

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A INVIOLABILIDADE DO SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO E
O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

Larissa Aparecida da Silva

Presidente Prudente/SP

2012

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A INVIOLABILIDADE DO SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO E
O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

Larissa Aparecida da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito sob orientação do Prof.^o Msc.
Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente/SP

2012

A INVIOLABILIDADE DO SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Prof. Msc. Marcelo Agamenon Goes de Souza
Orientador

Marcio Ricardo da Silva Zago
1º examinador

Diego Ferreira Russi
2º examinador

Presidente Prudente, 11 de junho de 2012.

Estuda, e estuda permanentemente, pois não te é lícito o acomodamento; não esqueças que toda discussão tecnológica encobre uma discussão ideológica; lê, pois, e aplica as leis criticamente; não olvides que teu compromisso fundamental é com o Direito e a Justiça e não só com a Lei.

Paulo Queiroz

Dedico este trabalho a DEUS e minha família, sustentação de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por ter conduzido meus passos até aqui com saúde para estar se cumprindo mais uma etapa da minha vida.

À minha mãe por ser exemplo de vida e amor, que quero seguir e levar para sempre em meu caminhar.

Meu pai, que com carinho me apoiou e ajudou a chegar até aqui.

Meu noivo por estar ao meu lado me ajudando em tudo sempre que possível e ter sido meu apoio nas horas em que precisei.

Minhas amigas que direta ou indiretamente colaboraram e estiveram ao meu lado durante o decorrer do curso de Direito, o que inclui o presente trabalho.

Ao meu orientador que colaborou para minha formação jurídica e dispensou sua atenção e conhecimento me ajudando e orientando durante a elaboração deste trabalho.

Aos examinadores que de pronto aceitaram meu convite para compor a banca examinadora.

RESUMO

No presente trabalho, estuda-se a importância do exercício da atividade do advogado. Essencial para a administração da justiça, o advogado precisa ter seus atos protegidos pela legislação, sob pena de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, uma vez que sem uma advocacia forte e protegida, o acesso à justiça, um dos principais pressupostos de um Estado de Direito, fica comprometido. Assim, verifica-se que tanto a Constituição Federal quanto a legislação ordinária garantem a importância da atividade advocatícia e, além disso, protegem o advogado pela consagração do direito ao sigilo, consistente na proteção dos dados obtidos em razão de sua profissão. No entanto, com o progressivo crescimento da criminalidade, vê-se que até mesmo essa importante profissão tem funcionado como mecanismo de atuação no crime organizado. Assim, procura-se estudar, quais são os elementos que a legislação brasileira entende como necessários para que se possa romper com o sigilo profissional do advogado, visando-se a apuração de condutas delitiva, analisando sendo o caso de rompimento de tal prerrogativa se será proporcional e razoável tal prática. Necessário ainda é analisar o valor das provas obtidas por violação do sigilo profissional, se estas terão ou não valor probatório ou deverão ser desentranhadas do processo como prevê a lei. Analisa-se por fim se a prerrogativa trata-se de cláusula pétrea implícita, já que em sendo, trará desdobramento prático no sentido de não poder ser abolida ou restringida por Emenda Constitucional.

Palavras-Chave: Sigilo profissional. Inviolabilidade. Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Provas ilícitas.

ABSTRACT

In this current paper, we will be studying the importance of exercising the activity of a lawyer. Essential to the administration of justice, the lawyer must have their actions protected by law under the penalty of weakening the democratic State of Law, since without a strong and protected law enforcement, the access to justice, one of the main assumptions of the rule of Law, is compromised. Thus, it seems that both the Constitution and ordinary legislation guaranteeing the importance of lawful activities and also protects the attorney for the consecration of the right of professional secrecy, namely the protection of data obtained by virtue of their profession. However, with the progressive growth of crime, we see that even this important profession has been used as a mechanism of action in organized crime. Thus, we seek to study, what are the elements that Brazilian legislation understands as necessary for one to break the confidentiality of the lawyer in order to conduct the investigation of criminal offense analyzing the case of disruption of such prerogative if it will be proportional and reasonable such a practice. It is also necessary to analyze the value of evidence obtained through violation of professional secrecy, whether or not they will have probative value or they will be drawn out from the process as required by law. Finally, it analyzes if the prerogative is about an implied entrenchment clause, and if this is the case it will bring a practical development in order not to be abolished or restricted by Constitutional Amendment.

Keywords: Professional secrecy. Inviolability. Fundamental Rights. Federal Constitution. Illegal evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 História e Evolução	14
2.2 Dimensões de Direitos	18
2.2.1 Direitos de primeira dimensão	19
2.2.2 Direitos de segunda dimensão	20
2.2.3 Direitos de terceira dimensão	20
2.2.4 Direitos de quarta dimensão?	21
3 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	23
3.1 Breves Linhas Históricas	24
3.2 Devido Processo Legal: Delimitação Conceitual	26
3.2.1 Devido processo legal como norma constitucional.....	27
3.2.2 Devido processo legal como norma princípio	30
3.3 Previsão Legal.....	34
3.3.1 Princípio do juiz natural	36
3.3.2 Princípio da presunção de inocência.....	37
3.3.3 Princípio do contraditório	38
3.3.4 Princípio da ampla defesa	39
4 SIGILO PROFISSIONAL.....	40
4.1 Conceito e Significado	40
4.2 Direito dos Advogados	43
4.2.1 Artigo 6º do estatuto da ordem dos advogados do Brasil.....	44
4.2.2 Artigo 7º do estatuto da ordem dos advogados do Brasil.....	45
4.3 Conflito entre o Direito de Sigilo Profissional e a Prática de Crime	46
4.3.1 Teoria da proporcionalidade e razoabilidade.....	49
4.3.2 Validade das provas obtidas por violação do sigilo profissional e a teoria dos frutos da árvore envenenada.....	51
4.3.2.1 Conceito de prova ilícita	52
4.3.3 (Im)possibilidade de quebra do sigilo profissional por emenda constitucional	57
5 CONCLUSÃO	62
BIBLIOGRAFIA	66

