

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ  
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO DE CURITIBA**

**A INVIOLABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA EM FACE DAS  
MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL**

**CURITIBA  
2007**

**GIUVANA GONÇALVES LINS**

**A INVIOLABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA EM FACE DAS  
MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

**CURITIBA  
2007**

## TERMO DE APROVAÇÃO

GIUVANA GONÇALVES LINS

### A INVIOLABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA EM FACE DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007.

## **AGRADECIMENTOS**

Pelo presente trabalho agradeço ao Dr. Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, meu orientador bem como ao Dr. Pedro Luís Sanson Corat, Juiz titular da Vara de Inquéritos Policiais por ter me autorizado cursar a Escola da Magistratura do Estado do Paraná.

## **EPÍGRAFE**

**“Sei que você, como Von Ihering, fará da luta pela justiça a poesia do trabalho! Carinhosamente, Maria José” (Maria José Miranda Pereira-Promotora de Justiça do Distrito Federal, palestrante no Ciclo de Estudo Interdisciplinar sobre Criminalidade e Violência realizado em Curitiba, nos dias 19 a 21 de maio de 1999).**

## SUMÁRIO

<b>1- Introdução.....</b>	<b>08</b>
<b>2-Conceito de busca e apreensão.....</b>	<b>10</b>
<b>3-Histórico.....</b>	<b>12</b>
3.1-Legislação estrangeira.....	12
3.2-Legislação brasileira.....	13
<b>4 - Medida Cautelar Civil e Penal.....</b>	<b>16</b>
4.1- Espécies de Medidas Cautelares Cíveis.....	16
4.2- Busca e Apreensão no Processo Civil.....	18
4.3- Espécies de Medidas Cautelares no Processo Penal.....	19
4.4- Diferenças entre Cautelar Civil e Penal.....	20
<b>5- Busca e apreensão no Processo Penal.....</b>	<b>25</b>
5.1- Pessoal.....	27
5.1.2- Mulher.....	27
5.1.3- Domicílio-abrangência da expressão casa.....	28
5.1.4- Busca e apreensão em órgãos públicos.....	31
5.1.5- Função do oficial de justiça.....	31
5.1.6 - Horário de cumprimento de busca e apreensão.....	32
<b>6-Busca e apreensão em escritório de advocacia.....</b>	<b>34</b>
6.1-Prerrogativas do advogado.....	34
6.2-Limites da inviolabilidade do escritório de advocacia.....	37
<b>7-Cumprimento de busca e apreensão na Vara de Inquéritos Policiais....</b>	<b>40</b>
<b>8-Conclusão.....</b>	<b>42</b>
<b>9- Referências .....</b>	<b>44</b>
<b>10-Anexos.....</b>	<b>47</b>

## RESUMO

Exercendo o cargo de Auxiliar de Cartório da Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba desde o ano de 2004, foi verificada a imensa gama de pedidos de busca e apreensão de pessoas, em domicílio, em órgãos públicos e em escritório de advocacia, bem como a exploração pela mídia em todo o território nacional o aumento significativo de crimes, e pessoas de renome nacional estarem envolvidas nos crimes de lavagem de dinheiro, tráfico de entorpecentes, exploração de jogos de azar, dentre outros, eis a razão por escolher o tema visando a obtenção do título de especialista promovido pela Escola da Magistratura do Paraná. A medida cautelar de busca e apreensão é a possibilidade de colheita de provas à fim de se esclarecer infrações penais, no estrito cumprimento determinado pela lei. A casa em sentido amplo é asilo inviolável, protegida constitucionalmente. Contudo essa proteção é limitada no sentido de que não se pode utilizar como escudo para cometimento de crimes. O Estado, detentor do "ius persecuendi", ao mesmo tempo em que protege a liberdade individual dos cidadãos, impõe medidas limitadoras no exercício dessa liberdade.

Palavras-chave: inviolabilidade de domicílio; busca e apreensão; escritório de advocacia; medidas cautelares

## 1 INTRODUÇÃO

Até o advento da Constituição de 1988, a própria autoridade policial civil, militar ou federal, cumpria as buscas e apreensões: de pessoas consideradas criminosas; domiciliares e em outros estabelecimentos, de objetos necessários à prova das infrações penais de natureza pública ou privada. Contudo essa medida muitas vezes violava a intimidade e a privacidade das pessoas.

Atualmente, a medida de busca e apreensão de pessoas, objetos necessários à prova de ilícitos no Processo Penal, seja realizada em domicílio ou em quaisquer estabelecimento privado onde se exerce profissão ou atividade, somente será concedida por determinação judicial, com o escopo de assegurar a subsistência da prova, o resultado útil da investigação policial, a proteção de eventual abuso de direito por parte da autoridade, bem como proteger a intimidade e a vida privada dos indivíduos.

Essa medida traz limitações, principalmente quando se menciona em busca e apreensão em escritório de advocacia, proibida por lei específica, mas a Portaria do Ministério da Justiça nº 1.288 de 30/06/2005 autoriza. A inviolabilidade de domicílio, dos escritórios de advocacia e afins não são todas em si uma regra taxativa, pois havendo fundadas razões para concessão da medida de busca e apreensão, a mesma deverá ser cumprida.

Nos três últimos anos noticiou-se na mídia brasileira até internacional, inúmeras operações policiais tais como Anaconda, Navalha na Carne, Themis, Furacão, as quais com autorização judicial foram apreendidos vários objetos que estariam relacionados a ilícitos de lavagem de dinheiro, venda de

sentenças judiciais, tráfico ilícito de entorpecentes, que tinham participação direta de advogados.

Estes sentem profundamente injustiçados em razão de são indispensáveis à administração da justiça, gozando de prerrogativas de não inviolabilidade de seus escritórios em nenhuma circunstância, conforme preconiza o artigo 7º e seguintes da Lei 8906/94.

Outrossim, não raras às vezes, pessoas comuns reclamam indignadas dos abusos cometidos pelas autoridades policiais civis, militares e federais, pois, alegam que adentram em suas residências sem ordem judicial, não informam os motivos da diligência e muitas vezes destruindo os bens que as guarnecem, usando da força bruta nos moradores, causando constrangimento ilegal e má impressão perante à comunidade em que vivem, tendo-se dito numa ocasião a uma criança, cuja residência do pai havia sido realizada busca e apreensão, de que este era ladrão. O pai sentiu-se lesado nos seus direitos fundamentais.

