

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):
Primeiramente, cumpre sintetizar as alegações da
Impetrante. A Ordem dos Advogados do Brasil sustenta:

a) nulidade do decreto de busca e apreensão
proferido pela autoridade apontada como coatora,
a Min. Eliana Calmon, do Superior Tribunal de
Justiça, relatora do Inquérito nº 544/BA, por
alegada falta de fundamentação e excessiva
generalidade;

b) nulidade do mandado de busca e apreensão, em
razão da ausência de expressa referência ao fato
de tratar-se de diligência a ser efetuada em
escritório de advocacia do paciente; e

c) nulidade advinda da apreensão de documentos e
de arquivos de clientes do paciente e da
sociedade de advocacia que integra, sem qualquer
pertinência ao objeto das investigações e sem que
houvesse ordem expressa da autoridade coatora
para tanto.

Primeiramente, observo que a decisão de busca e
apreensão - que, em conjunto, também decretou a prisão do
paciente - é confusa e tem fundamentação deficiente. Tanto
é assim que essa mesma decisão já foi objeto de
desconstituição em parte, por esta Corte Suprema, com a
soltura de eventuais investigados presos preventivamente,
inclusive do paciente deste *Writ*.

Conquanto, naquilo que importa discutir nos

presentes autos - fundamentação de decreto de busca e apreensão -, verifico que, embora vaga, ela seria suficiente para a manutenção do ato, não fossem outros vícios a atingirem. A decisão justifica a medida de busca e apreensão "residencial" na necessidade de coleta de provas e na existência de indícios trazidos aos autos pela autoridade policial, dando conta da presença de elementos a justificar a medida. Os argumentos trazidos pela autoridade policial foram *ipsis verbis* mantidos pelo Ministério Público Federal e pela Ministra Relatora.

Não é caso de se dar pela inexistência de fundamento da decisão de busca e apreensão, até por que, como já decidiu esta Corte, fundamentação deficiente não é ausência de fundamentação.

Verifico, também, que a decisão de busca e apreensão é, de fato, assaz genérica, por não explicitar quais documentos e papéis se desejava buscar e juntar aos autos principais. Limitou-se a permitir o recolhimento de tudo o que viesse a ser reconhecido como de interesse para a conclusão das investigações. Isso seria possível se não fosse o caso de seu cumprimento não em residência, mas em escritório de advocacia.

Ao permitir a recolha de tudo o que viesse a ser de interesse para a investigação, a Ministra Relatora delegou ao policial federal executante da ordem o juízo de valor para aferir, caso a caso, se este ou aquele documento era, ou não, de importância para o objeto da investigação. Considerando que se tratava de processo que corria em sigilo, era no todo difícil, senão impossível, ao Delegado de Polícia executante e aos seus agentes saber se este ou aquele documento, CD ou HD era importante para a melhor compreensão dos fatos.

Aplicável a observação do Min. Marco Aurélio no Mandado de Segurança n.º 23.454, DJ 23.4.2004, acerca deste tema: "Os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão não de estar no ato que a determine, discrepando, a mais não poder, da ordem jurídica em vigor delegar a extensão à autoridade policial."

Contudo, impende observar que é no todo impossível prever a amplitude da prova material que porventura será encontrada durante uma diligência. Não é razoável exigir do magistrado que especifique na decisão tudo o que poderá ser de interesse para o feito e que deve ser objeto de apreensão. Alguma generalidade será sempre necessária, sob pena de frustrar-se toda e qualquer medida desta natureza.

No caso concreto e, em que pese ao fato de que a decisão tenha fundamentado o deferimento do pedido de maneira geral, a especificidade mínima poderia ser observada. Esta é a redação da decisão, naquilo que importa: "(...) podendo proceder à arrecadação dos elementos de prova, ainda que se trate de material em meio óptico, agendas, celulares, HDs, disquetes, CDs, DVDs, etc., bem como dos bens ou materiais que se apresentem como produtos de crime".

Trata-se de mandado de busca e apreensão em branco, como denominou o Ministro Nelson Jobim no Mandado de Segurança n.º 23.454, DJ 23.4.2004, ao reportar-se ao art. 240 do Código de Processo Penal. Assim referiu-se: "A busca e apreensão pode ser, digamos, em preto, no sentido de explicitar o que se busca, e em branco, aberta no sentido de se 'descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu', tendo em vista o objeto geral da investigação".

