

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO
ESTADO FRENTE À BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE
ADVOCACIA**

Bianca Tortola Rodrigues Matheus

Presidente Prudente/SP
2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO
ESTADO FRENTE À BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE
ADVOCACIA**

Bianca Tortola Rodrigues Matheus

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2011

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO FRENTE À BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

Orientador

FLORESTAN RODRIGO DO PRADO

Examinador

ANDRÉ LUIS FELÍCIO

Examinador

Presidente Prudente, 17 de novembro de 2011.

“Quando o Direito ignora a realidade, a realidade passa a dar o troco e ignorar o Direito – e nada pode ser mais destrutivo às pretensões pacíficas da jurisdição”.

Ministro Carlos Ayres Brito

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por permitir a conclusão deste trabalho, como símbolo da conclusão de mais uma etapa da minha vida.

Aos meus pais e a minha irmã pelo incentivo e compreensão, além de toda a dedicação que sempre tiveram comigo.

Ao meu orientador, professor Rodrigo Lemos Arteiro, excelente docente, que me despertou o amor pelo processo penal, e me auxiliou de forma bastante satisfatória, fornecendo subsídios para a realização deste trabalho.

Aos meus examinadores, Dr. André Luis Felício e Professor Florestan Rodrigo do Prado, pessoas por quem tenho profundo respeito e admiração, agradeço por terem aceitado participar deste momento comigo.

Às minhas amigas, em especial Magali Forato Branquinho que sempre me apoiou e me incentivou na elaboração deste trabalho.

Em suma, agradeço a todos que de uma forma ou de outra contribuíram para a concretização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo do princípio da proporcionalidade e a sua aplicação na busca e apreensão em escritório de advocacia. Analisa os limites e a colisão entre os direitos fundamentais. A pesquisa desenvolve as duas vertentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a proibição de excessos e a proibição da proteção deficiente ou insuficiente. Por meio da primeira, o Estado é limitado em seu poder punitivo, já na segunda, se obriga a proteger o indivíduo. O tema da pesquisa se insere em uma análise da atividade da advocacia, sob o prisma de seus direitos, em especial da inviolabilidade do escritório e do local de trabalho do advogado. O trabalho expôs o crime organizado e sua crescente atuação, além da dificuldade do Estado em desestruturar os grupos organizados, em razão de atuarem auxiliados pelos recursos da tecnologia e da globalização. Nesse contexto, o trabalho se volta à aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente na execução da busca e apreensão em escritório de advocacia, aplicando o citado princípio com o intuito de possibilitar a violação do escritório de advocacia para buscar e apreender provas contra o cliente, na hipótese de indícios da prática de crime organizado. O trabalho expôs que ante a criminalidade organizada, o Estado não pode se omitir e deixar de garantir segurança à sociedade.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Proibição de Excessos. Proibição da Proteção Deficiente. Crime Organizado. Busca e Apreensão. Inviolabilidade do Escritório de Advocacia.

ABSTRACT

The present work deals with the study of the principle of proportionality and its application in search and seizure in law firm. Examines the limits and the collision between the fundamental rights. The research builds on the two strands of the proportionality principle, namely, the prohibition of excess and the prohibition of deficient or insufficient protection. Through the first, the state is limited in its punitive power, in the second, undertakes to protect the individual. The research topic is inserted in an analysis of the activity of law through the prism of their rights, in particular the sanctity of the office and work of the lawyer. The work exposed the organized crime and its increasing activity, besides the difficulty of the state in disrupting organized groups, due to act aided by the resources of technology and globalization. In this context, the work turns to the principle of prohibition of weak protection in the execution of search and seizure in law firm, applying the said principle in order to allow the violation of the law firm to search for and seize evidence against the client in the event that evidence of the practice of organized crime. The paper stated that in the face of organized crime, the state must not overlook and fail to provide security to society.

Keywords: Principle of Proportionality. Prohibition of Excess. Inadequate protection of Prohibition. Organized Crime. Search and Seizure. Inviolability of the Office of Advocacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	11
2.1 Os Limites aos Direitos Fundamentais	12
2.2 A Colisão entre Direitos Fundamentais	15
3 DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NORMATIVOS	17
4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	21
4.1 O Princípio da Proporcionalidade Pró-indivíduo	23
4.2 O Princípio da Proporcionalidade Pró-Estado	25
5 A ATIVIDADE DA ADVOCACIA	27
5.1 Direitos do Advogado	28
5.2 Das Inviolabilidades	32
5.2.1 Da inviolabilidade do escritório de advocacia	36
5.2.1.1 Das exceções	37
6 O CRIME ORGANIZADO	39
8.1 A Origem do Crime Organizado	39
8.2 Da “lavagem de dinheiro”	43
8.3 Definição	45
7 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	47
7.1 Do Aproveitamento da Prova Ilícita	49

7.2 O Crime Organizado no Âmbito Processual Penal	51
8 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME ORGANIZADO	55
9 DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA ...	58
9.1 Busca e Apreensão de Provas Contra o Cliente	59
10 CONCLUSÃO	61
BIBLIOGRAFIA	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objeto de estudo a busca e apreensão em escritório de advocacia à luz do princípio da proporcionalidade, princípio este, muito utilizado para garantir a boa aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

O método utilizado foi o indutivo, por ser o método mais adequado, uma vez que busca o meio geral como produto final. Foi feita uma análise sobre as verdades que não estavam nas premissas, chegando a conclusões verdadeiras.

A metodologia utilizada foi fundada no conhecimento da experiência.

O presente trabalho teve importante relevância jurídica, haja vista que tratou da segurança do corpo social, que é assegurada constitucionalmente.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, obrigou o Estado a oferecer ao cidadão a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Mas, apesar de resguardada constitucionalmente, a segurança não vem sendo garantida a todos. O medo de cometer excessos, no sentido de reprimir a criminalidade, vem se tornando cada vez maior, e muitas vezes acaba anulando o *jus puniendi* do Estado.

Nesse contexto, surgiu o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente, princípio constitucional implícito, derivado do princípio da proporcionalidade, no entanto, na vertente pró-acusação. Através dele, pretendeu-se garantir ao Estado o exercício do poder punitivo, no sentido de que nem todas as atitudes punitivas são excessos.

Por esse princípio, estabeleceu-se que alguns direitos poderão ser arrancados do cidadão para que o Estado possa combater o crime, desse modo, haverá uma ponderação de direitos, uma análise complexa sobre qual direito “vale mais”, cabendo ao magistrado decidir.

O trabalho tratou da possibilidade de cercear alguns direitos em razão de outros, como no caso da busca de provas contra o cliente em escritório de advocacia, visando um combate mais eficaz ao crime organizado.

Desta feita, buscou-se a possibilidade de colocar em prática o poder punitivo do Estado e de garantir ao corpo social o direito à segurança.

Em se tratando o crime organizado, por ser uma forma de criminalidade que surgiu de forma diferenciada, atuando de forma organizada, mais complexa, menos ostensiva, com a possibilidade de distanciamento entre autor e vítima, aproveitando-se dos meios tecnológicos e da globalização, enfatizou-se a situação do Estado como parte mais fraca nessa relação e a sociedade como a parte mais lesada.

O presente trabalho pretendeu analisar o princípio da proibição da proteção deficiente e a sua incidência na busca e apreensão em escritório de advocacia, a fim de abrir possibilidades para a quebra da inviolabilidade do escritório de advocacia, com o intuito de combater o crime organizado.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais protegem valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e para se chegar ao Estado Democrático de Direito de hoje, os direitos passaram por gerações (BOBBIO, 2004).

A primeira geração de direitos teve início com os movimentos do Iluminismo, do Jusnaturalismo e, com a Revolução Francesa que em 1789 procedeu à criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dando origem ao Estado Liberal.

Fazem parte dessa primeira geração os direitos individuais, marcados pela prestação negativa do Estado (obrigação de não fazer), pela liberdade exercida contra o Estado e pela limitação do poder exercido pelo Estado frente ao cidadão. Os direitos individuais são os direitos de liberdade clássicos, sendo eles a liberdade propriamente dita, a propriedade, a vida e a segurança.

A segunda geração, por sua vez, é caracterizada pelos direitos sociais, determinados pelas ações motivadas a atender os ideais de Justiça. O Estado se obriga a uma prestação positiva em relação ao cidadão, é forçado a agir a fim de conceder tutela. Os direitos sociais surgiram da criação do Estado Social, em meados do século XX, presente nas Constituições Marxistas e na Constituição de Weimar.

Os direitos de terceira geração estão voltados para os direitos coletivos, econômicos, sociais e culturais, onde não mais se pretende a proteção individual, mas sim uma proteção dos grupos de indivíduos, pretende a proteção da sociedade como um todo, como nação.

Há discussões doutrinárias apontando a quarta geração de direitos, que são decorrentes da evolução da sociedade e da globalização. Segundo o professor Paulo Bonavides, são direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Em relação à terminologia geração, Bonavides explica que não há caducidade entre os direitos, eles não se superam, as gerações apenas definem

uma ordem cronológica, onde os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração formam uma pirâmide, cujo ápice é a democracia (2008, p. 525).

2.1 Os Limites aos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, sendo que os limites a eles decorrem da própria sociabilidade humana (STEINMETZ, 2001, p. 17).

Em razão da variabilidade dos direitos, das mudanças nas condições históricas, do ponto de vista dogmático-constitucional, há modificação no panorama jurídico.

De início, os limites existem em virtude da positividade dos direitos fundamentais, uma vez que são direitos positivos constitucionais. Em um segundo plano, Steinmetz, citando Friederich Müller, leciona que as liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas, sendo assim, são sempre limitadas e determinadas materialmente, ou seja, o limite é decorrente do alcance material; nas palavras de Müller, “a limitação desses direitos fundamentais é determinação desses limites; ela determina o alcance material do direito de liberdade respectivo [...] cada direito fundamental encontra seu limite lá onde termina o seu alcance material” (STEINMETZ, 2001, p. 19). E em terceiro lugar, possuem dupla dimensão, sendo uma subjetiva e a outra objetiva.

Assim, no campo da dogmática dos direitos fundamentais, encontram-se restrições ou limitações legislativas, limites imanentes, concorrência acumulativa e a colisão dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe um extenso rol de direitos fundamentais, tais direitos não possuem hierarquias entre si, sendo protegidos de forma harmônica com os demais valores também protegidos pela Carta Magna.

O fato de não possuírem hierarquia entre si, faz com que frequentemente ocorra a colisão entre os direitos fundamentais, de modo que,

estabeleceu-se, três propostas metodológicas para a solução da colisão de forma racional e intersubjetiva controlável: 1) Steinmetz cita a primeira como a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas; 2) posteriormente como a teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional de Müller; e 3) por fim, o método da ponderação de bens, que se põe em prática a partir do princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2001, p. 21).

A proposta metodológica da subsunção lógica consiste em “um procedimento metódico insuficiente e inadequado” (STEINMETZ, 2001, p. 212).

A teoria estrutural de Müller, por sua vez, prega que os “verdadeiros limites de direitos fundamentais são apenas aqueles instituídos mediante reserva da lei” de forma que “na colisão, o que há é uma sobreposição de âmbitos de vigência, a ser solucionada por uma norma de decisão, resultante da soma e síntese do programa normativo e do âmbito normativo” (STEINMETZ, 2001, p. 212).

A terceira hipótese, que trata da estrutura formal do princípio da proporcionalidade, levando-se em conta principalmente a ponderação de bens, ao ser analisado por Alexy, este afirma que não se trata de apenas um resultado possível e correto, uma vez que é um procedimento aberto, contudo, segundo Steinmetz, “seu resultado pode ser racionalmente fundamentado” (2001, p. 215).

Nesse passo, a partir da análise dos métodos, Steinmetz conclui que “a colisão de direitos fundamentais, in concreto, tem que ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade e fundamentação mediante argumentação jusfundamental¹” (2001, p. 216).