## 2- CONCEITO DE BUSCA E APREENSÃO

Busca consiste na procura de coisa ou pessoa. Em sentido jurídico “é a pesquisa, procura ou varejo feito por ordem da autoridade competente para os fins declarados em lei”. (J. BERNARDES DA CUNHA apud RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes, ABC do Processo Penal, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996).

Vicenzo Manzini define busca como:

“as buscas (perquisizioni) são pesquisas materiais, realizáveis coercitivamente, autorizadas como exceção às garantias normais da liberdade individual e destinadas ao fim de assegurar, ao processo, coisas que possam servir à prova, ou de prender o acusado, ou outra pessoa, indiciada de crime ou evadida”. (Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice. 1932. vol.3, p. 530)

Ao tomar conhecimento do crime, a autoridade policial necessitando de que se busque algo ou pessoa, se socorre da Justiça para que esta coercitivamente determine a providência.

“Ato preliminar da apreensão é um meio coercitivo de que pode se utilizar a autoridade pública para permitir á Justiça a segura repressão da prática criminosa.” (FARIA, Bento de. Código de Processo Penal, vol. I, p. 354)

Apreensão, do verbo apreender, originada do latim “apprehensio”, “apprehensionem”, ato autônomo, ação ou efeito de apreender, tomar, agarrar, apoderar-se, sucede à busca de coisa ou pessoa.

É o “ato processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas-objetos, papéis ou documentos-, de semoventes e de pessoas ‘do poder de quem as retém ou detém’; tornando-as indisponíveis, ou colocando-as sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo”. (PITOMBO, Cleonice. Da Busca e Apreensão no Processo Penal, p. 192)

Em sua obra Processo Penal, Júlio Fabrini Mirabete explica:

“A busca é a diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou a coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela segue. Para a nossa lei, é ela o meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva,

consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas dos culpados e das vítimas, quer ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios.”

Arturo Santoro explica que a apreensão é operação pela qual a coisa relacionada com o delito é colocada à disposição da autoridade judiciária para servir ao fornecimento de material probatório, se posicionando no mesmo sentido Giovanni Leone, Longhi e Messina. (LEMER JUNIOR, James Thompson. 1990).

Pode haver apreensão sem busca, quando alguém voluntariamente entrega o instrumento do crime à autoridade policial ou em Juízo.

No intuito de se evitar perecimento da prova, seja por meio natural, físico ou químico, procede-se a busca e apreensão para que se assegure a materialidade do delito e prossiga a investigação.

Bento de Faria esclarece “constituem um meio de pesquisar as provas necessárias a instrução criminal, assim concorrendo para demonstração da existência do delito e da descoberta dos seus responsáveis” (FARIA, Bento de. Código de Processo Penal Brasileiro anotado, vol. III, p. 354)

A busca e apreensão são atos independentes que podem ser destacados enquanto a busca, quando a coisa não é encontrada, fica sendo um ato isolado.

### 3- HISTÓRICO

#### 3.1 - LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Segundo Hélio Tornaghi, a medida de busca e apreensão aparece na Lei das Doze Tábuas, com a permissão da entrada em casa de acusados com a finalidade da procura de provas especialmente em casos de furto.

Celso Ribeiro Bastos em Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., p. 67, observa:

“durante muito tempo a humanidade sofreu as conseqüências danosas para sua segurança de mandados de busca e apreensão expedidos pelo poder monárquico absoluto. Às vezes disfarçado em uma medida de mera polícia, outras vezes mesmo sem qualquer pretexto de procurar um criminoso: o certo é que se invadia com freqüência o lar das pessoas com o propósito de efetuar prisões”

Em Roma, quando o ofendido apresentava-se como acusador, recebia do magistrado delegação para prática de atos de instrução e coerção podendo entre outros buscar documentos públicos em repartições municipais, ou em casa de acusados ou de terceiros, e após cerrá-los com selo remetia-os ao juiz encarregado do processo.

Na Idade Média não houve legislação disciplinando a matéria.

No direito inglês baseado no “common law” e busca (“search”) sempre foi admitida em pessoa ou casa. Alexandre de Moraes cita o discurso de Lord Chatam no Parlamento britânico:

“O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.”

Nos Estados Unidos da América, tal medida é admitida pela Emenda nº 4, onde se diz:

“garantia de pessoas e casas contra buscas e apreensões sem motivo justificado. O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis, e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser à vista de indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.”

No processo penal italiano atual aparece como “seqüestro penale” que, como ensina Foschini: subdivide-se em “assicurativo” que visa evitar a dispersão da prova colhida, e “conservativo”, com objetivo de conservar a coisa apreendida tornando-a indisponível e ao mesmo tempo possibilitando o ressarcimento do dano provocado pelo delito, salientando o mesmo autor tratar-se assim de “um doppio effetto, quindi, l’ uno determinativo di una indisponibilità, l’ altro di un privilegio” (FOSCHINI, Caetano-Sistema del diritto processuale penale. Vol. I, pág. 467)

Na Argentina, a busca e apreensão se traduz em “allanamiento de domicilio” (busca domiciliar), “requisa personal” (busca pessoal) e “secuestro” (apreensão).

O direito português antigo já apresentava textos visando a inviolabilidade domiciliar com exceção aberta por D. Afonso V quando autorizou busca em casa de “homem bom” para procura de malfeitor.

### **3.2- LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Tales Castelo Branco em Inviolabilidade domiciliar, buscas e apreensões e prisão em flagrante, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Nova série. Ano 7. n.14. Julho-dezembro de 2004, examina a inviolabilidade de domicílio durante a História do Brasil.

A Constituição do Império no artigo 179, parágrafo 7º, prescrevia: “Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos e pela maneira que a lei determinar”.

A Constituição Republicana de 1891 no artigo 7º, parágrafo 11, estabeleceu: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.”

A Constituição de 1934, época em que vigorava o regime ditatorial, reeditou a Constituição de 1891.

A Constituição de 1937, que segundo Hélio Tornaghi, feita à mercê do povo e aos seus representantes, diz no artigo 122, parágrafo sexto: “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salva as exceções expressas em lei.”

A Constituição de 1946 praticamente reeditou a Constituição de 1891, em seu artigo 141, parágrafo 15: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.”

A Constituição de 1967, em dispositivo também prestigiado pela EC 01/1969, modificou o texto anterior para prescrever no artigo 153, parágrafo 10: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.”

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 5º, inciso XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

Em todas as Constituições verifica-se a preocupação do legislador em se garantir a proteção domiciliar como princípio fundamental, não sendo objeto até mesmo de alteração, por ser considerado cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso II da Constituição Federal de 1988.

