispensáveis com a imagem e a propriedade alheia. Choca-nos, pois, o cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritórios de advocacia, como se tem visto com frequência ultimamente na mídia, utilizando-se do mesmo contingente policial e do mesmo tipo de armamento pesado (fuzis, metralhadoras e granadas) que seriam justificáveis para a prisão em flagrante de delinquentes de alta periculosidade num “*bunker*” fortificado de uma quadrilha organizada para o contrabando de armas ou para o narcotráfico.

Assente essas premissas que remetem à esfera dos direitos fundamentais sublimados na Constituição, tem-se que a inobservância pela autoridade policial ou pelo órgão do Ministério Público de qualquer um desses parâmetros de conduta limitadores da investigação traz como consequência a ilicitude da prova obtida por meios violantes e inidôneos, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição da República, além da sujeição do agente estatal às sanções cominadas ao crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 3º, “b”) ou do crime de violação de sigilo profissional (Código Penal, art. 325), conforme o caso. Isto sem esquecer a caracterização do dano moral indenizável que possa ser infligido à pessoa do advogado e à sociedade de advogados, ou conjuntamente a ambos, cuja reparação há ser buscada em ação própria na jurisdição civil, segundo os cânones da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes que causem danos a terceiros, consoante o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Quando a Suprema Corte norte-americana, reformando antigo entendimento jurisprudencial, proclamou, no ano de 1963, no julgamento do

famoso caso GIDEON v. WAINWRIGHT,³³ que a 6ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos, garantem o direito fundamental dos jurisdicionados a ter um advogado habilitado em todas as instâncias de Justiça, claramente considerou o patrocínio advocatício um elemento essencial da garantia do acesso à Justiça. O mesmo fez – vale reiterar - a Constituição do Brasil com a regra expressa no art. 133, ao considerar o advogado indispensável à administração da Justiça. Por isso, também, a generalidade dos sistemas jurídicos dotou a profissão de prerrogativas e inviolabilidades funcionais, a fim de assegurar a eficiência da defesa, mante-la íntegra e coloca-la a salvo de desmandos de autoridade nos atos de persecução criminal. Tamanha a importância constitucional do precedente no caso GIDEON que a Suprema Corte americana atribuiu-lhe efeitos retroativos, a fim de promover a anulação de todas as condenações criminais em que os condenados não tivessem usufruído de uma defesa técnica por parte de um advogado.³⁴

Todo esse conjunto sistêmico de normas de proteção ao exercício da advocacia, além de essencial à eficácia plena de inúmeros direitos fundamentais relacionados com o acesso à Justiça, o contraditório, a ampla defesa e a regularidade do processo acusatório, gera efeito altamente pedagógico para o exercício da cidadania e para a limitação democrática do desempenho da autoridade pública em nosso país. Diz bem NILO BATISTA ao apregoar, com arrimo na lição de RAUL ZAFFARONI, que o abuso do poder investigatório constitui risco premente e indissociável do processo dialético da Justiça no Estado Democrático de Direito: *“Não existe um estado de direito democrático estagnadamente acabado, como ‘hortus conclusus’ do empreendimento democrático. Dentro dele, pulsa surdamente e procura avançar, por todos os interstícios que se apresentam, o estado de polícia... O juiz, no Estado de direito democrático, tem precisamente esta função: a de filtrar implacavelmente toda a demanda de criminalização que lhe é apresentada, impedindo a passagem de todo poder punitivo que não seja meridianamente constitucional, legal e racional. Para exercer tal função – cuja importância para o Estado de Direito dispensa considerações -, dispõe ele do direito penal. Se, em vez de colocar-se nesta posição, o juiz resolve alavancar a demanda de poder punitivo, negligenciando garantias ou distendendo requisitos, ele está na verdade permitindo que o Estado de direito seja assaltado pelo Estado de polícia”*.³⁵ Não há, aqui, espaço para credices e ingenuidades. A luta secular pelo direito e pela justiça é a luta pela advocacia

³³ 372 U.S. 335, 83 S.Ct. 792 (1963).

³⁴ Os comentários dos Professores LOCKHART, KAMISAR, CHOPER e SHIFFRIN (na festejada obra *Constitutional Law – cases – comments – questions*, Ed. West Publishing Company, 6ª edição, 1986, pág. 448) bem ilustram a relevância do julgado: *“GIDEON v. WAINWRIGHT held that, at least in all felony prosecutions, an indigent defendant must be appointed counsel. Because, as Justice Black, J., maintained, dissenting in the case (Bets v. Brady, 316 U.S. 445 (1942) Gideon was to overrule 20 yrs later, - ‘whether one is innocent cannot be determined from a trial in which denial of counsel has made it impossible to tell that the defendant’s case was adequately represented’, and because, as Black, J. pointed out for the Court in Gideon, - ‘any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial ‘unless counsel is provided for him’. Gideon was given complete retroactive effect”*.

³⁵ BATISTA, NILO, no artigo *A criminalização da advocacia*, Revista de Estudos Criminais, ano IV, 2005, vol. 20, págs. 86 e 87.

altiva, íntegra, corajosa e independente. A valorosa classe dos advogados, por sua união estável e histórica com as liberdades públicas, recebe naturalmente o olhar suspeito dos tiranos de plantão. Tal se dá, de forma endêmica, nas fases de desarranjo institucional e adensamento da lógica autoritária. As liberdades públicas e seu esteio maior – a advocacia destemida – foram e serão sempre as vítimas seletas da truculência autoritária no processo civilizatório. A explosão urbana que assola o planeta, a violência institucionalizada e o processo de exclusão dos bens da vida por mais de 2/3 da população mundial deformaram em larga medida a paisagem bucólica do cotidiano que prevaleceu no limiar do século passado. Por outro lado, corromperam-se os resquícios de mansidão e espontaneidade nas relações humanas interindividuais, subjugadas pela massificação das novas pautas sociais. Massificou-se, também, a violência, de um lado, e a repressão violenta, de outro. O Estado policial tende a suplantar o Estado de serviço social. Nesse contexto, é sempre bom lembrar a máxima de WINSTON CHURCHILL, aplicável a saudosos tempos de pacato convívio nos bairros residenciais da maioria das cidades, ao reconhecer que o regime democrático é aquele no qual, quando batem à porta de nossa casa às 4 horas da madrugada, pode-se prever com tranquilidade que se trata do entregador do leite ou do pão. Se já não é mais assim, ou se já não é sempre assim, a contra-partida compensatória no plano institucional há de ser o respeito aos direitos fundamentais e o compromisso dos advogados com os ideais de Justiça, com o suporte indispensável das prerrogativas e inviolabilidades de seu singular ofício.

Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2009

Carlos Roberto Siqueira Castro

Master of Laws (LL.M.) pela University of Michigan

Doutor em Direito Público pela UERJ

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ

Conselheiro Federal da OAB