Canotilho ensina que as normas que consagram os direitos fundamentais protegem determinados bens ou domínios existenciais, e esses domínios são apontados de várias formas, sendo algumas delas: o âmbito de proteção, o domínio normativo, o pressuposto de fato dos direitos fundamentais. Diz ainda, que essas normas consagradoras garantem ou protegem os direitos fundamentais como dados reais, que configuram direitos subjetivos, de prestação, processuais e procedimentais, de instituto e garantias institucionais. Para que se

¹Robert Alexy denomina de ‘fundamentação jusfundamental’ a fundamentação máxima da proporcionalidade que toma por base o caráter principal das normas de direitos fundamentais (STEINMETZ, 2001, p. 168-169).

tenha funcionalidade à proteção, criam-se liberdades, prestações, instituições e procedimentos (1997, p. 1222-1223).

O desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais, no plano legislativo infraconstitucional se materializa de duas formas, segundo Steinmetz, como restrição e configuração. As duas se apresentam na forma da lei, de modo que o legislador atua mediante normas legais restritivas e conformadoras (2001, p. 27).

Como restrição, na obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição, J.J. Canotilho anota que:

Entende-se por **normas legais restritivas** aquelas que limitam ou restringem proteções que, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais. As **normas legais conformadoras** completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental (1997, p. 1223).

Ensina ainda, que há uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito com fundamento em uma norma fundamental é de forma direta ou indireta limitada a partir da lei. Tais leis diminuem ou limitam as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito da proteção da norma que consagra esses direitos e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.

Segundo o supracitado autor, a compreensão da problemática das restrições de direitos, liberdades e garantias fundamentais exige uma sistemática de limites, e pressupõe três formas de restrições.

Em um primeiro plano, analisa as restrições diretas ou imediatas de origem constitucional, como sendo aquelas que estão diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais, são positivadas pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos. Em segundo, analisa as restrições estabelecidas por lei, a partir de autorização expressa da Constituição, de modo que os preceitos que garantem os direitos, garantias e liberdades, expressamente, permitem a restrição. E em terceiro, trata dos limites imanentes ou implícitos, ou limites constitucionais não escritos, onde a necessidade de sua existência se postula indispensável à resolução do conflito estabelecido entre os direitos (CANOTILHO, 1997, p. 1234-1235).

No que concerne às normas conformadoras, J.J. Canotilho leciona que elas destinam-se a regulação legislativa, a abrir possibilidades de comportamento através dos quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais, de forma que essa conformação se impõe quando os direitos carecem para seu exercício da “*interpositiolegislatoris*”. O legislador não pode dispor dos direitos fundamentais por meio da conformação, a partir dela, significa apenas a necessidade da lei em garantir o exercício de direitos fundamentais, assim, a conformação dos direitos se impõe como “*tarefa da legislação*” (1997, p. 1224).

2.2 A Colisão entre Direitos Fundamentais

A concorrência de direitos ocorre todas as vezes que um comportamento do mesmo titular preenche aos pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, que pode ser resultante do “*cruzamento de direitos fundamentais*” ou “*acumulação de direitos*” (CANOTILHO, 1997, p. 1227).

A forma de colisão por “*cruzamento*” é aquela em que a conduta do indivíduo está incluída no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. E a partir da “*acumulação*”, determinado bem jurídico determina o acúmulo de vários direitos fundamentais pelo mesmo indivíduo (1997, p. 1227-1228).

Considera-se colisão autêntica de direitos fundamentais, “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (CANOTILHO, 1997, p.1229). Não é o caso nem de “*cruzamento*” e nem “*acumulação*”, mas tem-se aqui, um choque, um conflito entre direitos.

Em sentido impróprio a colisão de direitos ocorre “quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos” (CANOTILHO, 1997, p. 1229).

Segundo Wilson Antônio Steinmetz explica, os direitos colidem porque “não se esgotam no plano da interpretação in abstracto. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou caracterização na vida social. Daí a ocorrência de colisões” (2001, p. 63).

A colisão entre direitos pode ser resolvida por meio da aplicação de princípios ou normas no caso em concreto, o problema encontra-se quando no caso em concreto há colisões entre princípios.

A colisão entre princípios resolve-se pelo sopesamento dos princípios envolvidos, prevalecendo, assim, um sobre o outro, a partir do caráter de ponderação para a decisão.

Nesse sentido, Humberto Ávila ensina que:

[...] não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores diante do caso concreto [...] Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso (2004, p. 53).

Nesse contexto, tem-se que cumpre ao aplicador o direito, interpretar e melhor aplicar a norma-princípio.

3 DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NORMATIVOS

Cumpra estabelecer uma diferença entre princípios e regras, para a realização de uma análise mais profunda a respeito do assunto debatido.

A distinção entre princípios e regras não é uma coisa nova, ambos são normas e dizem o que deve ser. Os princípios são tanto quanto as regras, apenas são de espécies diferentes, podem surgir de “expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição” (ALEXY, 2008, p. 87). Alexy define princípios como:

[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que na medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2008, p. 90).

Em contrapartida, define regras:

[...] regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível” (2008, p. 91).

Assim, Alexy diz que o âmbito jurídico das possibilidades é determinado pelos princípios e regras que colidem, sendo a distinção entre um e outro uma “distinção qualitativa”, e não em graus, de modo que toda norma é ou um princípio ou uma regra (2008, p. 90-91).

O referido autor, então, diferencia regras e princípios a partir do âmbito da colisão. Para ele, se há conflito de regras uma delas deve ser declarada inválida ou deve-se existir uma cláusula de exceção que impeça a colisão, sendo também possível uma escolha entre ambas, com base na importância de cada uma das regras que está em conflito.

De outra banda, a solução para a colisão entre princípios é solucionada de forma diversa, de forma que um dos princípios terá que ceder, no entanto, não significa que o princípio que cedeu será declarado inválido ou deverá ser inserido a ele uma cláusula de exceção. Na colisão entre princípios, um princípio prevalece sobre o outro de acordo com a situação, de modo que é a condição, é o caso que determina a aplicação do princípio. Assim, princípios têm pesos diferentes dependendo do caso.

Nas palavras do autor, “o conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Humberto Ávila, por sua vez, também define princípios como “*deveres de otimização*” que são aplicáveis em vários graus de acordo com as possibilidades normativas e fáticas. E regras como normas que podem ou não ser realizadas, quando uma regra vale, é determinado se fazer exatamente o que ela exige (2004, p. 30). Apresenta alguns critérios para a distinção entre princípios e regras:

Critério hipotético-condicional, por esse critério as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão. E os princípios apenas indicam o fundamento a ser aplicado, para que futuramente, se encontre uma regra aplicável ao caso concreto. As normas apresentam um elemento frontalmente descritivo, enquanto os princípios apenas estabelecem as diretrizes (ÁVILA, 2004, p. 31-32).

Critério do modo final da aplicação, por meio dessa classificação as regras são aplicadas levando-se por base o critério do tudo ou nada, e os princípios são aplicados de forma gradual, mais ou menos. Essa classificação somente se justifica se as questões relacionadas a validade, sentido e subsunção final dos fatos estiverem superadas, uma vez que as características específicas das regras surgem apenas quando são interpretadas (ÁVILA, 2004, p. 39).

O critério do conflito normativo, em relação às regras apresenta solução apenas com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção, enquanto o conflito entre princípios se soluciona a partir de uma

ponderação estabelecida a cada princípio, é atribuído um peso e uma dimensão a cada um deles (ÁVILA, 2004, p. 42-43).

Assim, após essas considerações, é possível concluir que os princípios não determinam a conduta a ser seguida, não estabelece uma ação positiva, estabelecem fins normativos, sendo, portanto, normas finalísticas que apontam para um Estado Ideal a ser perseguido. Quanto às regras, o comportamento a ser seguido é expressamente previsto. A regra possui “*eficácia de trincheira*”, se existem devem ser obedecidas; são normas duras, rígidas (ÁVILA, 2004).

Esclarecida a diferença entre princípios e regras, cumpre analisar o que são os postulados normativos.

Postulados são normas metódicas, que tem por finalidade estruturar, organizar e viabilizar a aplicação dos princípios e regras. Estruturam a aplicação dos princípios e regras por meio da exigência de relações entre os elementos com base nos critérios estabelecidos pelos próprios postulados (ÁVILA, 2004, p. 139). Alguns postulados podem ser aplicados sem que haja critérios ou elementos existentes:

Alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e de critérios específicos: a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento; a concordância prática exige a realização máxima de valores que se imbricam; a proibição de excesso proíbe que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia (ÁVILA, 139-140).

Como citado acima, o postulado mais comumente invocado para viabilizar a aplicação de regras e princípios é o postulado da proporcionalidade, também chamado de princípio da proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (ÁVILA, 2004, p. 140).

Segundo Ávila, “um meio é adequado quando promove minimamente o fim” (2004, p. 140), é necessário “quando não houver mais meios alternativos que

possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados” (2004, p. 141), e “será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais” (2004, p. 141).

O postulado ou princípio da proporcionalidade passou a ser figura de retórica e passou a ser invocado, todas às vezes, em que há restrição a liberdade individual imposta pelo Estado, primeiramente aplicado somente no Direito Administrativo, ganhou força normativa, passou a ser invocado também pelo Estado-Juiz, Estado-Legislator.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade surgiu a partir das ideias de razoabilidade que a doutrina americana pregava, ideias essas, derivadas do princípio do devido processo legal e do próprio princípio da proporcionalidade advindo do direito alemão (BARROSO, 2009, p. 255).

Segundo Steinmetz, é um princípio construído de conteúdo determinado, expressamente valorativo, o explica de acordo com o entendimento de Karl Larenz, como sendo um “princípio jurídico-material”, que segundo o mesmo “decorre diretamente da noção de justiça, da ‘justa medida’, da ‘moderação’, e modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade” (2001, p. 156).

Explica ainda, que à primeira análise, o princípio da proporcionalidade, “parece ser meramente formal, no sentido de que apenas obriga a ponderar, sem indicar critérios materiais para a solução dos conflitos”, no entanto, em decorrência do desenvolvimento histórico, o princípio passou a ter “dupla dimensão”, ou seja, no entendimento do supracitado autor “ao mesmo tempo que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados” (STEINMETZ, 2001, p. 156).

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a doutrina e a jurisprudência constitucional, em especial a alemã, conferiram-lhe hierarquia constitucional.

Paulo Bonavides afirma que foi a partir dos direitos fundamentais que ocorreu a vinculação do princípio da proporcionalidade e o direito constitucional, motivo pelo qual ganhou extrema importância, auferindo prestígio e larga difusão. E Canotilho leciona que o princípio de proibição de excessos (*Übermassverbot*) foi erguido a princípio constitucional, e foi a partir daí que começou a haver o controle dos atos do poder público sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade (1997, p. 267). Assim, foi a partir desses ideais que o princípio da proporcionalidade começou a ter força normativa e passou a organizar os direitos sociais.

Canotilho instituiu o princípio da proporcionalidade como “subprincípio concretizador ou densificador do princípio do Estado de Direito” (1997, p. 160).

O princípio da proporcionalidade é amplamente invocado para dar sustentação a argumentação, de modo que, alguns autores definem que o princípio da proporcionalidade também pode ser chamado de princípio da razoabilidade.

Mendes e Barroso consideram que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade são idênticos, fungíveis ou intercambiáveis. Da mesma maneira, Bandeira de Melo, embora, os definam de forma separada, alega que o princípio da proporcionalidade trata-se de uma faceta, um aspecto específico do princípio da razoabilidade (STEIMETZ, 2001, p. 185).

Humberto Ávila, afirma que há uma diferença de método na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, “enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência à pessoa atingida” (2004, p. 174-175). Explica Steinmetz, que:

[...] no âmbito do direito, dizer que uma decisão é razoável, significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável, mais precisamente, que ela é substantiva ou materialmente aceitável. A razoabilidade diz respeito ao conteúdo, e não à forma (2001, p. 191).

Diz ainda que, considerando os argumentos de Ávila, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não se confundem, bem como afirma que o princípio da proporcionalidade é o adequado para a solução da colisão entre os direitos fundamentais (STEINMETZ, 2001, p. 192).

No mais, o princípio da proporcionalidade contribui para a conciliação do direito formal com o material, sendo que a doutrina busca consolidar tal princípio como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos e garantias fundamentais, por tratar-se de uma garantia fundamental e um princípio geral de direito.