## **4- MEDIDA CAUTELAR CIVIL E PENAL**

### **4.1- ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES CIVIS**

Medidas cautelares civis são providências tomadas pela parte a fim de ser-lhe assegurada o resultado útil de um processo. Isoladamente não decide o mérito. A efetivação se dá em dois momentos: com a concessão da liminar ou senão concedida quando da prolação da sentença.

Os requisitos são o "periculum in mora", o "fumus boni iuris" e a plausibilidade do direito invocado, podendo ser concedido de ofício pelo magistrado.

Não se confunde com a tutela antecipada, em que consiste na antecipação da própria lide.

Deve haver requerimento da parte, prova inequívoca do alegado, verossimilhança da alegação, receio de dano irreparável (o qual é dispensado no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório), ou de difícil reparação.

Aplica-se o Princípio da Fungibilidade tanto para tutela antecipada quanto na cautelar, face a similitude desses institutos.

São poucos os estudos existentes acerca da estrutura e a função da tutela cautelar no processo penal ao contrário do processo civil, encontrando a doutrina enormes dificuldades na adaptação dos conceitos civilistas para o processo penal.

Segundo o entendimento de Cleonice Valentim Bastos Pitombo a aplicação de conceitos do processo civil no processo penal: "mostra-se limitada, em razão da dificuldade e quase impossibilidade de transposição dos conceitos civilistas para o processo penal.;" (Da busca e apreensão no processo penal. Dissertação de

mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997, p. 198)

Humberto Theodoro Junior no seu Curso de Processo Civi, vol. II, 41ª edição, Forense, 2007, classifica as medidas cautelares tipificadas no Código de Processo Civil em:

a) sobre bens, a.1) para assegurar execução (arresto – art. 813, seqüestro – art. 822 e caução – art. 826) e a.2) conservativas genéricas (arrolamento de bens – art. 855, busca e apreensão – art. 839, atentado – art. 879 e obras de conservação da coisa litigiosa);

b) sobre provas (exibição de coisa, documento ou escrituração comercial – art. 844 e produção antecipada de provas – art. 846); c) sobre pessoas, c.1) guarda de pessoas (posse provisória dos filhos – art. 888, III, afastamento de menor para casar contra a vontade dos pais – art. 888, IV, depósito de menor castigado imoderadamente – art. 888, V, e guarda e educação de filhos e direito de visita, art. 888, VII) e c.2) satisfação de necessidades urgentes (alimentos provisionais – art. 852 e afastamento temporário de cônjuge – art. 888, VI);

d) medidas apenas submetidas ao regime procedimental cautelar (justificação – art. 801, protestos, notificações e interpelações – art. 867, homologação de penhor legal – art. 874, protesto de títulos cambiários – art. 882, interdição e demolição de prédio para resguardar saúde e segurança – art. 888, VIII e entrega de bens pessoais do cônjuge – art. 888, II).

José Maria Tesheiner em Jurisdição Voluntária. 1º Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora de Comércios de Livros Ltda.: 1992, por outra perspectiva, classifica as medidas cautelares em: a) litisreguladoras (medidas cautelares propriamente ditas),

b) submetidas ao regime das cautelares (embora tenham como fundamento o perigo de dano, não são cautelares, apenas submetendo-se parcialmente ao rito sumário das acautelatórias) e c) *probatórias* (referem-se em verdade à prova e sua presença dentre as cautelares só é possível mediante a não incidência das regras constantes nas disposições gerais do Livro das acautelatórias). Nesse sentido, refere o jurista às fls.59 e 63 e 154/155:

“O Código de Processo Civil considera cautelares as medidas probatórias, a saber: a exibição, a produção antecipada de provas e a justificação. Em outro livro, cuida o Código dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Contudo, há medidas probatórias que não são cautelares e que tampouco se enquadram no âmbito da jurisdição contenciosa.”

Além dessas, inúmeras outras classificações doutrinárias tentam, a medida do possível, sistematizar o desconexo universo dos procedimentos cautelares específicos previstos no Código de Processo Civil.

A seguir, apresentar-se-ão, em linhas gerais, os principais aspectos da medida acautelatória de busca e apreensão prevista nos artigos 839 a 843 do Diploma Processual Civil, tendo em vista que as medidas de exibição, arresto, seqüestro, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protesto, notificações e interpelações, homologação do penhor legal, posse em nome de nascituro, dentre outras, embora consideradas importantes, fogem do objeto deste trabalho monográfico.

#### **4.2- BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO CIVIL**

Consiste na constrição judicial em que se autoriza a procura e a apreensão de coisa ou pessoa, prevista nos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 840 do Codex, o autor exporá as razões que a justificam e o levam a afirmar que a coisa ou pessoa estejam no lugar indicado.

O juiz não se convencendo das alegações iniciais do autor, poderá designar audiência de justificação em segredo de justiça, caso em que realizada ou não for necessária, sendo julgado procedente o pedido expedir-se-á mandado de busca e apreensão.

O cumprimento da busca e apreensão, conforme o artigo 842 do Código de Processo Civil, será acompanhado de duas testemunhas e dois oficiais de justiça. Intimado o morador, não atendendo, os oficiais de justiça arrombarão as portas externas e internas ou quaisquer móveis em que se presume estar oculta a coisa ou a pessoa procurada.

Referindo-se a direito autoral conexo de artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, há necessidade de dois peritos, nos termos do artigo 842.

O artigo 843 dispõe acerca da efetivação da medida, que se dá com a lavratura do respectivo auto pelos oficiais de justiça, devendo constar todas as ocorrências que se verificarem, inclusive eventuais arrombamentos realizados.

#### **4.3- ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL**

As providências jurisdicionais cautelares no processo penal se dividem em cautelas pessoais, patrimoniais e as referentes aos meios de prova no Código de Processo Penal (Campos, Romeu Pires de. Processo Penal Cautelar. Forense, 1982.

Dentre as cautelas pessoais incluem-se as prisões provisórias, subdivididas em prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia e a prisão em virtude de sentença condenatória recorrível; medidas de

segurança e interdições de direito; as contracautelas subdivididas em fiança e liberdade provisória e as restrições processuais.

As medidas cautelares patrimoniais consistem na apreensão de coisas (artigo 6º), busca e apreensão (artigo 240), o arresto (artigo 132), o seqüestro (artigo 125) e a hipoteca legal (artigo 136), todos do Código de Processo Penal.

As cautelas referentes aos meios de prova dividem-se em depoimento “ad perpetuam rei memoriam” (artigo 225), exame de corpo de delito (artigos 158/181, parágrafo único), perícias complementares (artigo 168, parágrafo segundo) e exame no local do crime (artigos 169/173), todos do mesmo *Codex*.