No mesmo sentido, naquele julgamento, o Ministro

Sepúlveda Pertence assim asseverou: "Obviamente não se faz busca e apreensão para dizer: para apreender o cheque número tanto. Isso, realmente, iria inviabilizar qualquer investigação. Mas é preciso haver a determinação do escopo da diligência."

Tenho que este seria o caso, uma vez que a Ministra Relatora indicou a prova que desejava ver recolhida, sem especificá-la. Apenas não o é por que, equivocadamente, a diligencia foi executada no endereço indicado na decisão, que, todavia, não se tratava de residência, como ali consignado, e, sim, de escritório de advocacia.

É claro que a busca e apreensão que não especifica o objeto a ser encontrado restringe os direitos fundamentais de algum modo, mas não anula as garantias constitucionais envolvidas - princípio que garante a proteção da intimidade (art. 5º, X, da CF), da inviolabilidade do sigilo da comunicação de dados (art. 5º, XII, da CF) e da inviolabilidade domiciliar do paciente (arts. 5º, XI e 93, IX, da CF). Parece-me claro que as restrições a este direito são justificáveis no caso da realização da busca e apreensão, quando se permite ao Estado restringir direitos fundamentais em razão do dever da segurança, e em virtude de sua função investigativa que se manifesta como consequência do próprio poder do Estado.

O mesmo não se pode dizer das garantias relativas ao exercício da profissão. A não especificação do que deva ser recolhido em busca e apreensão ofende a garantia constitucional que permite o livre exercício da profissão de advogado.

Dessa forma, não vejo como reconhecer a nulidade do decreto, haja vista inexistirem nulidades na pouca

explicitação dos objetos a serem recolhidos durante a realização do ato, e por estar o decreto mal fundamentado, mas com alguma fundamentação. Por outro lado, é fácil perceber a nulidade de sua execução, porquanto o endereço ali noticiado não era residencial, mas, sim, profissional, e a busca e apreensão em escritório de advocacia reclama uma especificidade muito maior, que não foi obedecida.

Não seria o caso de ver qualquer nulidade em razão da não especificidade do mandado de busca e apreensão, estivesse ele dirigido a um local específico - residência - e encartado no contexto mesmo da investigação que se realizava. Não foi o caso, pois o local era espaço de exercício profissional e não houve, no mandado, a especificação necessária.

E nem poderia, pois Ministra, Ministério Público e Polícia sequer sabiam que ali não se tratava da residência do paciente e, sim, do seu local de trabalho.

Verifico que a busca e apreensão, não obstante constar do mandado judicial que o correspondente endereço seria "residencial", realizou-se em escritório de advocacia e sem as cautelas necessárias.

Analisando a alegada nulidade oriunda desse fato, assim manifestou-se a relatora do Inquérito nº 544/BA, Min. Eliana Calmon:

"b) em referência às medidas constritivas de busca e apreensão de bens, a Polícia Federal apresentou, quando solicitou diligências, endereço que segundo levantamento feito era o endereço residencial do ora paciente, constatando-se, quando da diligência, ser o endereço do escritório, onde foram apreendidos documentos, HDs e CDs, os quais estão à disposição do paciente ao término das análises procedidas pela Polícia Federal, como tem ocorrido com os demais indiciados.
[...]

c) em relação às buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal, teve este juízo conhecimento, pelo paciente, quando foi ouvido neste juízo, de que a busca se realizou no escritório, oportunidade em que o Delegado da Polícia Federal, presente ao ato, disse que a diligência realmente foi realizada em um endereço residencial, mas constatou-se, na oportunidade da operação, que se tratava de um escritório" - (fls. 330/331).

Percebo que, do pedido formulado pelo Ministério Público, consta que a busca e apreensão deveria ocorrer na RESIDÊNCIA do advogado Ulisses Cesar Martins de Souza, mas vislumbro que o endereço constante da peça (fl. 54) é idêntico ao registrado na OAB/MA como sendo o do respectivo escritório de advocacia.