Bonavides constatou a existência de três elementos que governam a composição de tal princípio, sendo eles: a pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. O primeiro elemento examina a adequação, a conformidade ou a validade do fim, com a finalidade de adequar o meio ao fim, prescreve a necessidade de uma medida adequada para atingir o fim escolhido. Já o segundo, analisa que a medida não pode exceder os limites, de forma a ser a medida necessária para a concretização do fim. O terceiro, por sua vez, trata da

proporcionalidade propriamente dita, que recai sobre o meio utilizado no caso específico, onde se leva em conta o conjunto dos elementos que estão presentes na situação (2008, p. 396 a 398). Nesse sentido, explica Canotilho:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à <<carga coactiva>> da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em questão mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <<medida>> ou <<desmedida>> para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (1997, p. 269).

Como dito acima, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita, além de possuir uma “dupla face”, segundo Ingo Sarlet:

[...] o princípio da proporcionalidade possui como que uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção (2009, p. 397).

Assim, o princípio da proporcionalidade atua de forma direta e legítima em face do indivíduo, por meio da proibição de excessos, e em prol ao Estado, a partir da proibição da proteção deficiente.

Após as considerações gerais, cumpre analisar o princípio da proporcionalidade em face de cada vertente.

4.1 O Princípio da Proporcionalidade Pró-Indivíduo

O princípio da proporcionalidade visto pelo âmbito do indivíduo é um princípio normativo implícito, que busca uma relação entre o meio e o fim,

colocando-os em confronto, visando proibir os excessos estatais, limitando o poder do Estado, de modo que, o Estado se autolimita na aplicação de seu poder punitivo.

A Constituição Federal traz um exemplo clássico de limitação estatal, estampada no artigo 5º, inciso LIV, que dispõe que ninguém será processado e julgado sem o devido processo legal.

A atuação positiva do Estado nos deveres de proteção e concessão de tutelas, se obriga a intervir, de forma preventiva ou repressiva, para a efetivação de seus deveres, o Estado, por meio de seus órgãos e agentes, corre o risco de cometer excessos, ou seja, de modo desproporcional pode afetar e violar direitos fundamentais, é nesse âmbito que está presente a vertente do princípio da proporcionalidade pró-indivíduo.

Nessa vertente, os meios que buscam o fim devem ser adequados à proteção do indivíduo em relação aos abusos do Estado. As intervenções estatais devem ser moderadas, no sentido de não provocarem excessos de *jus puniendi*. Nesse sentido, J.J. Canotilho:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo consolidado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. art. 272.º/1). Posteriormente, o **princípio da proporcionalidade em sentido amplo**, também conhecido por **princípio da proibição de excessos** (1997, p. 265).

A vertente pró-indivíduo, também chamada de princípio da proibição de excessos, tem como fundamento base, coibir o Estado, garantindo liberdades individuais aos cidadãos, evitando que aquele cometa excessos em função deste, seja preventivamente, seja repressivamente. Busca assegurar as liberdades clássicas dos indivíduos, uma vez que o Estado é mais forte, mais poderoso em relação ao cidadão.

Sua aplicação, leva em conta os subcritérios da adequação, como controle de viabilidade da aplicação do meio; da necessidade, como opção de meio restritivo menos gravoso; e da proporcionalidade em sentido estrito, manutenção de um equilíbrio, proporção de uma análise comparativa (SARLET, 2009, p. 398). Segundo Ingo Sarlet:

[...] a aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compressão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante [...] a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima (2009, p. 398).

No entanto, o que busca maior ênfase no presente trabalho é o princípio da proporcionalidade na vertente pró-Estado.

4.2 O Princípio da Proporcionalidade Pró-Estado

O princípio da proporcionalidade na vertente pró-Estado, também chamado de proibição da proteção deficiente ou insuficiente é um contraponto à proibição de excessos.

A proibição à proteção insuficiente é uma espécie de garantismo positivo, consubstanciado nas ações estatais, levando em consideração que este não pode deixar de proteger e de cumprir com seu dever. Tem como finalidade a proteção frente às omissões do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais.

A violação ao princípio da proibição da proteção deficiente ocorre quando há total ou parcial omissão do Estado, ou seja, quando este deixa de conceder tutelas.

A aplicação do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção deficiente também ocorre a partir da análise tripartida, que primeiramente analisa se a medida adotada é adequada a satisfazer a proteção de modo eficaz, se positiva a primeira análise, em segundo, averigua se existe uma forma de proteção mais eficiente e menos interventiva nos bens de terceiros, e por fim, verifica se o impacto das ameaças e riscos após a efetivação da medida pode ser tolerada em face da ponderação entre a necessidade de preservar outros direitos e outros bens (SARLET, 2009, p. 399-400).

No caput do artigo 5º da Constituição Federal, o Estado ingerente se obriga a garantir a todos a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

E, ainda, a Constituição Federal instituiu um capítulo somente para tratar da segurança pública, o artigo 144 que abre o capítulo dispõe, expressamente, que é dever do Estado garantir a segurança pública, repetindo o caput do artigo 5º, em decorrência da tamanha importância do tema.

O artigo 144 institui uma série de polícias para garantir a segurança do corpo social. Ademais, o artigo 129, trata das funções do Ministério Público, sendo uma delas zelar pelos direitos assegurados constitucionalmente e promover medidas necessárias para a garantia.

Fazendo uma análise mais profunda nos dispositivos constitucionais, encontrar-se-á, inúmeros artigos tratando das funções de segurança e proteção do Estado.

No mais, a ação estatal não pode deixar de acontecer visando o não cometimento de excessos e violação de direitos, uma vez que, o Estado não age em desacordo com os preceitos constitucionais somente ao cometer excessos e ao agir de forma desproporcional, mas também, há violação aos preceitos constitucionais quando deixa de cumprir com a sua função de punir e reprimir para proteger determinados bens jurídicos.

5 A ATIVIDADE DA ADVOCACIA

A palavra advogado vem do latim *advocatus*, com um sentido próprio de assistente, chamado perante a justiça, patrono, defensor (MAMEDE, 2008, p. 09).

A atividade da advocacia é exercida por profissional habilitado na carreira jurídica, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, cuja atividade é “dar expressão técnica à pretensão de seu representado, permitindo que esta se revista de forma jurídica, hábil a ser aceita ou refutada pelo Judiciário” (MAMEDE, 2008, p. 10).

Mamede citando Arouca define advogado como sendo:

[...] um elemento integrante da organização judicial – como um órgão intermediário entre o juiz e parte, no qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa, se encontram e se conciliam (2008, p. 15).

Uma das características da atividade advocatícia é a parcialidade, de modo que o advogado deve sempre buscar uma decisão favorável ao seu cliente. É claro, porém, que deve sempre manter os limites da licitude, bem como deve utilizar-se de padrões razoáveis.

Em sua essência, a função da atividade da advocacia é tomar parte do cliente, representá-lo, expressar valores e interesses, argumentar em seu favor, defendê-lo.

O advogado deve respeitar os limites impostos pela Lei e pela ética, no entanto, não busca a verdade dos fatos, concretiza seu trabalho para a solução mais favorável possível, a decisão buscada deve ser justa ao seu cliente.

A Constituição Federal em seu artigo 133 dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Dessa regra, se extrai o *múnus público* da atividade da advocacia, tem-se o advogado como alguém que presta um serviço público, mesmo atuando em causas privadas, além de relevante função social.

Observa-se também, como fundamental característica do advogado, a capacidade postulatória de sua atividade, ou seja:

A capacidade técnica do advogado é um elemento ínsito ao exercício da cidadania; a pessoa que desconhece a complexidade do Direito e, ainda assim, põe-se a agir nos complicados procedimentos judiciais, provavelmente não exercerá a cidadania: verá seu direito perder-se na técnica de seus atos (MAMEDE, 2008, p. 20).

Assim, denota-se a importância da capacidade postulatória conferida ao advogado, o próprio Poder Judiciário beneficia-se da atividade da advocacia.

Por óbvio, há exceções em que não se exige a postulação em juízo, sendo a mais conhecida a impetração do *habeas corpus*, remédio constitucional contra lesão ou ameaça de lesão ao direito de liberdade.

Em suma, a Lei Maior confere grande importância à atividade da advocacia ao defini-la como essencial à administração da justiça.

5.1. Direitos e Garantias do Advogado

Em razão da importância conferida ao advogado pela Constituição, principalmente considerando a função social de sua atividade, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil traz inúmeros direitos e garantias assegurados ao advogado no exercício de suas atividades.

O artigo 6º do EAOAB estabelece que não há hierarquia entre advogados, magistrado e membros do Ministério Público. Não havendo subordinação entre os mesmos, coexiste o dever recíproco de tratamento com respeito e consideração, uma vez que “no plano das relações judiciais, não se

tem, destarte, posições hierárquicas, mas funções próprias, às quais correspondem competências e poderes apropriados” (MAMEDE, 2008, p. 147).

Tem-se também, como direito do advogado a liberdade profissional, é uma garantia basilar, pautada no poder exercer a sua atividade em todo o país.

Cuida-se, portanto, de um direito do advogado, mas, igualmente, de um dever, lembrando-se de que o Código de Ética, em seu artigo 4º, estipula que o advogado deve zelar por sua liberdade e independência profissional, mesmo que esteja vinculado ao cliente ou constituinte, atuando no contexto de relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, ou ainda, que seja integrante de departamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado (MAMEDE, 2008, p. 149).

Tem-se também, como garantia constitucional do advogado a inviolabilidade do escritório e das comunicações. O artigo 7º, inciso II, do Estatuto da OAB estabelece em favor do advogado do direito de ter como inviolável seu local de trabalho, bem como as informações lá constantes.

Visando a proteção ao direito de liberdade, ao advogado é assegurado o direito de comunicar-se com seu cliente. Sendo certo que é indispensável a comunicação do advogado com o defendido para que este seja instruído, e melhor defendido. Observa-se que esse direito deve ser garantido até mesmo em caso de realização de audiência por videoconferência; nesse caso, o advogado e o cliente possuem acesso a um telefone com linha direta, o que permite a comunicação de ambos antes e durante a audiência.

Ao advogado guarda o direito à prisão especial, como regulamentado no § 3º do artigo 7º do EAOAB, a prisão em flagrante do advogado somente poderá ocorrer em caso de prática de crime inafiançável. Justamente em razão da função social do exercício de sua profissão, a lei regulamenta que os crimes praticados no exercício de sua profissão e nos limites dela serão tratados de forma especial.

O artigo 7º, inciso IV, do EAOAB assegura ao advogado o direito a comunicar a seccional da OAB de sua prisão em flagrante, que sendo necessário, oferecerá auxílio.

Ademais, ainda sobre o direito a prisão especial, dispõe o artigo 7º em seu inciso V do EAOAB que até o trânsito em julgado, o advogado tem o direito a

permanecer em Sala de Estado-Maior², cujas comodidades e instalações serão condignas. Ressalte-se que com o transito em julgado, se põe fim à regra especial, passando o profissional a submeter-se a Lei das Execuções Penais.

Ao profissional da advocacia assiste o direito ao livre ingresso em repartições públicas, sendo elas judiciárias ou não. Conforme disposto no artigo 7º, inciso VI do Estatuto, ao advogado é permitido o livre acesso a diversos estabelecimentos do ramo público, uma vez que sua atividade é prestar “imediate suporte jurídico, em situações fundamentais, como reuniões, assembleias e afins” (MAMEDE, 2008, p. 161).

O inciso VII do artigo 7º garante a permanência do advogado em determinados ambientes, visando que o presidente, dirigente ou encarregado não o impeça de permanecer em determinados locais, que o inciso VI permite o livre acesso.

Como fundamental ao exercício de sua atividade, o advogado tem direito a audiências com magistrados, trata o artigo 7º, inciso VIII, que é permitido ao advogado dirigir-se aos magistrados, em suas salas ou gabinetes, sem a necessidade de marcar audiências prévias, ou submeter-se a outra condição. Nesse caso, são audiências informais, onde o advogado esclarece assuntos com o magistrado, sem a necessidade de designação de audiência para tal.

O Estatuto da OAB prevê, como um dos principais direitos do advogado, o direito de manifestar-se.