A interceptação telefônica, inserida em lei especial, inclui-se nas medidas cautelares, cabendo apenas em crime doloso.

O mandado de busca e apreensão é medida cautelar antecipatória para garantir a subsistência da prova, do resultado útil da investigação policial, e não juízo de certeza de culpabilidade.

Ocorre durante o Inquérito Policial durante a instrução processual e em fase de execução de cumprimento de pena.

#### **4.4- DIFERENÇAS ENTRE CAUTELAR CIVIL E PENAL**

No processo civil, estabelece-se diferença entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar.

Na antecipação, há uma decisão que concede ao autor o exercício do próprio direito afirmado, conforme dispõe o artigo 273 do Código de Processo Civil.

Possui caráter satisfativo, incidindo no próprio direito invocado pelo autor não constituindo meio processual para garantir o futuro provimento jurisdicional como ocorre nas medidas cautelares. Deve haver a possibilidade de reversão na

antecipação tutela, com fins de segurança jurídica e evitar um prejuízo irreparável diante uma situação fática.

A tutela cautelar, fundada nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, é instrumental, não tendo um fim em si mesma, mas com o escopo de garantir que a futura prestação jurisdicional seja útil, protegendo-se o próprio processo. É o entendimento do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Roberto dos Santos Bedaque (Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª edição, Malheiros Editores, 2006, p. 152): “Por ser instrumental, ou seja, vinculada a outro pronunciamento, não pode assumir a condição de solução definitiva para o litígio.”

A sua acessoriedade decorre da existência ou da probabilidade de um processo principal e a sua autonomia não guarda relação com o desfecho do processo principal.

Outra característica das cautelares é a provisoriedade, no sentido de que havendo provimento jurisdicional, cabe ao autor da demanda propor a ação principal dentro do limite estipulado pela lei, caso contrário, ocorre a perda do objeto da cautelar.

Tanto na medida cautelar quanto nas cautelares incidentais, aquelas que surgem no curso do processo principal, é necessária a verificação do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

No processo penal, os estudos sobre a existência da cautelaridade decorrem dos ensinamentos civilísticos, o que acarreta grandes dificuldades. (FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 3ª ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 298)

No que se refere à existência da tutela satisfativa no processo penal, merece ser repelida, pois, os princípios processuais constitucionais tais como o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, do direito à prova, dentre outros, impedem que o Juiz antecipe provisoriamente a própria solução definitiva, condenando ou absolvendo acusado.

Restaria então verificar a existência de um processo penal cautelar que conteria medidas urgentes e provisórias a assegurar os efeitos da sentença. Rogério Lauria Tucci entende que embora não exista processo cautelar ou ação cautelar no âmbito do processo penal, há possibilidade de aplicação de medidas cautelares, destacando em sua obra Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo:RT,2002,p.54:

“inadequando-as, como visto, a transposição do conceito de pretensão ao processo penal, é de ter-se presente, outrossim, que: a) no âmbito deste, só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei; e b) dispicienda mostra-se a concorrência dos pressupostos da atuação (e respectiva concessão) cautelar – periculum in mora e fumus boni iuris, para que seja concedida ou determinada, até mesmo de ofício, medida cautelar penal.”

Vicente Greco Filho acompanha Rogério Lauria Tucci:

“Também inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o seqüestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou do processo de conhecimento.” (Manual de processo penal. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 101/102)

Gladson Rogério de Oliveira Miranda, Delegado da Polícia Federal afirma que esses autores não fundamentam as razões pelas quais chegaram a tais conclusões, limitam-se a afirmar que uma “medida cautelar” não seria fruto de uma “ação cautelar”, bem como não consistiria ato de um “processo cautelar”.

A jurisdição, atividade principal do Poder Judiciário, concretizada por meio do processo, sendo este decorrente do exercício do direito de ação, existe para solucionar um conflito de interesses.

No âmbito penal, o Estado possui o poder de aplicar em concreto a vontade contida na lei punitiva quando do julgamento de acusados na prática de ilícitos penais.

No processo penal não há que se falar em lide, pretensão e tampouco pretensão resistida, face a indisponibilidade do direito do acusado.

A jurisdição, atividade principal do Poder Judiciário, objetiva solucionar conflitos. Existem muitos atos jurídicos da vida privada que se revestem de importância que transcende os limites da esfera de interesses das pessoas diretamente envolvidas, interessando a toda a coletividade.

O Estado prevê em seu ordenamento jurídico que, para a validade desses atos de repercussão na vida social, é necessária a participação de um órgão público.

Tutelam alguns interesses privados: a) órgãos extrajudiciais (tabeliães, no registro de imóveis; registradores civis, nas documentações de nascimentos, casamentos, óbitos; os oficiais de protesto, e a arbitragem); b) órgãos administrativos (intervenção do Ministério Público, no ato de criação das fundações, e as Juntas Comerciais, no arquivamento dos estatutos da sociedade; e os c) órgãos judiciais.

Ao Poder Judiciário é submetido a alguns interesses em que não existe propriamente um conflito, é a chamada Jurisdição Voluntária, à qual ocorre no processo penal porque inexistente lide tampouco contenciosidade. E pelo fato de se requerer “medidas cautelares” não significa, necessariamente, estar realizando uma

pretensão junto ao órgão jurisdicional, mesmo porque elas operam no campo das liberdades individuais.

Portanto, admitir um conflito de interesses entre o acusado e o Ministério Público, seria o mesmo que achar estranho um médico pretender medicar seu paciente.

## 5- BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO PENAL

O instrumento processual para requerer a medida de busca e apreensão encontra-se nos artigos 240 à 250 do Código de Processo Penal.

O artigo 240 do Código de Processo Penal estabelece que a busca poderá ser pessoal ou domiciliar. Contudo outras buscas podem ocorrer quando realizada em determinado local não abarcado pelo conceito de domicílio.

O sentido de domicílio na busca domiciliar consiste na residência, casa onde alguém viva ou trabalhe e exerça sua atividade a qualquer título, conforme dispõe o artigo 246 do Código de Processo Penal.

A busca domiciliar e pessoal tem por finalidade segundo o artigo 240, § 1º e 2º do Código de Processo Penal:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- 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 da 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;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º- a busca pessoal será realizada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo antecedente.

Os dispositivos acima devem ser cotejados com os dispositivos e princípios constitucionais, especialmente o artigo 5º, XII da Constituição Federal de 1988, que prevê a inviolabilidade do sigilo da correspondência.