Sobre tal ponto, há, nos autos, certidão lavrada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Seccional do Maranhão, confirmando o que se constatou, nos seguintes termos:

"Certifico, para fins de direito, que a Sociedade Advocatícia denominada '**ULISSES SOUSA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C**', é registrada nesta Seccional sob o nº 110, desde 07 (sete) de agosto de 2003 (dois mil e três), conforme consta no Livro B-02, de Registro Integral de Títulos, Documentos e outros papéis, às fls. 182, e que é inscrita no CNPJ nº 05.831.389/0001-30, tendo sede situada **na Rua das Jaçanãs, qd. 12, lote 05, Ponta do Farol, nesta cidade**, estando neste endereço desde a data de inscrição junto a esta Seccional. **CERTIFICO**, ainda, que a referida Sociedade encontra-se em dia com suas obrigações junto a esta Seccional. O referido é verdade. Dada e passada aos 28 (vinte e oito) de maio de 2007. eu, Diretor da Divisão de Cadastro, subscrevo, dato e assino a presente certidão que vai visada pelo Presidente, com a validade de 60 dias" - (doc. 3, fl. 22).

Observo, também, constar destes autos que somente ao chegarem ao local de cumprimento da diligência os integrantes da Polícia Federal perceberam que não se tratava de residência de Ulisses Cesar Martins de Souza e,

sim, de escritório de advocacia. Na tentativa de validar a prova, contataram um representante da OAB/MA, que acompanhou a diligência, conforme prescreve o art. 7º, II, do EOAB (Lei n.º 8.906/94).

Houve erro da autoridade policial que desejava realizar busca e apreensão em residência do investigado e, equivocadamente, indicou endereço onde funcionava seu escritório de advocacia, o qual, por sua vez, era partilhado com outros advogados.

Esse erro foi absorvido pelo Ministério Público Federal, que incluiu tamanho equívoco em petição submetida à Ministra relatora, a qual o consignou em decisão de busca e apreensão. O certo é que as autoridades policiais, ministeriais e judiciárias apenas descobriram que o endereço-alvo da busca e apreensão se tratava de escritório de advocacia e não de residência no momento da execução do ato ora impugnado.

Sobre essa questão é interessante verificar o posicionamento desta Corte quando não se verificam balizas claras para a execução de mandados de busca e apreensão. A indefinição do local de busca tem sido um parâmetro utilizado pelo STF para impugnar decretos dessa natureza. Nesse sentido, Ministro Marco Aurélio, no Mandado de Segurança n.º 23.454, *DJ* 23.4.2004:

"...tem-se não só a respaldar a concessão da ordem, da segurança, a falta de balizas a serem observadas pela autoridade policial, no que se determinou a busca e apreensão com a cláusula 'em qualquer empresa, escritório, depósito ou local do trabalho das pessoas naturais mencionadas, bem como dos sócios do Banco Marka - e vem a extensão da medida - 'onde a critério da autoridade policial, haja indícios de que possa ser localizados documentos relativos às atividades profissionais, financeiras, contábeis ou comerciais dessas pessoas físicas e jurídicas' - como

também a falta de fundamentação do ato. Nada se disse sobre as premissas e objeto da extravagante medida que é a busca e apreensão, dificultando e praticamente inviabilizando com isso o direito de defesa. No particular, permita-me o Ministro Celso de Mello subscrever suas douradas palavras sobre a matéria, em boa hora adotadas pelo fiscal da lei maior - o Procurador-Geral da República Dr. Geraldo Brindeiro - e que estão transcritas no relatório deste julgamento."

E no mesmo julgamento, Ministro Sepúlveda Pertence:

"Por outro lado, não bastasse isso, quanto à determinação do objeto da diligência - e aí não há outro documento que esse requerimento do Relator, aprovado em seus próprios termos - é, com todas as vênias, de manifesta inidoneidade processual: quer pela indefinição dos locais da busca, todos eles compreendidos no conceito jurídico de domicílio que o Tribunal considerou apropriado à delimitação das conseqüentes restrições à prova, na Ação Penal 307 (aí por unanimidade de votos), quer pela genérica delegação à autoridade policial, absolutamente insustentável, da seleção da matéria a apreender nesses locais, sequer adstrita ao fato determinado, no qual, como é notório, estaria envolvido pelo menos o primeiro impetrante, controlador do Banco objeto da investigação. Leio para enfatizar mais:

'...documentos relativos às atividades profissionais, financeiras, contábeis ou comerciais destas pessoas físicas e jurídicas.'