Como a palavra é um dos instrumentos privilegiados do labor advocatício, decidiu o legislador, por meio do Estatuto, protegê-la, elevando-a a prerrogativa do advogado, quer no alusivo às sustentações orais, quer no alusivo às intervenções pela ordem, quer, por fim, no que diz respeito às reclamações contra o desrespeito à norma jurídica (MAMEDE, 2008, p. 167).

²O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 91.089/SP, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Brito, afirmou que “a Sala de Estado Maior se define por sua qualidade mesma de sala e não de cela ou cadeia. Sala, essa, instalada no Comando das Forças Armadas ou de outras instituições militares (Polícia Militar, Corpo de Bombeiros) e que em si mesma constitui tipo heterodoxo de prisão, porque destituída de portas ou janelas com essa específica finalidade de encarceramento” (MAMEDE, 2008, p. 159).

O direito a livre manifestação do advogado está garantido pelo Estatuto da OAB no artigo 7º, incisos IX a XII.

Assegura-se ao advogado, o direito a exame e vista dos autos, conforme prescrição dos incisos XIII a XVI do artigo 7º, tratando-se, pois, de garantias ligadas ao próprio exercício da advocacia, “ligadas às faculdades de examinar, ter vista e retirar autos de inquéritos, processos administrativos ou judiciais, findos ou em andamento, mesmo sem procuração” (MAMEDE, 2008, p. 171). Há, porém, exceções a esse direito:

No alusivo à retirada dos autos de cartório, é lícito ao magistrado, por decisão fundamentada, proferida de ofício ou a requerimento de interessado, indeferi-la quando no processado “existirem documentos originais de difícil restauração”, ou quando “ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição” (MAMEDE, 2008, p. 178).

Constitui-se direito do advogado, conforme prescrição do artigo 7º, inciso XVII, ser publicamente desagradado, quando for ofendido no exercício da sua profissão, ou em razão dela. O desagravo não interfere em eventual responsabilização criminal.

Vê-se, claramente, que o advogado é o sujeito imediato de tal prerrogativa, sendo a classe dos advogados, em seu todo, o sujeito mediato; o desagravo não serve apenas para marcar a solidariedade e unidade da classe advocatícia, mas também, para proteger a honorabilidade de todos os advogados, constituindo um instrumento de preservação da dignidade da classe (MAMEDE, 2008, p. 182).

O direito a utilizar-se dos símbolos privativos da atividade da advocacia, também é garantido ao profissional da advocacia.

Considerando a importância da atividade exercida, o advogado tem o direito a guardar sigilo profissional, “o advogado é um confidante, um ouvinte privilegiado das intimidades do seu cliente” (MAMEDE, 2008, p. 186).

[...] recusar-se a depor como testemunha sobre qualquer fato que esteja protegido pelo sigilo profissional, assim como em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo que tenha sido autorizado ou solicitado pelo constituinte, previsão que, na norma, deixa expresso o caráter obrigacional da recusa (MAMEDE, 2008, p. 186).

Desta feita, observa-se a importância de tal garantia, uma vez que ao permitir o sigilo profissional, a atividade do advogado pode ser melhor desenvolvida, podendo seu cliente, contar-lhe tudo que seja relevante, mesmo que por vezes, tal revelação possa prejudicá-lo.

O artigo 7º, inciso XX, do EAOAB, traz como prerrogativa do advogado, poder se retirar do recinto ante o atraso no pregão, caso o atraso seja de mais de trinta minutos do horário marcado, bem como não tenha comparecido a autoridade designada para presidir o ato. Ressalte-se que:

Não se autoriza ao advogado retirar-se do ambiente se o ato atrasa-se em mais de 30 minutos do horário designado; apenas se autoriza a retirada do recinto se, passado os 30 minutos, a autoridade que deva presidí-lo não houver comparecido para o mesmo. Se a autoridade estiver presente no recinto, como por exemplo, o juiz que conduz uma audiência anterior à que o advogado deva comparecer, o atraso, por maior que seja, não permite ao advogado ausentar-se (MAMEDE, 2008, p. 191).

Assim, o exercício de tal direito deve ser cauteloso, condicionando-se à comunicação, mediante protocolo no juízo.

O § 4º do artigo 7º do Estatuto, estabelece um direito aos advogados, consistente em ambientes próprios, que determina que os Poderes Judiciários e Executivos devem fornecer instalações permanentes aos advogados, como salas especiais em fóruns, juizados, tribunais, delegacias, presídios.

5.2 Das Inviolabilidades

Como já dito, a inviolabilidade do escritório de advocacia constitui-se um direito assegurado aos advogados, expressamente garantido no artigo 7º, inciso II do Estatuto da OAB.

Não obstante, a inviolabilidade além de garantida pelo Estatuto, também guarda assento constitucional.

Ao prever a importância da atividade da advocacia, em seu artigo 133, a Constituição Federal ressalta o valor do advogado para a manutenção do Estado Democrático de Direitos.

Desse modo, em sendo o Estado Democrático de Direitos fundado na soberania e na busca da proteção dos direitos e garantias fundamentais, busca o Estado Brasileiro assegurar mecanismos que respeitem o modelo político e jurídico estabelecido na Constituição da República, nesse sentido:

[...] o constituinte procurou mecanismos para assegurar-se do respeito ao modelo político e jurídico que estava prevendo, ou seja, respeito aos fundamentos da República, seus objetivos fundamentais e seus princípios, os direitos e as garantias fundamentais, além da administração pública, direta, indireta ou funcional, que obedecesse aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, entre outros listados nos incisos e parágrafos do artigo 37 da Constituição Brasileira. Essa estrutura e seu bom funcionamento, em boa medida, é garantida por órgãos estatais, como o Judiciário e o Ministério Público (MAMEDE, 2008, p. 35).

Observa-se, porém, que:

[...] apenas isso não era suficiente, reconheceu o legislador constituinte: era preciso mais; era preciso recorrer a uma classe que, ao longo da história, ofereceu à humanidade combatentes incansáveis da Justiça e do Direito. Eis por que se constitucionalizou a advocacia: para estabelecer um mecanismo confiável para a efetivação do Estado Democrático de direito (MAMEDE, 2008, p. 35).

Considerando-se de essencial necessidade a atividade da advocacia, exalta-se, portanto, a sua essencial função à Justiça, o que justifica o instituto da inviolabilidade do escritório de advocacia.

Conceituando-se:

Inviabilis, no latim, traduz-se por inacessível, por impraticável, o que não pode ser feito. Próximo, tem-se a palavra *inviorum*, que qualifica os lugares inacessíveis, sem caminho, impraticáveis. O conceito é, portanto, negativo: guarda em seu ventre a idéia de uma excepcionalidade: muitos são os caminhos e os destinos que se pode atingir; há porém lugares aos quais os caminhos não levam, sítios inacessíveis, impenetráveis (MAMEDE, 2008, p. 38).

Com efeito, o critério mais importante do instituto da inviolabilidade jurídica é a excepcionalidade, concretizado em situações expressas pela Constituição.

[...] normalmente em razão de suas íntimas relações com a necessidade de preservação de um mínimo indispensável (e, daí, inviolável) para a caracterização do Estado Democrático de Direitos. Nesse mínimo essencialíssimo são dispostos casos que não são acessíveis nem às regras nem às abordagens habituais do Direito (MAMEDE, 2008, p. 39).

As situações que o legislador define como invioláveis são aquelas que merecem maior proteção jurídica.

De fato, tais situações enfraquecem o Direito, mas podem, e devem ser aceitas em razão de uma circunstância maior, capaz de garantir efetividade às garantias asseguradas pela Lei Maior. Anota-se que:

A proteção de tal bem deve ser maior, não apenas na definição normativa, mas principalmente na atuação dos agentes jurídicos, sejam autoridades administrativas, seja cidadão (desempenhando seu papel político, vital para a garantia do Estado Democrático de Direito) (MAMEDE, 2008, p. 41).

O bem jurídico protegido deve ter tamanha relevância, que exija maior proteção quando comparado a outros bens juridicamente protegidos.

No mais, vale destacar que a inviolabilidade está ligada a situações, vincula-se a determinados casos, que como já dito, são determinados pelo legislador constituinte, a título de exemplo “não é a pessoa do advogado que é inviolável, mas sua situação (a função a desempenhar)” (MAMEDE, 2008, p. 41).

Ainda:

Pretender que as inviolabilidades e as imunidades (ressalto: nos contextos de um Estado Democrático de Direito) sejam compreendidas como atributos de determinadas pessoas – e não uma combinação entre a condição da pessoa e a situação que completa o modelo previsto como hipótese inviolável ou imune – seria criar pessoas privilegiadas, com um regime jurídico próprio, distinto dos demais, o que seria odioso ao Estado e ao Direito em suas conotações modernas (MAMEDE, 2008, p. 41).

Ademais:

Essa posição é reforçada pela Constituição brasileira, cujo artigo 5º, *caput*, afirma a igualdade entre os cidadãos (e, via de consequência, entre as pessoas, sejam naturais – ou físicas –, sejam jurídicas). A definição de uma inviolabilidade jurídica aferida subjetivamente (em razão do sujeito, pura e simplesmente), que privilegia pessoas e não situações, seria a própria violação da igualdade como alicerce dos direitos e garantias fundamentais (MAMEDE, 2008, p. 41).

Como afirmado, as situações de inviolabilidade devem ser constituídas nos moldes do Direito, sem causar nenhum tipo de detrimento à ordem pública.

Nesse contexto, de forma complementar as inviolabilidades garantidas por lei, o artigo 7º, § 2º do Estatuto da OAB estabelece imunidade profissional ao advogado.

Não obstante, a inviolabilidade profissional estabelece algumas limitações, sendo a aplicação da inviolabilidade pautada em requisitos da boa-fé; da pertinência, dividida em técnica e temática; e a proporcionalidade.

Pela boa-fé o direito titulado por certa pessoa limita-se ao direito titulado pelas demais, assim, não podem os direitos serem desconsiderados, é claro, porém, que há exceções, no entanto, em regra, não se pode praticar atos que desrespeitem a dignidade da pessoa humana:

Fica claro, portanto, que a inviolabilidade não é um escudo que o advogado pode utilizar-se para, de má-fé, agredir terceiros, convicto de furtar-se ao império da lei. A previsão de inviolabilidade, portanto, não é uma autorização para que o advogado faça o que bem quiser, que litigue contra a lei e a verdade (MAMEDE, 2008, p. 53).

Desde que não se caracterize dolo, que possa concluir-se pela ilicitude da conduta, se dentro dos parâmetros legais e regido pela boa-fé, passa-se a análise dos demais requisitos.

No que concerne à pertinência na modalidade técnica, reputa-se adequado o meio para se alcançar o fim. Neste âmbito, a inviolabilidade do advogado encontra-se restrita ao desenvolvimento de sua atividade, na escolha do meio adequado para desenvolvê-la.

Do mesmo modo, para a pertinência temática, o fato argumentado deve ser objeto da demanda, faz-se necessário que diga respeito a uma questão discutida no feito.

A proporcionalidade do ato está voltada a importância da proporção entre a ação e a manifestação, “no dever de evitar que o argumento e/ou a alegação feitos de boa-fé e colocados de forma pertinente [...] não concretizem um exagero que acabe por vencer as reais do razoável, com o que se torna uma ofensa” (MAMEDE, 2008, p. 57).

5.2.1 Da inviolabilidade do escritório de advocacia

Como já analisado as inviolabilidades que guardam a atividade do advogado, além de previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, também encontram previsão constitucional.

Observa-se que é a partir da atividade exercida pelo advogado que é proporcionado aos cidadãos o gozo dos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal. Assevera-se que por sua atividade, o advogado influencia diretamente na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, evitando-se que os mesmos sejam considerados letras mortas na Lei Maior.

Seria nefasto para o trabalho do advogado – para sua missão constitucional e moral – se pairasse na sociedade uma insegurança sobre aquilo que se diz ou se entrega ao causídico, um medo de que o Estado ou qualquer outra pessoa pudesse obter, agindo sobre o profissional do Direito, aquilo que não conseguiria agindo sobre seu cliente. Refiro-me à possibilidade – afastada pela lei – de obter informações contra o cliente com base em incursões ao escritório de seu advogado, violando seus arquivos e dados, interceptando suas comunicações (com o cliente ou terceiros), obrigando-o a dizer o que sabe, contra seu próprio cliente (MAMEDE, 2008, p. 150-151).