A posição doutrinária majoritária entende que o artigo 240 do Código de Processo Penal trata-se de um rol taxativo, pois as buscas são permitidas como exceções às garantias e liberdades individuais, sendo que tais exceções devem estar expressamente previstas, não se admitindo interpretação analógica ou extensiva.

A medida cautelar de busca e apreensão pode ser requerida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e poderá ser determinada de ofício pelo Juiz, conforme dispõe o artigo 241 e 242 do Código de Processo Penal.

O procedimento dessa providência investigatória cautelar, que deve ter sempre em vista a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam.

A violação de domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, porém somente nas hipóteses constitucionais: a) dia: flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou ainda, por determinação judicial. Somente durante o dia, a proteção constitucional deixará de existir por determinação judicial; b) Noite: flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro.

Face o Princípio da Reserva de Jurisdição somente o magistrado tem legitimidade para determinar a medida de busca e apreensão de pessoas ou coisas.

### **5.1- BUSCA PESSOAL**

A busca pessoal é aquela levada a efeito sobre o corpo da própria pessoa, e não apenas das vestes ou objetos que traga consigo.. Visa conseguir, por meio de inspeções oculares e manuais, ou até por meios mecânicos, o conhecimento de objetos obtidos por meios criminosos que estão escondidos nas vestes, em pequenos objetos ou mesmo no próprio corpo da pessoa. O dispositivo se encontra no artigo 240, parágrafo segundo..

Em determinados casos (artigo 244) a busca pessoal independerá de mandado (prisão, fundada na suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou objetos que constituam o corpo de delito e no curso de busca domiciliar).

Hélio Tornaghi entende de outra forma afirmando:” A fundada suspeita de que fala esse dispositivo (240 § 2º) é o mesmo que a fundada razão da qual falei ao tratar da condição de legitimidade da busca domiciliar”;

#### **5.1. 2- BUSCA EM MULHER**

O artigo 249 estabelece que a busca em mulher deverá ser realizada por outra, contanto que não cause retardamento ou prejuízo da diligência.

Eugene Florian em sua obra Trattatto delle prove penali, vol I,p. 268, esclarece que a diligência tem como objetivo: “ não o corpo da pessoa como tal,nem

o corpo como objeto de inspeção, e sim a pessoa (corpo e indumentária) como provável meio de ocultação ou guarda de coisas pertinentes à prova.”

Outrossim, a busca se observará a discricão para que mulher não se sinta constrangida e nem seja submetida a tratamento vexatório, sob pena da autoridade policial incorrer no crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 4º da lei 4.898/65.

Segundo Roberto Joacir Grassi:

“ A interpretação há que ser restritiva. Retardamento autorizador é o que causar prejuízo, e prejuízo relevante e irreparável. Não é demais exigir que as autoridades, respeitando o pudor e honra alheios, dêem bom exemplo a seus agentes e os mantenham dentro da linha de austeridade que se almeja impor ao comum dos cidadãos aos quais não é confiada a causa pública, nem profissionalmente atribuída a repressão às manifestações delinqüência.”

A busca pessoal em mulher somente realizar-se-á em casos excepcionais, quando a demora no cumprimento da diligência acarretar a perda concreta do objeto da busca ou a demonstração efetiva da urgência da medida.

### **5.1.3- DOMICÍLIO-ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO CASA**

A casa é lugar onde o indivíduo exerce suas ocupações habituais privadas seja de trabalho, moradia, fazendo o uso do bem.

Segundo José Afonso da Silva:

“O art. 5º,XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a *casa* como o *asilo inviolável do indivíduo*. Aí o *domicílio*, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da *privacidade*, da *intimidade*, que esse asilo inviolável protege. O recesso do lar, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª edição, 2000, Malheiros Editores)

O Supremo Tribunal Federal a expressão casa abrange:

“ Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º,XI, da Carta Política,o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP,art. 150, § 4º,III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista,sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art.5º,XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público,sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.” (STF, RE 251.445-GO,Rel. Min. Celso de Mello)”

Júlio Fabbrini Mirabete (Direito Penal, vol. 2,p. 171):

“barracão tosco de madeira; rancho; cabine de um navio; escritório profissional;atelier; oficina; quartos de pensão,hotel ou motel; maloca, barraca etc; terraço,quintal, garagem, pátio, adega etc. (dependências que complementam a moradia, desde que fechados, cercados...)”

Damásio E. de Jesus (Direito Penal, 2 vol.,p. 236):

“barraca do saltimbanco ou campista; barraco do favelado; rancho do pescador;consultório médico, odontológico, do advogado etc.; quarto de hotel;cabine de um transatlântico; dependência do domicílio: jardins,alpendres,adegas, garagens,quintais,pátios (desde que fechados, cercados...)”

Aníbal Bruno (Direito Penal.Tomo 4, p.375):

“barco onde mora alguém; camarote de um navio; carro-habitação de saltimbancos ou excursionistas; garagens, pátios, jardins, quintais (devidamente separados do exterior); consultório médico; laboratório de pesquisas; escritório do advogado,engenheiro ou atelier do artista.”

Cleonice Valentim Bastos Pitombo:

“a habitação definitiva,ou morada transitória; casa própria, alugada ou cedida;dependências da casa, sendo cercadas, gradeadas ou muradas; qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva, em pensões, hotéis e casas de pousada; estabelecimentos comerciais, fechados ao público; local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; barco, trailer,cabine de trem ou navio e barraca de acampamento; áreas comuns de condomínio,vertical ou horizontal.” (p.71)

De acordo com o artigo 150, parágrafo 4º do Código Penal, que trata da inviolabilidade de domicílio, o conceito casa compreende:

- a) qualquer compartimento habitado- local em que o cidadão reside, vive com sua família ou só, ou trabalhe.
- b) aposento ocupado de habitação coletiva- compreendido pelos hotéis, motéis, pensões, flats, “repúblicas, dentre outros;
- c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade- espaço destinado ao desenvolvimento de qualquer profissão ou atividade. consultórios médicos, odontológicos, os escritórios de advocacia, Guilherme de Souza Nucci (p.647) fornece ainda como exemplo o quarto da prostitua num prostíbulo.

Excluem-se da proteção penal os compartimentos abertos ao público, como restaurantes, bares, lojas.

O domicílio penal não se aplica no conceito de domicílio prescrito no Código Civil no artigo 31 “o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo”, no qual se exige como requisito subjetivo a intenção de residir em determinado local pré-determinado.