Aí cabe tudo: de balanço de SA a cobrança de cartão de crédito, a recibo de motel, desde que contabilizado ...

E prossegue-se:

'*Em qualquer empresa, escritório, depósito ou local de trabalho das pessoas físicas referidas no item 1 acima, bem como dos sócios do Banco Marka onde, A CRITÉRIO DA AUTORIDADE POLICIAL, haja indícios de que possam ser localizados*' - indício de que possam ser localizados, não é da relevância dos documentos - 'documentos relativos às atividades profissionais, financeiras, contábeis ou comerciais destas pessoas físicas e jurídicas.'"

No caso em concreto, não se tratava de indefinição de local, mas de confusão e erro de local, pois a representação policial, a petição do Ministério Público, a decisão judicial e o mandado de busca e apreensão faziam

referência à residência, quando o local se tratava de escritório de advocacia.

É relevante questionar se escritórios de advocacia podem ser alvo de medidas invasivas, e se estas podem ser decretadas todas as vezes que ali possam ser encontrados elementos de prova utilizáveis em feitos criminais e que estão em poder de quem lá exerça suas funções.

Parece-me que o escritório de advocacia não é território indene a qualquer medida judicial constritiva.

A despeito do fato de que a decisão tenha sido ali cumprida, a sua execução, ao menos em tese, não ofenderia princípios constitucionais, uma vez que a restrição desses princípios é constitucionalmente autorizada. Não seria o caso de reconhecer a mitigação injustificada das garantias constitucionais envolvidas, a saber: o princípio que garante a proteção da intimidade (art. 5º, X, da CF), da inviolabilidade do sigilo da comunicação de dados (art. 5º, XII, da CF) e da inviolabilidade domiciliar do paciente (arts. 5º, XI e 93, IX, da CF) pelo fato de o local da execução ser escritório de advocacia.

Conquanto, no caso concreto houve um erro injustificável e insuperável, na medida em que nem magistrada, nem delegado de polícia, nem procurador da república sabiam que ali não era a residência do investigado e, sim, seu escritório profissional. Indicou-se e determinou-se busca e apreensão em endereço profissional por puro erro material. Desejava-se outro local, onde residiria o Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não o seu endereço de trabalho.

Aquilo que eventualmente a autoridade policial buscava recolher não estava ali disponível à apreensão, e isso se configurou na medida em que a maioria dos documentos apreendidos não guarda qualquer relação com o objeto da investigação. Trata-se de papéis referentes ao exercício da advocacia realizado por pessoa jurídica que no local funcionava e que possuía vários sócios, sendo apenas um deles o sujeito passivo da medida invasiva determinada pelo juízo.

Tanto é assim que, em decisão às fls. 386, o Superior Tribunal de Justiça determinou a devolução de todo o material encontrado, firme na justificativa de sua imprestabilidade para o feito de origem, à exceção de dois itens mencionados no auto de apreensão. Os documentos de números 02 e 03, que permaneceram no Inquérito n.º 544, referem-se ao Edital de Licitação da MA-402 e, ao menos em tese, possuem alguma relação com o objeto do feito.

Ao constatar o equívoco, a Polícia Federal deveria ter previamente se reportado à Ministra Relatora, noticiando o fato, para que, dessa forma, pudesse a autoridade judiciária decidir pela manutenção, ou não, da diligência, com especificação daquilo que se deveria buscar, coisa que não foi feita, insistindo-se na prática de ato em local distinto daquele que se desejava.

Nesse ponto, reside a diferença entre busca e apreensão realizada em residência e aquela realizada em local de exercício profissional. Mandado judicial de busca e apreensão em escritório de advocacia não pode ser expedido de modo genérico, em aberto, sem objeto definido, mas, sim, de forma delimitada, restrita ou fechada.

Tanto não é razoável que assim o seja, que foram apreendidos, sem expressa determinação judicial, documentos

e arquivos de clientes do paciente e da sociedade de advocacia à qual pertence (item "c", acima).