Nesse contexto, o escritório de advocacia não seria mais considerado um local de asilo profissional, não se teria mais assegurado o pacto de confiança do cliente para com seu advogado.

O advogado tem assegurado o direito à inviolabilidade de seu escritório, expressamente estampado no artigo 7º, inciso II do EAOAB, que estabelece o respeito à inviolabilidade do escritório de advocacia ou de seu local de

trabalho, bem como dos arquivos, dados, correspondências, comunicações relativos ao exercício da atividade.

Ao utilizar-se da expressão “escritório ou local de trabalho”, pretendeu o legislador dar ampla referência, ou seja, englobou como inviolável qualquer que seja o local onde o advogado exerce sua atividade, seja em casa, seja em uma sala, não importa onde a atividade é exercida, pretende-se protegê-la de toda forma.

Com efeito, ao tornar inviolável o escritório ou local de trabalho, os arquivos, dados, correspondências e comunicações, uma característica direta em caso de violação é a nulidade de toda e qualquer prova que se venha a aferir.

Destarte, ao ferir a previsão de inviolabilidade, lesa-se, também, o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna, que trata da inadmissibilidade da obtenção de provas por meio ilícitos.

Em regra, independente do tipo de prova, aquela que é obtida por meio ilícito descaracteriza os princípios que regem o Direito afirmado pelo Estado Democrático de Direito.

5.2.1.1 Das exceções

As regras de inviolabilidade acima descritas guardam hipóteses, em que excepcionalmente, permite-se a violação do meio profissional do advogado, bem como suas comunicações.

O Estatuto da OAB trata de apenas uma hipótese, sendo através de medida judicial de busca e apreensão, devidamente fundamentada, a qual deverá ser expedida por juiz competente para o ato, respeitando-se, para tanto, o princípio constitucional do devido processo legal, desde que seja em casos com expressa previsão legal.

O Estatuto prevê ainda, que o mandado judicial seja executado na companhia de um representante da OAB.

Ressalta-se também, que a medida somente pode ser determinada nos casos em que a investigação diz respeito ao próprio advogado, não se permitindo a execução de mandado judicial de busca e apreensão, a ser executado no escritório, caso seja contra alguns dos clientes do advogado.

Assim, se um defensor (advogado de defesa) possui documentos confidenciais de uma organização criminosa de vulto não é lícito à Polícia Judiciária ordenar **diretamente** a busca e apreensão desde que relacionada ao exercício da função (ISHIDA, 2010, p. 120).

Ocorre que, uma vez não cabendo a Polícia Judiciária realizar a busca e apreensão sem autorização judicial, importará a esta ou ao Ministério Público o requerimento da quebra da inviolabilidade.

O requerimento ao magistrado deve ser com base na presença de indícios de autoria e de materialidade, e como já dito, caberá ao juiz, por meio de decisão fundamentada determinar a busca e apreensão.

Denota-se que o mandado de busca e apreensão deverá ser específico e pormenorizado, bem como deverá ser cumprido na presença de um representante da OAB, conforme previsão no Estatuto.

O § 6º do artigo 7º do EAOAB dispõe expressamente a respeito da impossibilidade do cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia que tenha por objeto documentos, comunicações, dados, que pertençam aos clientes do advogado, ressalvados aqueles que também sejam investigados juntamente com o advogado (§ 7º do artigo 7º do EAOAB).

O artigo 7º, parágrafos 6º e 7º foram alterados pela Lei 11.767/08, permitindo a realização de busca e apreensão no escritório de advocacia, desde que exclusivamente contra o advogado e, excepcionalmente, contra o cliente caso seja investigado conjuntamente com o advogado.

Observa-se que essa alteração tem como fundamento assegurar a inviolabilidade do escritório de advocacia diante de eventuais abusos que possam ser cometidos, busca-se assegurar o sigilo profissional, de modo que, o pacto de confiança que o cliente tem para com o advogado não seja quebrado. Assim, todo o material de trabalho do advogado, todos os dados, informações, referentes aos clientes permanecerão em sigilo.

6 O CRIME ORGANIZADO

Tratado por alguns doutrinadores como sociedade empresarial, caracterizado pela exemplar organização e desenvolvimento, o crime organizado é uma forma de criminalidade de difícil combate, uma vez que é mais complexa, menos ostensiva, guarda a possibilidade de distanciamento entre autor e vítima, aproveita-se dos meios tecnológicos e da globalização.

6.1 A Origem do Crime Organizado

O crime organizado encontra-se espalhado pelo mundo, possuindo uma nomenclatura diferenciada, sendo as mais conhecidas: as Máfias, na Itália; as Tríades, na China; as Yakusa, no Japão, os Cartéis, na Colômbia e no México; e os Comandos, no Brasil.

Historicamente, as primeiras organizações criminosas que se tem notícia surgiram no início do século XVI, sendo elas, as Máfias, as Yakusa e as Tríades. Foram criadas “como movimentos de proteção contra as arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado” (SILVA, 2009, p.03).

No Brasil, em contexto histórico, o movimento do cangaço, que atuava no sertão nordestino, é tido como marco da organização criminosa no país, que atuou principalmente entre o final do século XIX e começo do século XX. Segundo Eduardo Araújo da Silva:

[...] os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgate. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhe forneciam armas e munições (2009, p. 09).

Não obstante, ainda no Brasil, a primeira infração penal organizada foi decorrente da prática do “jogo do bicho”. Atribui-se ao Barão Drumond a origem dessa contravenção, com o intuito de utilizar o dinheiro arrecadado para salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Posteriormente, a ideia do Barão Drumond foi popularizada e o “jogo do bicho” passou a ser patrocinado por grupos organizados, que segundo Eduardo Araújo da Silva “passaram a monopolizar o jogo, mediante a corrupção de policiais e políticos” (2009, p. 09).

As organizações criminosas brasileiras mais recentes e violentas, que surgiram nas penitenciárias, são os Comandos. Os Comandos patrocinam rebeliões e resgates de presos, e seus integrantes estão envolvidos em vários tipos de crimes, como roubos, extorsões, tráfico ilícito de entorpecentes (SILVA, 2009, p. 12).

Com atuação em atividades distintas, as organizações terroristas também vêm sendo consideradas uma vertente da criminalidade organizada. Desenvolvida principalmente no Oriente Médio, com fundamentos ideológicos, começou a tomar dimensão a partir do crescimento dos movimentos islâmicos extremados (SILVA, 2009, p. 05-06).

Eduardo Araújo da Silva ressalta outra modalidade de crime organizado, que é aquela praticada sem o uso da violência, por essa razão menos visível à sociedade, “trata-se do desvio de vultosas quantias de dinheiro dos cofres públicos para contas particulares abertas em paraísos fiscais localizados no exterior, envolvendo quase todos os escalões dos três Poderes do Estado” (2009, p. 14).

Os grupos organizados, como o próprio nome sugere, são caracterizados, especialmente, em decorrência das complexas organizações estruturais que possuem, em razão do uso de armamentos pesados, da ocultação de suas informações, da destruição de provas, da realização de subornos e por se valerem de falhas na segurança pública.

O crime organizado representa uma ameaça à segurança nacional e internacional, principalmente em função do largo campo de atuação dos crimes dessa natureza e as dimensões que atingem a sociedade.

Rodolfo Tigre Maia citando Williams e Savona diz que o crime organizado:

[...] é uma consequência inevitável das organizações que negam ao Estado seu legítimo monopólio da violência, que corrompem as instituições estatais, que ameaçam a integridade dos setores financeiros e comerciais da sociedade, e que, rotineiramente, desconsideram ou violam normas e convenções legais e sociais, quer no nível nacional, quer no internacional. O que faz essas formas de comportamento cada vez mais perturbadoras é o fato delas possibilitarem às organizações criminosas acumular um grau de poder e riqueza que rivaliza e, em alguns casos, ultrapassa o possuído pelos governos. Na medida em que estas organizações aprofundam suas raízes nas suas respectivas sociedade, elas caracterizam uma ameaça para ambas, democracia e aplicação da lei (1999, p. 14).

Destaca-se também, que o crime organizado sobrevive em decorrência da contemporaneidade, ganha força e dimensão com a globalização, com os avanços tecnológicos; os fluxos de informações que possibilitam movimentação rápida, principalmente com a Internet.

Com a entrada de grande quantidade de dinheiro decorrente das atividades ilícitas, principalmente as oriundas do narcotráfico e do comércio ilegal de armas, o dinheiro ilegal é aplicado no suborno e corrupção de funcionários públicos, no financiamento de campanhas políticas inescrupulosas; em investimentos no mercado de capitais e títulos públicos, além dos “paraísos fiscais”; na criação ou na aquisição do controle de empresas para fins lícitos (MAIA, 1999, p.14).

A notória capacidade de interferência dos grupos de pressão de “colarinhos brancos” na elaboração e sancionamento de regulações que possam atingir interesses (quando não é a eles próprios delegada a responsabilidade por sua elaboração), dilucidam a relativa tibieza no enfrentamento e na normalização de temas politicamente delicados tais como a (não) inclusão expressa de crimes contra a ordem tributaria dentre os crimes antecedentes da “lavagem” de dinheiro, a manutenção da rigidez na quebra dos sigilos bancário e fiscal, as limitações no sancionamento das pessoas jurídicas, as limitadas atribuições e responsabilidades das empresas que conformam o sistema nacional e de determinados profissionais (e.g., advogados, banqueiros, operadores do mercado de ativos ilícitos, a tentativa de amesquinamento das missões constitucionalmente cominadas ao Ministério Público no projeto de lei oriundo do Executivo *etc* (MAIA, 1999, p. 16).

Tigre Maia, analisa que quando os fatores acima citados:

[...] associam-se notórias deficiências e aos riscos de um processo célere e pouco transparente de elaboração, discussão e aprovação de uma legislação penal tão complexa quanto polêmica, ficam esclarecidas as inumeráveis fragilidades práticas da regulação normativa e as incontáveis impropriedades técnicas que a ornamentam (1999, p. 16).

O crime organizado tem como principal característica o acúmulo de poder econômico de seus integrantes e isso decorre do fato de que as organizações criminosas “atuam no vácuo de alguma proibição estatal, o que lhes possibilita auferir extraordinários lucros” (SILVA, 2009, p. 15).

Também constitui como característica da criminalidade organizada o alto poder de corrupção que essas organizações possuem, sendo consequência direta do acúmulo de poder econômico.

Ainda, em razão do acúmulo de poderio econômico surge a necessidade de tornar lícito o lucro obtido ao arrepio da lei, o que, segundo Eduardo Araújo da Silva “dá margem às mais variadas e criativas formas de “lavagem” de dinheiro, para que possa retornar licitamente ao mercado financeiro” (2009, p. 16).

O alto poder de intimidação também é uma característica forte e presente no crime organizado, uma vez que, há a prevalência da “lei do silêncio” que é imposta aos membros das organizações, bem como aos não integrantes, além do abuso da violência entre os grupos rivais (SILVA, 2009, p. 17).

As conexões locais e internacionais, a divisão do território para atuação, além da estrutura piramidal das organizações são características presentes. No que se refere a última, a relação da organização com a comunidade é característica do fenômeno criminal, aduz Eduardo Araújo da Silva que:

A divisão de tarefas nesses grupos segue a estrutura empresarial, pois em sua base há elevado número de “soldados”, responsáveis pelas mais variadas atividades, os quais são gerenciados regionalmente por integrantes de média importância que, por sua vez, são comandados e financiados por um *boss*, que não raras vezes se utiliza de sofisticados meios tecnológicos para integrar todos os seus membros. Outrossim, quando necessário, para ganhar a simpatia da comunidade em que atuam e facilitar o recrutamento de seus integrantes, realizam ampla oferta de prestações sociais, aproveitando-se da imissão do aparelho do Estado e criando na prática um verdadeiro Estado paralelo (2009, p. 19).

O crime organizado é decorrente de uma atividade comercial ilícita, não obstante, a complexidade do combate aos crimes desta natureza, encontra-se amparada, principalmente, nas mudanças das técnicas de aproveitamento dos produtos resultantes do crime.

6.2 Da “lavagem” de dinheiro

Como dito, com o acúmulo muito grande de poderio econômico advindo de fontes ilícitas, muitas modalidades de tornar o dinheiro lícito foram desenvolvidas.