Interpretar literalmente o conceito de casa seria limitar a proteção constitucional para outros compartimentos habitáveis. De modo que esse limite poderia abrir precedente para cometimento de crimes, sob o manto do Princípio da Legalidade descrito no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei”.

#### **5.1.4- BUSCA E APREENSÃO EM ÓRGÃOS PÚBLICOS**

Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra *Processo Penal*, vol. 3, 18ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, às fls. 370/371 menciona João Mendes Júnior, o qual entende que as buscas e apreensões em órgãos públicos devem ser feitas pelos empregados ou peritos nomeados pelo governo.

Para Bento de Faria, a busca e apreensão deverá preceder a requisição dos respectivos chefes o que for procurado (*Comentários ao Processo Penal*, v.1, p. 319)

Rogério Lauria Tucci, em sua obra *Do Corpo de Delito no Direito Processual Brasileiro*, Saraiva, 1978, p. 264, afirma que mesmo não havendo atendimento perante o órgão público, nada impede que se proceda a diligência.

#### **5.1.5- FUNÇÃO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA**

Os oficiais de justiça assim como os escrivães, os peritos, os depositários, os administradores e os intérpretes são auxiliares da justiça, conforme dispõe o artigo 139 do Código de Processo Civil, cujas atribuições determinadas pelas normas de organização judiciária de cada Estado da Federação.

Dispõe o artigo 143, que os oficiais de justiça são responsáveis por fazer citações, prisões, penhoras, arrestos e diligências relacionadas ao seu ofício, bem como executar as ordens do juiz a que estiver subordinado.

No Estado do Paraná, as funções do oficial de justiça encontram-se regulamentadas no artigo 146 do Código de Organização e Divisão Judiciárias (Lei 14.277/03), cujas atribuições são elencadas no Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça no capítulo 9.

Com relação a busca e apreensão ou depósito de bens, especialmente veículos, o oficial de justiça deverá descrever minuciosamente os bens, especificando suas características, como marca, estado de conservação, acessórios, funcionamento, quilometragem e as que forem relevantes, sendo vedado o depósito dos bens fora do limite territorial da comarca onde foi cumprido o mandado.

As diligências deverão ser cumpridas no horário da 06:00 horas às 20:00 horas, de acordo com o artigo 172 do Código de Processo Civil.

Os oficiais de justiça cumprem sem distinção mandados cíveis e criminais.

Quando cumprem os mandados criminais, principalmente os de busca e apreensão de pessoas ou coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, sempre são acompanhados pela autoridade policial (civil, militar ou federal) ou no caso de pedido feito por particular, pelo solicitante.

#### **5.1.6- HORÁRIO PARA CUMPRIMENTO DA BUSCA E APREENSÃO**

Segundo José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª edição, Editora Malheiros, fls. 439/440) dia é o período das 06:00 horas da manhã às 18:00, ou seja, “sol alto, isto é, das seis às dezoito”, esclarecendo Alcino Pinto Falcão que durante o dia a tutela constitucional é menos ampla, visto que a lei ordinária pode ampliar os casos de entrada na casa durante aquele período, que se contrapõe ao período da noite.

Para Celso de Mello, deve ser levado em conta o critério físico-astronômico, como intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo.

Guilherme de Souza Nucci entende da mesma forma ao afirmar que noite “ é o período que vai do anoitecer ao alvorecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte.”

A Constituição Federal vigente, o Código Penal e o Código de Processo Penal não fazem referência quanto aos dias da semana em que se podem cumprir mandados de busca e apreensão, se houver fundadas razões e urgência da medida, a medida se tiver de ser cumprida num sábado ou domingo, não encontrará óbices.

Foi o caso de um pedido de busca e apreensão deferido de jornais elaborados por torcida organizada de determinado time de futebol, à qual veicularia com a distribuição no sábado, junto à Boca Maldita e no domingo, em frente aos portões do estádio de futebol, agressões a diversas pessoas, inclusive o requerente, fazendo alusões pejorativas, injuriosas e incita os torcedores a condutas violentas em relação à integridade física do requerente.

E de fato, o exemplar juntado atribuía em diversas passagens ofensas à pessoa do requerente, e incitando os torcedores à violência ao pedir-lhe “escorracem os...”

## **6- BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA**

### **6.1- PRERROGATIVAS DO ADVOGADO**

A atividade advocatícia como profissão de cunho público e social já aparecia no Código de Manu, passando pelas Instituições de Justiniano, a Lei das XI Tábuas, O Digesto e as Ordenações Filipinas.

A doutrina brasileira aponta a data de criação da advocacia em 11 de agosto de 1827, em Olinda e São Paulo, pois até antes, “mercê do alvará de 24 de julho de 1713, qualquer pessoa idônea ainda que não formada poderia advogar, fora da Corte, tirando Provisão”. (Lobo, Paulo Luiz Neto. Comentários ao novo Estatuto da Advocacia e da OAB, Brasília: Brasília Jurídica, 1994, p.20)

Em seguida foi criado em 1843 a Fundação do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil. No ano de 1930, adveio a Ordem dos Advogados do Brasil pelo Decreto nº 19.408. Em 1963, pela Lei 4.215, foi criado o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

O legislador no artigo 142, inciso I do Código Penal excluiu o crime de calúnia, mencionando apenas que não constitui injúria ou difamação a ofensa irrogada em juízo entre parte e procurador.

A imunidade judiciária permite que o debate judicial seja pelo menos possível entre as partes e os seus procuradores, atendendo o Princípio da Oralidade.

Outrossim os Magistrados entendem que não são partes, pois feriria a característica da imparcialidade. Eventualmente essa imunidade judiciária poderia alcançar o juiz, quando estiver numa situação peculiar como parte. Quando for

alegada a exceção de suspeição e a parte ou seu procurador alegam e apontam eventual injúria ou difamação.

No caso ele não está fazendo na atividade de juiz mas o juiz como parte na exceção de suspeição. Haveria a possibilidade de invocar a imunidade judiciária. Só pelo fato de dizer que o juiz está sendo parcial já é uma injúria.

A Lei 8.906/94 estabeleceu a imunidade material para o exercício da profissão da advocacia, também denominada de imunidade judiciária, excluindo o crime de calúnia.

Diz o artigo 2º, § 1º: “No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.”

Ainda o artigo 7º, § 2º, preceitua que o “advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.”

Em matéria processual prescreve o § 3º, do artigo 7º que “o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.” Esse inciso, preceitua que o flagrante deve ser lavrado com a presença de representante da OAB, sob pena de nulidade, quando ligado à profissão e nos demais casos comunicação expressa à seccional da OAB.