A Constituição da República tratou do sigilo profissional de forma principiológica, expressa no inciso XIV de seu art. 5º, nos seguintes termos:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Grosso modo, e nos termos do art. 240 do Código de Processo Penal, a diligência de busca e apreensão é possível para colher qualquer elemento de convicção de interesse para as investigações em curso, esclarecendo o §2º do art. 243 do mesmo Código:

"Art. 243. (...).

§2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quanto constituir elemento do corpo de delito."

Embora não se trate de busca e apreensão empreendida no escritório do defensor do investigado, pois a diligência teria por objeto reunir elementos de convicção sobre eventual cometimento de crime pelo próprio advogado titular do escritório, há de se estabelecer uma ressalva à busca realizada em tais locais. Não é possível determinar busca e apreensão em escritório de advocacia de modo amplo, mesmo sendo o advogado investigado.

É de se considerar que a proteção conferida pela Constituição da República ao sigilo profissional visa a conferir amplitude à defesa do indiciado ou acusado, não devendo, porém, ser aclamada com o fito de acobertar eventuais delitos praticados pelo impetrante. Havendo indícios contundentes de que o material objeto da busca se

relaciona com o crime objeto da investigação, o princípio do sigilo deve ceder para que o Estado possa buscar os elementos que lhe permitam exercer de forma eficaz o seu *jus puniendi*.

Não pode o Poder Público prescindir dos meios necessários para o esclarecimento dos fatos que evidenciam ofensa a bens jurídicos protegidos, ainda que estes se encontrem em escritório de advocacia, mas não é razoável mitigar o exercício da profissão de defensor de direitos e garantias à conta de um Estado Policial.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes alerta que, *entre "o sigilo profissional e o interesse na apuração dos crimes prepondera pela lei vigente o sigilo profissional. Mas sempre? Não. Esse sigilo cede quando o juiz autoriza por mandado a busca e apreensão de documentos relacionados com um determinado crime, assim como com uma determinada pessoa. Tudo pertinente a esse fato e a pessoa investigados pode ser apreendido. Fora isso, em escritório de advogado, nada mais pode ser objeto da apreensão. Vale o sigilo."*

Vê-se que escritório de advocacia pode ser alvo de busca e apreensão. Todavia, para que as provas sejam consideradas válidas, ou lícitas, é necessária a observância dos limites impostos pela autoridade judicial. Não é jurídica nem se justifica em um Estado Democrático de Direito uma devassa indiscriminada para recolher objetos que nenhum interesse possuam para a causa.

No caso em apreço, a busca e apreensão cumprida no escritório de advocacia de Ulisses Cesar Martins de Souza, apesar de constar do pedido, da decisão e do mandado o endereço como sendo o da respectiva residência, deu-se sem o conhecimento prévio da Ministra Relatora do Inq. 544/BA, uma vez que se desejava, conforme consignado no

mandado, realizar busca e apreensão de residência.

Lembro mais uma vez que, dos documentos apreendidos, apenas dois permanecem no corpo dos autos do Inquérito 544. Os demais itens, com diversos documentos, referentes às empresas de construção Camargo Correia e Norberto Odebrecht, nenhuma relação possuem com o feito, tendo sido devolvidos pela Autoridade Judiciária ao escritório profissional. A diligência se deu sem delimitação mínima de objeto, o que acarretou a nulidade das "provas" apreendidas.

Dessa forma, reconheço a nulidade procedimental, pelo fato de os integrantes da Polícia Federal terem procedido à diligência sem a anterior e indispensável comunicação do equívoco, quanto à natureza do local de cumprimento, à Ministra Relatora, o que não propiciou a Sua Excelência a oportunidade de delimitar o objeto do mandado judicial de busca e apreensão.

Assim, considerando a relevância que o assunto possui em relação aos limites investigatórios permitidos em nossa ordem constitucional, defiro a ordem de *habeas corpus*, para declarar a nulidade das "provas" apreendidas no escritório de advocacia do paciente Ulisses Cesar Martins de Souza, devendo estas ser desentranhadas dos autos do Inquérito 544 e a ele devolvidas, sem que se possa usar qualquer de suas informações na investigação, em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado.

É como voto.