O modelo clássico de “lavagem” de dinheiro é tripartite. A primeira etapa é chamada de “placement ou conversão” (MAIA, 1999, p. 37), nessa etapa, busca-se a ocultação da origem ilícita, de modo que se separam os criminosos e os produtos de seus crimes. Obtida, a partir da aplicação dos ativos ilícitos no mercado financeiro formal, para transformá-los em ativos lícitos. Tigre Maia cita algumas formas de transformação dos ativos, extraídos da obra de Zanchetti:

[...] por intermédio de instituições financeiras tradicionais, com a efetivação de depósitos em conta corrente ou aplicações financeiras em agências bancárias convencionais; pela efetivação de operações de *swap etc.*; através da troca de notas de pequeno valor por outras de maior denominação, reduzindo o montante físico de papel-moeda; mediante a utilização de intermediários financeiros atípicos, com a conversão em moeda estrangeira através de “doleiros”; através da utilização de “mulas” para o transporte de divisas para o exterior; remetendo estes lucros para fora do país, através de depósitos ou transferências eletrônicas em “paraísos fiscais”; ou, ainda, diretamente no sistema econômico, com a aquisição de mercadorias legítimas, inclusive, via “importação” de mercadorias que são superfaturadas ou inexistentes, para lograr a remessa do dinheiro para o exterior, até mesmo mediante pagamentos de faturas de cartões de crédito internacionais creditados para empresas de fachada (MAIA, 1999, p. 37).

É nessa primeira fase, que encontram-se as maiores possibilidades de descobrir os esquemas de “lavagem” de dinheiro, uma vez que nesse estágio, o dinheiro ainda não está propriamente “limpo”. Ademais, ainda não houve grande decurso do prazo entre o momento da prática do crime e a transformação dos ativos.

A segunda etapa é designada “layering ou dissimulação” (MAIA, 1999, p. 38). Essa nova fase, trata da “lavagem” de dinheiro propriamente dita, em decorrência, de que nessa fase, pretende-se “estruturar uma nova origem do dinheiro sujo, aparentemente legítima” (MAIA, 1999, p. 39).

Nesta segunda etapa, estão os maiores riscos de vulnerabilidade do sistema financeiro, em razão de ter se tornado uma etapa “extremamente complexa e dinâmica diante da crescente sofisticação dos meios de telecomunicação e dos artefatos cibernéticos que possibilitam a célere movimentação de ativos financeiros em escala mundial” (MAIA, 1999, p. 39). A complexidade e a dinâmica da “lavagem” de dinheiro também encontra-se amparada pela infraestrutura dos “paraísos fiscais”.

A terceira e última etapa do processo de “lavagem” de dinheiro chama-se “integration ou integração” (MAIA, 1999, 40). A fase final é caracterizada pela aplicação dos ativos criminosos, que nesse momento, já estão “distanciados das ações típicas das quais se originaram e com aparência de legítimos” (MAIA, 1999, 40).

Essa etapa não se trata da “lavagem” de dinheiro propriamente dita, em razão de, neste momento, o mesmo já encontrar-se “limpo”, essa é uma fase posterior à “lavagem”, sendo melhor designada de reciclagem.

O dinheiro passa a integrar o sistema produtivo, por meio da “criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens” (MAIA, 1999, p. 40).

Tigre Maia cita exemplos de Zanchetti, sobre esquemas de integração, que em regra envolvem:

[...] sociedades, empresas ou intermediários respeitáveis, por exemplo, bancos estrangeiros, sociedades seguradoras, sociedade que possuam prestígio internacional, poderosas bancas de advocacia de negócios, cambistas *etc.*, que possam movimentar grandes importâncias sem levantar suspeitas. A técnica utilizada pode envolver a compra e venda de complexos imobiliários, as concessões de empréstimos a si mesmo, a compra e venda de metais preciosos *etc.* [...] (1999, p. 40).

Nos esquemas de integração “é potencializada a possibilidade de lesão à ordem econômica, quer na faceta da livre concorrência, quer na vertente da economia popular” (MAIA, 1999, p. 40).

A partir das modalidades de “lavagem” de dinheiro, do apoio tecnológico, dos armamentos pesados, cada vez se torna mais difícil o combate ao crime organizado, que é crescente e mais desenvolvido.

6.3 Definição

O clássico processo de tipificação, que se encontra direcionado para as condutas individualizadas, não foi suficiente para definir o crime organizado, em decorrência do “complexo e variado número de condutas que compõem o crime organizado” (SILVA, 2009, p. 20).

Segundo Eduardo Araújo da Silva, o estágio evolutivo atual da dogmática penal para conceituar crime organizado é como sendo “aquele praticado por no mínimo três pessoas que, associadas de forma permanente, praticam reiteradamente determinados crimes a serem definidos pelo legislador” (2009, p. 22). Ressalta o mesmo autor que:

Seguindo essa linha, o art. 2º, letra “a” da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 5.015/04, definiu como “grupo organizado criminoso” aquele “estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Outrossim, a letra “b”, do mesmo dispositivo, cuidou de definir “grupo estruturado” como aquele “formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”. Ainda a letra “c” considerou como “infração grave” aquela “com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior” (SILVA, 2009, p. 22-23).

No âmbito nacional, a Lei nº 9.034/95, que trata da utilização de meios operacionais para a preservação e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, antes da alteração promovida pela Lei nº 10.217/01, dispunha que o crime organizado era decorrente “de ações de quadrilha ou bando”, nada mais. Após a entrada em vigor da Lei nº 10.217/01, nova redação foi dada ao artigo 1º e 2º da Lei nº 9.034/95, desse modo, com o intuito de tentar consertar a falha no conceito do delito, passou-se a definir crime organizado como “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (Art. 1º da Lei nº 9.034/95).

O conceito adotado pelo legislador brasileiro não levou em conta os elementos essenciais do crime organizado para defini-lo, não narrou as condutas que constituiriam o delito e nem delimitou a matéria (SILVA, 2009, p. 25).

Em razão desse defeito conceitual do crime organizado, a doutrina tenta explicar tal situação, dizendo que o crime organizado é toda e qualquer organização que busca a obtenção de lucro e de poder, através de atividades que violam as leis, segundo Mirabete:

Em doutrina, tem-se entendido que organização criminosa é aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com planejamento empresarial, divisão de trabalho, pautas de condutas em códigos procedimentais rígidos, simbiose com o Estado, divisão territorial e, finalmente, atuação regional, nacional ou internacional (2007, p. 128).

Assim, o crime organizado não é apenas aquele decorrente da prática dos delitos de quadrilha ou bando, trata-se também de organizações ou associações que desenvolvem diversas atividades que buscam transgredir as leis, e são, comumente, sustentadas pelos crimes de tráfico de drogas, dos jogos de azar, da corrupção, além da compra de “proteção”.

7 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Como salienta Eugenio Pacelli, a prova judiciária tem o objetivo de reconstruir os fatos investigados na ação penal, de buscar reconstruir a verdade dos fatos, desse modo, é uma tarefa um tanto quanto difícil, sendo em alguns casos até mesmo impossível (2011, p. 327).

O processo penal disponibiliza diversos meios de prova, com os quais se pretende chegar a verdade dos fatos, no entanto, tais métodos são utilizados observando-se os limites estabelecidos na Constituição Federal, ou seja, diversos meios de prova são admitidos, desde que não resultem em lesão ou ameaça a direitos e garantias fundamentais, tanto do acusado quanto de terceiros envolvidos na investigação. Ademais, vige o princípio da proibição da utilização de provas ilícitas no processo.

O modelo processual que vige atualmente tomou forma a partir da Constituição Federal de 1988, uma vez que com o artigo 5º muitos direitos e garantias foram instituídos, passando, então, o processo penal a se moldar de acordo com tais princípios, direitos e garantias constantes na Constituição.

Não obstante, o princípio da verdade real também interfere no modelo de processo penal adotado, em decorrência da relevância dos interesses que se submetem à aplicação do direito processual penal. Assim, segundo Eugenio Pacelli “a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil” (2011, p. 332).

Tamanha a importância da busca da verdade real, que esta propiciou a criação e utilização de novos meios para a obtenção de provas, mesmo sem previsão legal específica para o fim, somente com fundamento na importância da verdade.

No processo penal não se admite a verdade na modalidade certa, também chamada de verdade formal, é necessária prova da materialidade delitiva, por isso a necessidade da verdade real, assim “ainda que não impugnados os fatos

imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material” (OLIVEIRA, 2011, p. 333).

Dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal que o juiz formará sua convicção a partir da apreciação das provas produzidas em contraditório judicial, e não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente pelas provas colhidas durante a investigação. Assim, as provas no processo penal possuem uma função bem definida, que instruirá o processo na reconstrução da verdade dos fatos e motivará o convencimento do juiz.

Em razão de sua grande importância, o direito a produzir provas é tanto do acusado quando do acusador, que poderá ser exercido tanto na obtenção, na introdução, na produção e na decisão do processo.

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição, bem como o artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, dispõem sobre a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos na instrução processual.

Segundo Eugenio Pacelli:

[...] a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção (2011, p. 344).

Ressalta, ainda, que a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas tem o condão de ao mesmo tempo “tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo” (OLIVEIRA, 2011, p. 344).

A proibição da utilização de provas ilícitas tem como condão equilibrar a atividade instrutória, e tem como características que a acusação e a defesa tenham paridade de armas.

No que tange às provas ilícitas, a sua proibição não encontra-se apenas no âmbito do meio escolhido para a busca da prova, mas também funda-se no resultado que ela alcançará.

Nesse sentido, não é apenas a utilização de métodos sem idoneidade, tais como tortura, hipnose; que são barrados pela inadmissibilidade das provas ilícitas, mas também, quanto ao resultado alcançado pela prova, como no caso de uma interceptação telefônica não autorizada, embora seja um meio lícito para a obtenção de prova, será ilícito nesse caso, porque seu resultado não foi autorizado.

Ademais, há de se observar que mesmo quando autorizado pelo ordenamento jurídico o meio para obter provas, ainda assim, deve-se indagar sobre o resultado do mesmo, é necessário que se analise se os resultados obtidos pela prova irão ou não violar direitos.

De acordo com o artigo 157, caput do Código de Processo Penal, as provas que forem obtidas ilicitamente, deverão ser desentranhadas dos autos.

7.1 Do Aproveitamento da Prova Ilícita

Conforme aduz Eugenio Pacelli, é impossível a proteção de todos os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal, uma vez que, com muita frequência, o exercício de algum direito ou garantia por alguém, impedirá ou atingirá, o exercício de outro direito ou garantia de outro indivíduo (2011, p. 375).

Desse modo, basta considerar que em razão da enorme variedade de direitos e garantias fundamentais que são destinados à coletividade, a proteção de uns poderá excluir a proteção de outros.

Ressalte-se que o critério mais utilizado para a solução dos conflitos envolvendo os direitos da coletividade e os individuais se baseiam na ponderação de valores. Assim, os valores a serem protegidos serão escolhidos pelo legislador, cabendo ao juiz, sua aplicação e interpretação ao caso concreto, valendo-se de postulados normativos, para uma aplicação mais ampla e justa.

Feitas estas considerações, cogita-se a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para o fim de utilizar provas obtidas ilicitamente no processo penal.

Menciona Eugenio Pacelli que o citado princípio vem sendo utilizado por alguns países da Europa, especialmente pela jurisprudência da Alemanha, para permitir, excepcionalmente, a utilização de provas ilícitas (2011, p. 376).

No âmbito processual penal, há de se analisar que se a vedação da utilização de provas ilícitas for tida como garantia absoluta, acarretará, em certos casos, tamanha desproporção, quando comparada a proteção dada ao direito individual violado e a falta de proteção do direito da coletividade.

Nesta linha de raciocínio, é inegável a existência de desproporção entre o direito à produção de provas em relação ao direito à proteção da vítima do delito.

Não obstante, a questão apresenta maior complexidade, principalmente quando se verifica a “impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade” (OLIVEIRA, 2011, p. 376).

Observa-se que tal impossibilidade encontra-se respaldada em questões da própria norma constitucional. Ademais, a necessidade do controle da atividade estatal persecutória teve como objetivo evitar os excessos de *jus puniendi* do Estado.