A Associação dos Magistrados Brasileiros –AMB, ingressou com a ADIN 1127 e 1105 questionando vários artigos do Estatuto da OAB inclusive com relação a eficácia do termo “desacato”, previsto no artigo 7º, § 2º, e integralmente o disposto no inciso IV, do mesmo artigo.

No julgamento realizado em 17/05/2006, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “desacato”, ficando vencidos os Ministros Marco Aurélio Melo e Ricardo Lewandowski, já que ambos mantinham a integralidade do preceito.

O Superior Tribunal de Justiça tem interpretado restritivamente a imunidade no tocante à injúria e à difamação, argumentando que, a prevalecer o conteúdo literal do Estatuto, estar-se-ia criando um privilégio e não uma imunidade, afinal, das carreiras jurídicas seria a única atividade que possuiria imunidade substantiva.

Se a Constituição Federal diz que todos são iguais perante a lei e juízes e promotores, igualmente agentes da Justiça, não possuem referida imunidade, é natural que não possa ser aplicada exclusivamente aos advogados.

Outro argumento contra a imunidade substantiva é que o Estatuto, lei ordinária, estaria negando vigência à proteção constitucional da honra, já que condutas criminosas que ofendessem esse direito individual seriam imunes à ação penal.

O terceiro argumento é de que estaria se criando um “tribunal de exceção”, pois a OAB teria ficado encarregada de apreciar os eventuais “excessos cometidos” nas manifestações dos advogados, mesmo que causem lesões a direitos de terceiros.

Se a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, disposto no artigo 5º, inciso XXXV da CF, logo não será possível que a OAB seja o órgão competente para avaliar tais condutas.

Assis Toledo ensina que “seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor da nobre classe de advogados, imunidade penal ampla e

absoluta nos crimes contra a honra e até no desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão brasileiro, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores.

O nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas” (STJ,HC 4.889, 5ª T., 02.10.1995,v.u.).

No mesmo sentido Ministro Vicente Leal (STJ,RHC 7.829-SP, 6ª T., 06.05.1999,DO 07.06.1999,p. 131).

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo;

“Imunidade judiciária tem por fim assegurar a amplitude da discussão da causa ou defesa de direitos em litígio, mas não é, nem podia ser outorgada indefinidamente:tem o seu limite intransponível na sua própria razão finalística. A locução ‘na discussão da causa’, contida no preceito legal, está precisamente a indicar que a indenidade penal só se refere ao que as partes ou seus procuradores alegam em torno ao objeto da controvérsia (relação jurídica em debate e provas aduzidas), tendo em vista a elucidação e convencimento do Juiz” (HC 496.269-3/1, Caçapava, 5ª. C., rel. José Damião Pinheiro Machado Cogan,09.06.2005,v.u., JUBI 108/05).

A Constituição Federal diz no artigo 133 que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Continuam os advogados usufruindo da imunidade judiciária prevista no artigo 142, I, do Código Penal.

## **6.2-LIMITES DA INVIOABILIDADE DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA**

As Portarias nº 1287/2005 e 1288/2005 editadas pelo Ministério da Justiça regulamentaram a forma de cumprimento da busca e apreensão em escritório de advocacia, quando: houver participação de advogado na prática delituosa ou sob investigação; o advogado estiver na posse do instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito; documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração (art. 2º).

A representação feita por autoridade policial ou Ministério Público conterà:

- a) instrução do pedido com todos os elementos que justifiquem a adoção da medida;
- b) indicação das razões da diligência do local, fundamentadamente, da finalidade, dos objetos que se pretende apreender (art.1º)
- c) Menção se no local funciona escritório de advocacia (art.1º).

A execução da medida obedecerá:

- 1) Comunicação à respectiva Seção da OAB, antes do início da busca, facultando o acompanhamento da execução da diligência (art.1º);
- 2) Leitura prévia do conteúdo do mandado para preposto encontrado no local da diligência;
- 3) Discrição, com meios proporcionais, adequados e necessários;
- 4) Inexistência da presença de pessoas alheias ao cumprimento à diligência;
- 5) *Backup* de suportes eletrônicos, computadores, discos rígidos, bases de dados por perito criminal federal especializado (art.3º).

Após o cumprimento da busca adotar-se-ão as seguintes medidas:

- 1) Comunicação ao magistrado;
- 2) Objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos (art. 4º,§ 2º);
- 3) Faculdade de o interessado extrair cópia dos documentos apreendidos,inclusive dos dados eletrônicos,que não foram objeto de

restituição, mediante justificativa, para evitar o uso protelatório em prejuízo da investigação.

O artigo 7º ensina: “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.”

Por unanimidade os Ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram a constitucionalidade da expressão “e acompanhada do representante da OAB”, ressaltando que o juiz poderá comunicar a OAB para que seja designado representante para acompanhar o cumprimento de mandado de busca e apreensão em caráter confidencial para ser garantida a eficácia das diligências.

O professor David Teixeira de Azevedo opina pelo contraditório prévio no cumprimento da medida de busca e apreensão no escritório de advogado:

“(…) é de ser precedida à busca e apreensão em escritório de advocacia apenas depois de notificado o advogado do pedido formulado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, abrindo-se oportunidade de contrariedade, realizando em toda extensão o contraditório prévio. Ainda que procedente pela presença dos requisitos cautelares da busca e apreensão, o advogado deverá ser intimado a prestar as informações e oferecer os documentos dentro do prazo fixado judicialmente. Se houver descumprimento, aí sim é caso de busca e apreensão.” (“A invasão nos escritórios de advocacia: a corrosão da democracia”, Boletim IBCCRIM, n. 153, ago.2005).

Segundo Rodrigo Carneiro Gomes, a autoridade policial está vinculada aos fatos investigados num determinado inquérito policial e, quando no escritório de advocacia, não poderá violar o sigilo profissional entre advogado e cliente que não seja objeto da investigação, ser considerada ilícita.

## **7-CUMPRIMENTO DE BUSCA E APREENSÃO NA VARA DE INQUÉRITOS POLICIAIS**

A Central de Inquéritos passou a ser Vara de Inquéritos Policiais em decorrência do artigo 254, alínea d, do atual Código de Organização e Divisão Judiciárias do Paraná (Lei 14.277/2003). A Vara de Inquéritos Policiais controla os inquéritos policiais, demais peças informativas e outros procedimentos de natureza criminal ainda não distribuídos, de competência das varas criminais não especializadas e dos Tribunais do Júri, abrangendo o serviço do Plantão Judiciário, sendo o escrivão responsável pela organização sob a supervisão do juiz.

As delegacias de polícia e interessado encaminharão os feitos acima ao Distribuidor Criminal que os remeterá à Vara de Inquéritos para apreciação.

Protocolado o comunicado de flagrante à Vara de Inquéritos, o funcionário ou estagiário habilitado, registrará e encaminhará concluso para homologação. Estando o flagrante isento de vícios, o magistrado homologará, encaminhando os autos ao Ministério Público para ciência. Após, aguardar-se-á o encaminhamento do Inquérito Policial dentro dos prazos estabelecidos pelo Código de Processo Penal.

Enquanto não houver oferecimento de denúncia, poderá o indiciado se valer das contracautelas processuais, quais sejam, requerer o relaxamento do flagrante, liberdade provisória com ou sem fiança, no caso de ter sido preso em flagrante.

Outras contracautelas seriam a revogação de prisão preventiva e a revogação de prisão temporária bem como eventuais prorrogações.

Todas as medidas judiciais em inquéritos policiais e demais procedimentos que não comportem distribuição ou remessa às varas criminais, compete à Vara de Inquéritos Policiais.

A maioria dos pedidos são feitos em apartado, principalmente quando houver restrição a direito fundamental, em pedidos de busca e apreensão, pedidos de prisão, interceptação telefônica, quebra do sigilo fiscal e bancário, dentre outros, são levados à apreciação do magistrado, pelo Princípio da Reserva de Jurisdição.

Para não prejudicar as investigações, o pedido de busca e apreensão em autos apartado ou no Inquérito Policial somente é deferido ao investigado, após o efetivo cumprimento.

Quando do oferecimento de denúncia os autos de Inquérito e o pedido são remetidos à uma das varas criminais.

O cumprimento das buscas e apreensões na maioria são acompanhados de Oficiais de Justiça (07 oficiais lotados na Vara de Inquéritos), salvo em casos excepcionais. Como a segurança pública encontra-se carente de efetivos policiais, as buscas e apreensões domiciliares, estendido aos escritórios de advocacia, são previamente agendadas.

Quando há pedido de prisão temporária e preventiva cumulado com o pedido de busca e apreensão, elas são cumpridas simultaneamente, isto porque as buscas serão realizadas na residência ou onde encontrem-se os representados.

Os órgãos públicos e as entidades de classe são comunicados acerca do cumprimento das buscas e apreensões para fins de ciência e no interesse do acompanhamento das diligências.

Havendo pedido de busca e apreensão e o cumprimento resultar infrutífero, se houver interesse da autoridade policial, aguarda-se sua manifestação, caso contrário, arquivam-se na Vara.

Não constitui crime de violação de domicílio, o oficial de justiça que cumpre determinação judicial, pela excludente do estrito cumprimento do dever legal.

## 8- CONCLUSÃO

Segundo o entendimento do ex Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Celso de Mello, no “Hábeas Corpus” nº 82.788, publicado no Diário da Justiça em 02/06/06: “para os fins da proteção jurídica a que se refere o art.5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (Nelson Hungria).

No mesmo sentido, a Constituição Federal ao estabelecer a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X), e proibir o ingresso em casa alheia sem o consentimento do morador ou sem autorização judicial, exceto nos casos de flagrante delito, de desastre ou para prestar socorro (art. 5º, XI), banuiu do nosso ordenamento jurídico a busca e apreensão sem mandado, embasada na “fundada suspeita” do policial. A extensão da proteção foi inegavelmente ampliada, já que é inviolável não só a “casa” ou o “domicílio”, mas “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem” de cada cidadão.

A fim de que não desapareçam as provas do crime, a autoridade policial deve apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o delito. O art. 240 do Código de Processo Penal relaciona ainda objetos e pessoas que podem ser objeto da busca e apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas as razões a autorizarem. Embora a busca e apreensão esteja

no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.

No âmbito da advocacia, 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.

O que existe é uma ordem judicial na modalidade de busca e apreensão cujos requisitos estão no art. 243 e seguintes do Código de Processo Penal e que falhas pontuais e isoladas na representação por buscas ou na expedição de mandados não geram qualquer nulidade ou prejuízo, desde que haja a fundamentação exigida constitucionalmente pelo art. 93, inciso IX, da CF/88, é legítima e válida a diligência e prova produzidas, respeitado o sigilo e a garantia do exercício da advocacia.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência(tentativa de sistematização)**. 4ª edição, Malheiros Editores, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo, Saraiva, 2002.

BRANCO, T.C. Inviolabilidade domiciliar, buscas e apreensões e prisão em flagrante. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Nova série. Ano 7. n.14. Julho-dezembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82788-RJ. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 12/04/05, publicado no Diário da Justiça em 02.06.2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 2, Parte especial: dos crimes contra a pessoa a Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art.121 a 212), 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo, Saraiva, 1997.

CORREIA, Regina Maria. **Da prática penal: síntese da doutrina, jurisprudências, formulários**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. ver., atual. e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOSCHINI, Caetano. **Sistema del diritto processuale penale**. Vol. I, pág. 467.

GOMES, Luiz Flávio. Direito processual penal. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2005, Vol. 6.

GOMES, Ricardo Carneiro. Invasão de escritórios. Requisitos dos mandados e apreensão. Trata-se de medida cautelar, antecipatória para garantir a subsistência da prova. Não há mandado genérico. Artigos produzidos por delegados federais. Disponível em: <<http://www.fndpf.com.br/materia.asp?id=86>> Acesso em: 04 de abril de 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo, Saraiva, 1991.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo, Malheiros, 1993.

LEMER JÚNIOR, James Thompson. **Busca e Apreensão (Processo penal)**. Curitiba, 1991. Dissertação apresentada no curso de especialização em Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

LOPES, Maria Stella Villela Souto. **ABC do Processo Penal**. 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice*. 1932. vol.3,p. 530.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 8ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Processo penal cautelar e polícia judiciária. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4586>> Acesso em 28/08/2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

TAMURA, Clóvis Yoshikazu. **Busca e Apreensão no Processo Penal**, 2002. Monografia apresentada no Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. 1º Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora de Comércios de Livros Ltda.: 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II, 41ª edição, Forense, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 18ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do Corpo de Delito no Direito Processual Brasileiro**. Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição, Malheiros Editores Ltda., 2000.

VIANNA, M.S. Procedimentos cautelares. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/03de2005/procedimentoscautelares\\_marcelovianna.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/03de2005/procedimentoscautelares_marcelovianna.htm)> Acesso em: 08 de out. 2007.