A discussão a respeito da utilização de provas obtidas de forma ilícita tem seu campo instalado apenas no que tange à atividade persecutória do Estado, uma vez que para provar a inocência do acusado, as provas ilícitas ou não podem ser utilizadas em qualquer circunstância.

Reza Eugenio Pacelli:

O critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade *potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção de prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF (2011, p. 377).

Outrossim, o critério da proporcionalidade deve ser aplicado quando há conflito entre direitos fundamentais da mesma grandeza, uma vez que o Estado tem como missão inerente a proteção de direitos individuais, coletivos e difusos.

Com efeito, não se busca a utilização de provas ilícitas de forma genérica, se pretende que em determinadas situações, em que é difícil a busca pela verdade real, e desde que seja em função de uma garantia maior, como a proteção à segurança do corpo social, a utilização de provas ilícitas poderá ser legítima.

7.2 O Crime Organizado no Âmbito Processual Penal

O crime organizado pela perspectiva do processo penal, também deixa a desejar a atitude do legislador, assim como no plano material, já analisado.

Como já apontado, uma das características do crime organizado é o alto poder de intimidação, tanto em relação aos seus integrantes quanto à sociedade. Ressalta Eduardo Araújo da Silva que “além da complexidade e da variedade dos atos que compõem a criminalidade organizada, seus autores também se dedicam a impedir a obtenção de prova” (2009, p. 31).

Os integrantes dos grupos organizados obstam a produção de provas, uma vez que, destinam suas atitudes, também, à ocultação e destruição de provas, além da intimidação de testemunhas e vítimas.

O referido autor cita Juan Muños Sanches, que anota que:

a evolução da criminalidade individual para a criminalidade especialmente organizada, que se serve de meios logísticos modernos e está fechada ao ambiente exterior, em certa medida imune aos meios tradicionais de investigação (observações, interrogatórios, estudos dos vestígios deixados), determinou a busca de novos métodos de investigação de polícia (SILVA, 2009, p. 30).

No mesmo sentido cita Maria Dolores Delgado García:

a criminalidade organizada, especialmente a narcocriminalidade, tem evoluído extraordinariamente nos últimos tempos, adquirindo estruturas complexas que dispõe de ingerentes meios financeiros de origem ilícita e cuja capacidade operativa supera as das clássicas organizações de delinquentes, razão pela qual os meios tradicionais de investigação se mostram insuficientes, ao menos para chegar ao coração das organizações e aproximar-se dos seus chefes e promotores (SILVA, 2009, p. 30).

Nesse contexto, os integrantes dessas organizações criminosas, especialmente os que se dedicam ao tráfico ilícito de entorpecentes, que gera um acúmulo muito grande de dinheiro, utilizam-se de meios que a polícia não tem acesso, na maioria dos casos, os armamentos que esses grupos possuem são melhores que os utilizados pelo Estado, a preparação dos integrantes é mais violenta, além dos meios tecnológicos de ponta que são por eles utilizados e que em razão da falta de recursos, as polícias não possuem acesso.

É nítida, pois, a desvantagem que o Estado tem no combate a esse tipo de criminalidade. Dessa forma, o Estado começou a ter que se valer de outros meios de investigação fora dos convencionais, assim, em virtude da dificuldade de apuração das condutas praticadas pelos grupos organizados, foi necessária a busca de novos métodos de investigação. A esse respeito:

A introdução de policiais em organizações criminosas, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento e sua estrutura, tem-se mostrado um eficiente instrumento para a apuração da criminalidade organizada (SILVA, 2009, p. 32).

Ainda nesse sentido, Eduardo Araújo da Silva afirma que segundo Juan José López Ortega:

[...] hoje em dia constitui uma realidade aceita a afirmação de que os métodos convencionais de investigação são insuficientes para combater certas formas de delinquência, motivo pelo qual as autoridades recorrem à infiltração policial, estabelecendo relação com o autor previsível da infração, para intervir no próprio processo de realização da atividade delituosa (SILVA, 2009, p. 33).

Analisa também, que utilizando-se dessa mesma linha de raciocínio, José María Paz Rubio observa que:

[...] o delito nos últimos tempos tem experimentado novas formas de execução, por meio do crime organizado, o que exige a superação das técnicas de investigações do crime em alta escala. Surgiram assim as denominadas “operações encobertas”, como nova técnica de investigação, mediante a utilização de agentes infiltrados (SILVA, 2009, p. 33).

Assim, também em virtude de que os integrantes desses grupos organizados impõem a “lei do silêncio”, bem como em razão da aplicação de violência excessiva contra qualquer pessoa que viole essa lei, ou também pela oferta de dinheiro e outras promessas, muitas testemunhas e vítimas deixam de contribuir para a apuração criminal. Nesse diapasão:

As dificuldades para obtenção de prova também contribuíram para a admissão e regulamentação nos ordenamentos jurídicos modernos das interceptações das comunicações telefônicas e ambientais, além da quebra dos sigilos bancário e fiscal dos investigados, ambos dependendo de prévia autorização judicial, pois implicam violação da intimidade do cidadão investigado, podendo resultar dessas diligências prejuízos para sua privacidade. Embora não sejam instrumentos exclusivos para apuração da criminalidade organizada, essas estratégias de busca da prova tem apresentado relevante utilidade no rastreamento de complexas operações financeiras, muitas das quais em conexões internacionais, frequentemente utilizadas pelas organizações criminosas para os mais variados processos de “lavagem” do dinheiro obtido ilicitamente (SILVA, 2009, p. 34).

Dessa forma, resta incontroverso há a necessidade de uma proteção do Estado em relação ao criminoso, o que justifica a restrição de alguns direitos fundamentais dos acusados dessa prática delitiva.

Na busca de uma eficiente aplicação da lei penal, se alguns direitos e garantias fundamentais dos acusados e investigado do crime organizado não forem supridos, haverá riscos para a sociedade. Nas palavras de Eduardo Araújo da Silva:

Argumenta-se, também, que, se essas medidas não forem tomadas, haverá o risco de que no futuro haja iniciativas muito mais radicais e prejudiciais aos direitos e liberdades públicas e às instituições constitucionais. Daí a conclusão de que a manutenção do processo penal clássico, sem dispor de algumas garantias processuais, dificultará uma persecução efetiva das formas de criminalidade organizada (2009, p. 36).

Observa-se necessário, buscar uma nova interpretação para algumas garantias processuais para a boa aplicação da lei penal. Deve-se analisar que no contexto do crime organizado, os direitos fundamentais dos demais cidadãos

também estão em risco, o que de certa forma justifica a restrição de alguns direitos dos indivíduos envolvidos.

Conforme entendimento de Eduardo Araújo da Silva “não se desconhece, todavia, que qualquer iniciativa voltada para limitações de garantias processuais é sempre perigosa” (2009, p. 37), no entanto opta por uma interpretação adaptada dos instrumentos processuais para a busca e colheita de provas. Analisa que “não se trata, pois, de suprimir garantias processuais arduamente conquistadas nos séculos passados, mas de compatibilizá-las – ou flexibilizá-las” (SILVA, 2009, p. 37).

Esse é o novo contexto imposto para a busca probatória do crime organizado, essa é a realidade que tem que se combater. Eduardo Araújo da Silva traz o fundamento teórico segundo J. C. Vieira de Andrade:

[...] assim como os direitos fundamentais do cidadão, o bem-estar da comunidade e a prevenção e repressão criminal também possuem assento constitucional e não podem ser sacrificados por uma aceção puramente individualista (SILVA, 2009, p. 38).

Silva traz a interpretação de processo justo pela ótica de Román Julio Frondizi e Maria Gabriela Silvina Duarte:

[...] a relevância constitucional das garantias, fora de discussão, deve ser interpretada simultaneamente com a eficiência do processo penal, pois o bom funcionamento da jurisdição penal resulta decisivo para assegurar a vigência prática das garantias constitucionais em questão (SILVA, 2009, p. 38).

Ressalta-se, ainda, que segundo os autores citados, essa nova forma de visão do processo penal em relação ao crime organizado é “na medida do possível, a função essencial de absolver os inocentes e de condenar os culpados dentro de um marco intrinsecamente correto e leal” (SILVA, 2009, p. 39).

Faz-se, importante, que os direitos e garantias fundamentais assegurados ao processo busquem proteger a parte em desvantagem da relação, que nesse caso é a sociedade, que merece amparo ante a criminalidade.

8 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME ORGANIZADO

Considerando o princípio da proporcionalidade e sua aplicação no combate ao crime organizado, Eduardo Araújo da Silva narra que:

A questão que se coloca hodiernamente, ao menos no plano normativo, não é mais saber se o Estado deve ou não restringir direitos fundamentais, mas em que medida essa restrição deve ocorrer, pois, como salienta Vittorio Grevi, frente ao avanço da criminalidade organizada, o ordenamento processual deve saber reagir para salvar antes de tudo a si mesmo, prevendo instrumentos derogatórios e procedimentos alternativos que, se ofender a substância dos direitos do acusado permitam à Justiça seguir seu curso (2009, p. 43-44).

Por essa visão, se pondera o princípio da proporcionalidade, para que ele seja aplicado de forma que o indivíduo ainda seja protegido, de maneira a evitar abusos e sacrifícios exagerados dos envolvidos, bem como que a medida aplicada não afronte a Constituição.

Trata Eduardo Araújo da Silva:

[...] o princípio da proporcionalidade no processo penal destina-se a regulamentar a confrontação indivíduo-Estado. De um lado, os interesses estatais na realização da investigação criminal e da persecução penal em juízo, visando ao exercício do *ius puniendi* para a concretização do Direito Penal; de outro lado, o cidadão investigado ou acusado, titular de direitos e garantias individuais, que tem interesse na preservação do *iuslibertatis*. Tem a finalidade, portanto, de equilibrar essa relação aparentemente contraditória de interesses, para evitar tanto a violação dos direitos fundamentais do particular como o comprometimento da atividade estatal na repressão da criminalidade (2009, p. 44).

Assim, dentro dessa relação de conflito entre o Estado e o indivíduo acusado ou investigado, se extrai da Constituição Federal o princípio da proporcionalidade, de forma implícita, mas que demonstra a preocupação do legislador com a aplicação proporcional das medidas que lidam com a liberdade dos indivíduos.

Desse modo, o legislador tratou diferenciadamente algumas matérias, como por exemplo, instituiu inicialmente o Estado Democrático de Direitos, que pretende proteger e assegurar direitos e garantias individuais e coletivas; determinou crimes que seriam inafiançáveis; adotou procedimentos diferenciados dependendo do tipo de bem jurídico tutelado; permitiu a violação de meios de comunicação em determinados procedimentos probatórios; preservou intimidade e a vida privada.

Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, com relação ao direito à intimidade, entendendo que este não é absoluto, não significa que por estar no rol dos direitos e garantias fundamentais, que não pode ser de certa forma, violado. O STF utiliza o princípio da proporcionalidade como forma de controle da limitação:

[...] a Constituição não trata a privacidade como direito absoluto (art. 5º, X, XI e XII). Há momentos em que o direito a privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado (...) Deve-se buscar o critério para a limitação. O princípio da proporcionalidade é o instrumento de controle. Deve-se ter em conta a proporcionalidade em concreto (SILVA, 2009, p. 45).

Segundo a lição do ministro José Carlos Barbosa Moreira, que segue a linha de entendimento acima citada:

[..] pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento de alguns direitos conferidos, no caso, direito à intimidade (SILVA, 2009, p. 45).

Nesse passo, faz-se necessário um juízo de valores, uma análise profunda do caso em discussão, considerando-se a possibilidade de limitação de alguns direitos.

Ademais, a Constituição Federal ao prever diversos estados ideais, por meio de vários princípios nela esposados, conclui-se que é indispensável uma conformação entre os mesmos.

Desse modo, na questão atinente ao crime organizado, observa-se que o Estado é quem encontra-se em desvantagem para com o crime, que no caso é mais desenvolvido, e conta com aparatos de última geração, tecnologias de ponta, investimentos pesados, os quais a Polícia Judiciária não tem acesso.

Em contrapartida, a proteção da sociedade deve ser acimada à proteção dos indivíduos investigados ou acusados da prática de tal criminalidade, considerando que o Estado Democrático de Direito também assegura a todos o direito à segurança.

A organização protagonizada em torno dessas infrações decorre de uma planificação que expande tentáculos sobre toda a ordem de fatores a ela relacionados. Assim, desde o forte poder de influência sobre a produção legislativa, desencadeada por meio de poderosos *lobbies* atuantes junto ao respectivo poder de Estado, verifica-se uma agregação das corporações econômicas no sentido de planejar o delito de forma tal que a conduta ostente, em sim, um “ar de licitude”, a fim de que em absoluto transpareça a ilegalidade (FELDENS, 2002, p. 146).

Ainda:

Enfim, essa rede altamente intrincada aonde se aloja o crime do “colarinho branco”, a traduzir, não raramente, um rol de operações disfarçadas que, isoladamente consideradas, poderiam não evidenciar ilicitude alguma, mas que unidas em entorno do fim a ser alcançado não deixam dúvidas quando à prática delitativa, passa ao mais incauto cidadão comum – ou ao próprio juiz – uma idéia de *legal business* (FELDENS, 2002, p. 147).

Esse tipo de delito traz efeitos principalmente no âmbito material no quesito às provas do processo penal, em razão da complexidade que gira em torno dos fatos que cercam os delitos da natureza organizada.

Ademais, parte da criminalidade organizada é praticada por cidadãos de alto status social, que praticam os chamados “crimes do colarinho branco”, denota-se que a impunidade e o tratamento privilegiado prevalecem, o que dificulta ainda mais o combate a criminalidade organizada.

9 DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

Como já dito o escritório de advocacia é inviolável, sendo permitida a busca e apreensão apenas por determinação judicial, devidamente fundamentada e por juiz competente, com a finalidade de buscar prova especificada em um mandado que descreva pormenorizadamente o objeto a ser apreendido, desde que o advogado seja investigado ou acusado de alguma prática delitiva.

A possibilidade da busca e apreensão no escritório de advocacia encontra-se prevista no artigo 7º, § 6º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo Ishida:

A busca é o primeiro ato e a apreensão o segundo. Primeiro se procura e depois se apreende a coisa ou a pessoa. A busca e apreensão é meio de prova destinada a evitar o perecimento. Também é medida cautelar. Pode ser realizada anteriormente a qualquer procedimento policial (Concurso Delegado/MT – 2006), durante a fase inquisitiva, processual e até na fase de execução (2010, p. 155).

Para Capez:

A apreensão consiste na detenção física do bem material desejado e que possa servir como meio de prova para a demonstração da infração penal. O ato, por sua vez, se formaliza em um auto circunstanciado, o qual contém a descrição completa de todo o acontecido, devendo ser assinado pelos executores e testemunhas presenciais (2010, p. 387).

A busca realizada no escritório de advocacia encontra maior rigor do que as outras modalidades de busca, que são previstas no Código de Processo Penal, quais sejam, a domiciliar e a pessoal, uma vez que aquela encontra limite à atuação do Estado em razão da inviolabilidade do escritório.

Com efeito, tendo em vista a previsão expressa do legislador ao permitir a busca e apreensão no escritório de advocacia, quando esta tiver como finalidade colheita de provas em desfavor do advogado, desde que esteja o mesmo sendo investigado ou acusado.

A decisão que determina a busca e apreensão deverá ser requerida pela Polícia Judiciária ou por representante do Ministério Público, de modo que o juiz competente, por decisão fundamentada, determinará a expedição de mandado de busca e apreensão.

O mandado de busca deverá ser específico e pormenorizado, ademais a sua execução deverá ser acompanhada por um representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Cumprida as exigências legais, é perfeitamente possível a realização da busca e apreensão em escritório de advocacia, quando o advogado figure como acusado ou investigado.

9.1 Busca e Apreensão de Provas Contra o Cliente

Como acima exposto, cumprida as exigências legais, não haverá impedimento à realização de busca e apreensão em escritório de advocacia, entretanto, a questão muda de direção quando a busca se destina a apreensão de provas contra o cliente.

Entra em cena o direito ao sigilo do advogado, o pacto de confiança que o profissional tem para com o cliente, a violação a direitos e garantias.

A questão vai além, quando se invoca o princípio da proporcionalidade pró-indivíduo, que visa impedir que o Estado cometa abusos e viole direitos dos cidadãos, sendo indicada como uma lesão o direito a busca e apreensão em escritório de advocacia contra os clientes.

Não obstante, não se pode perder de vista que o princípio da proporcionalidade também atua na vertente pró-Estado, que este de forma ingerente se obriga a garantir aos cidadãos a efetividade dos direitos e garantias que lhes são assegurados.

Desse modo, para se buscar a efetivação dos direitos fundamentais garantidos a sociedade, certos direitos podem ser arrancados de alguns indivíduos de forma individual, com a finalidade de proteção da coletividade.

Ante a criminalidade organizada, principalmente considerando a dificuldade de combatê-la, exatamente em razão da dificuldade de se encontrar provas aptas a revelar e condenar os envolvidos, é necessário que outros métodos de busca de provas sejam utilizados.

A partir do princípio da proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos, a sociedade não pode ficar a mercê da criminalidade, não pode ficar sem a devida proteção estatal, os direitos da sociedade estão acima da lei, o que justifica uma atuação mais eficaz da atividade estatal, mesmo que para isso suprima alguns direitos e garantias dos envolvidos na prática delitiva.

Assim, o Estado além do dever de prestar segurança à sociedade, passou a ser a parte mais fraca da relação, quando se trata de criminalidade organizada o aparato estatal deixa a desejar, e em contrapartida, a crescente criminalidade organizada é caracterizada pelo acúmulo de poderio econômico o que dificulta ainda mais a atuação da Polícia Judiciária.

Nesse diapasão, seria possível a busca de provas contra o cliente em escritório de advocacia, uma vez que tenha por fundamento a proteção da coletividade, e que seja assegurado ao cliente o devido processo legal e todas as suas garantias, não haveria ilegalidade na conduta.

Ademais, em sendo o mandado de busca e apreensão nos mesmos moldes daquele expedido contra o advogado, ou seja, desde que determinado judicialmente por juiz competente, se específico e pormenorizado, até mesmo sua execução devidamente acompanhada, não haveria empasses.

Bem como o já afirmado, são os direitos da coletividade que estão em questão, a conformação dos direitos nesse caso, devem levar em conta que o direito individual do envolvido no crime organizado de se ter a intimidade, privacidade preservada, vai de encontro com o direito maior a ser tutelado, qual seja a segurança da sociedade, que não pode ficar desprotegida perante a atividade criminosa.

10 CONCLUSÃO

De fato, a ação estatal deve ser limitada, de forma que proteja e preserve os direitos individuais que possam ser atingidos, no entanto, a ação deve ser limitada de acordo com o dever de proteção dos direitos da coletividade, a fim de que o Estado não se omita e exerça sua prestação positiva.

A proibição de excessos pregada pela vertente pró-indivíduo, não pode vir a anular o *jus puniendi* estatal, é certo que o Estado não vem cumprindo satisfatoriamente suas funções, a mais evidente e a que de forma mais direta afeta a sociedade é a prestação de segurança.

Há um direito de defesa de exigir do Estado que não cometa arbitrariedades, abusos, não viole direitos fundamentais, porém, não é possível a total exclusão do poder punitivo e repressivo estatal.

Apesar de classicamente ser defendido com base na proteção dos indivíduos contra as ingerências estatais, o princípio da proporcionalidade, hoje também é bastante debatido pela proibição da proteção insuficiente ou deficiente, de modo que o Estado é quem tem o dever de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente garantidos.

Cada vez mais, os aplicadores do direito estão invocando essa nova vertente, que vem ganhando dimensão expressiva, uma vez que, evidente, que não é suficiente apenas proibir o Estado de violar direitos, este tem como função-dever principal, protegê-los.

À luz dessa vertente do princípio da proporcionalidade pretende-se encontrar meios mais eficazes de combate a criminalidade, especialmente a criminalidade organizada.

Por constituir-se de forma mais organizada e com aparatos melhores que a Polícia Judiciária, é nítida a desvantagem do Estado em relação ao crime organizado.

Nessas circunstâncias, deixou o Estado de ser a parte mais forte na relação, as arbitrariedades são cometidas pelos criminosos, que afetam a sociedade de forma direta, desestruturando os pilares da economia, fraudando, sonegando, traficando, e não sendo punidos.

Observa-se que o advogado que guarda provas em seu escritório aptas a incriminar seu cliente, mas que seriam imprescindíveis à desestruturação de uma quadrilha de sonegadores, o bem maior que é a economia pública, que é a sociedade, estariam sobrepostos ao direito da inviolabilidade do escritório.

Se o advogado passa a ocultar provas de crimes, este passa a contribuir para a criminalidade, deixa de cumprir com seu dever de proteção da justiça, deixa a ética de lado e passa a ser criminoso.

Por esse ponto de vista, deixa o advogado de ser advogado, não justificando, mais a inviolabilidade de seu ambiente de trabalho.

O Processo Penal Brasileiro ao buscar a verdade real, torna a prova da materialidade delitiva imprescindível, nesse sentido para que o Estado puna os criminosos é necessário provas da autoria e da materialidade.

Não obstante, a atuação do crime organizado é além de cometer crimes, é ocultar as provas, é “lavar o dinheiro” para torná-lo lícito, dificultando a atividade estatal.

Ressalta-se, ainda, que ao proibir a utilização de provas ilícitas, o constituinte pretendeu estabelecer uma paridade de armas. Vale dizer que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um período que o país havia acabado de deixar o regime ditatorial militar, onde o Estado, como Poder Maior e indiscutivelmente forte e sem escrúpulos, não garantia direitos aos cidadãos, por isso a Carta Maior trouxe um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

No entanto, não se pode perder de vista que a realidade da sociedade brasileira mudou, diante do crime organizado, o Estado fica aquém, e conseqüentemente a sociedade fica a mercê da criminalidade.

Nesse contexto de crime organizado, justifica-se a violação do escritório de advocacia para se buscar provas contra o cliente que esteja envolvido no crime organizado.

Em via de consequência, ao efetivar e cumprir o seu papel de protetor o Estado pode, desde que por decisão fundamentada de juiz competente, autorizar a busca e apreensão em escritório de advocacia contra o cliente do advogado.

Ademais, o mandado será específico e pormenorizado, de modo que as provas a serem apreendidas serão aquelas especificamente relacionadas ao cliente envolvido, bem como será a ele garantido o devido processo legal.

Com efeito, se o Estado age de acordo com os preceitos estampados na Constituição, não há excessos. O Estado Democrático de Direitos exige não só a garantia dos direitos fundamentais individuais, mas também, que o Estado cumpra com o seu papel de protetor, e em função da realidade de criminalidade que assola o país, faz-se necessário uma atuação mais efetiva dos órgãos estatais.

Considerando as submáximas do princípio da proporcionalidade na vertente pró-Estado, observa-se que, se a medida é adequada a satisfazer a obrigação prestacional estatal; se é a forma mais eficaz e menos interventiva; e se por meio da ponderação entre os direitos em questão, a ação provoca impactos toleráveis, a medida pode ser efetivada.

Desta feita, o crime organizado, especialmente o crescente crime organizado pela Internet, requer uma atenção maior do Estado, por essa razão, o aparato estatal deve se moldar e se tornar adequado ao combate eficaz da criminalidade.

Em função do princípio da proibição da proteção deficiente o poder estatal tem que se adaptar, sendo necessário equipar a Polícia Judiciária e fornecer apetrechos tão modernos quanto os utilizados pelos grandes criminosos.

Por fim, em decorrência do poder e dever que o Estado tem de garantir a todos o direito fundamental à segurança, deve também se adequar para de forma eficaz proteger os direitos e garantias fundamentais da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição; Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª edição; Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1ª edição; Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª tiragem; Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição; Malheiros Editores, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição; Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª edição; Coimbra: RT, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª edição; São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crime do Colarinho Branco: por uma legitimidade da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo Penal**. 2ª edição; São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e A Ordem dos Advogados do Brasil**. 3ª edição; São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime: anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª edição; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª edição; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da Silva. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2ª edição; São Paulo: Atlas, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Livraria do Advogado, 2001.