1. INTRODUÇÃO

Durante alguns anos imperou no Brasil regimes autoritários, que perdurou até o ano de 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal brasileira, que traz em seu texto diversas garantias para os cidadãos.

Dentre estas garantias asseguradas, encontramos o acesso à justiça, que é indispensável para a efetivação das garantias concedidas através do judiciário, porém faz-se necessário uma capacidade postulatória que é possuída pelo profissional advogado, que como pode-se encontrar nos dizeres na atual Magna Carta, este é indispensável à administração da justiça.

Por ser figura importantíssima, este possui a inviolabilidade de seus atos, inviolabilidade esta que foi regulamentada pormenorizadamente pela Lei nº 8.904/94, também conhecida como “Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil”.

A prerrogativa de maior destaque é a inviolabilidade do sigilo profissional.

É importante salientar que inviolabilidade e sigilo profissional, embora são conceitos que se confundam, este decorre daquele, funcionando mais em favor do cidadão que procura o profissional em busca de proteção judicial confiando a eles seus problemas, do que ao próprio advogado.

Ainda, lhes são garantidos um tratamento isonômico aos membros do Ministério Público, magistrados e advogados, evitando que um prevaleça sobre o outro, podendo assim, cada um exercer seu papel de acordo sua convicção.

No artigo 7º do referido estatuto, encontra-se XX incisos que elencam vários direitos e prerrogativas para estes profissionais.

O presente trabalho vislumbra analisar estas prerrogativas e ainda visa estudar um eventual conflito entre o necessário direito ao sigilo profissional e a prática de crime, ou seja, um profissional que se valha desta condição para esconder um crime praticado.

Verifica-se que se tal prática ocorrer, haverá um conflito entre dois direitos fundamentais. Um o do sigilo profissional. Outro o direito de punir do Estado,

que é decorrente do direito à segurança, tendo então que se convocar a máxima da ponderação para solucionar tal conflito, sempre levando em conta o caso em concreto.

O presente trabalho passa a estudar pormenorizadamente as garantias do profissional advogado, e logo após, analisa um eventual conflito destas garantias com a prática delituosa por parte deste.

Ainda faz-se necessário passar por uma análise ainda que sucinta sobre a possibilidade da validade ou não das provas obtidas através da quebra do sigilo profissional, já que é sabido que não são válidas as provas que desrespeitem preceito legal ou constitucional, proibição esta elencada no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, assunto também abordado pelo presente trabalho já que torna-se impossível discorrer sobre sigilo profissional sem que antes seja traçada a linha histórica dos Direitos Fundamentais.

Outro ponto a ser abordado e com uma análise um pouco mais aprofundada é a garantia do Devido Processo Legal, conceituando-o e esclarecendo seus parâmetros.

Sendo assim, verifica-se desde logo que o Sigilo Profissional não é um tema que se exaure em si mesmo, já que para iniciar um estudo, faz-se necessário passar por conceitos e análises históricas de outros temas atrelados àquele ainda que implicitamente, necessitando de uma interpretação sistemática do sistema legal brasileiro.

Ante o exposto, a presente pesquisa passa a analisar cada tópico já citado, acrescentando ainda a possibilidade de se restringir o Sigilo Profissional do Advogado através de Emenda Constitucional, já que o mesmo não se encontra no rol da Constituição Federal onde estão elencados os Direitos e Garantias Fundamentais, o que por disposição da própria Lei citada, não poderá ser objeto de deliberação de Emenda Constitucional.

Sendo assim, como já antecipado, se é através da função do Advogado que se efetiva os direitos aos cidadãos, poder-se-ia então considerar o sigilo profissional do advogado como cláusula pétrea?

Tal questão será exposta e solucionada no decorrer do trabalho, entre disposições e esclarecimentos sobre o tema abordado.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se falar em Direitos Fundamentais é notável uma diversificação nominal, tais como: Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos individuais, Liberdades Fundamentais entre vários outros.

Até mesmo na Constituição Federal de 1988, encontra-se esta variedade de nomenclatura.

Todas estas denominações referem-se às mesmas prerrogativas, ou seja, direitos que são essenciais e mínimos para uma vida digna, o que é um direito de todo indivíduo.

No que tange a este aspecto, o presente trabalho adota a expressão “Direitos Fundamentais” durante o discorrer do assunto.

Como se sabe vasto é o rol de direitos reconhecidos em âmbito constitucional, porém estes direitos nem sempre tiveram tratamento no ápice da pirâmide normativa, pois a história nos mostra que durante alguns anos os mesmos foram desrespeitados.

Isto nos garante uma longa viagem ao tempo para que assim seja estudada a história e evolução até estes serem reconhecidos no patamar atual.

2.1. História e Evolução

A história dos Direitos Fundamentais não é nada recente, porém, fatores que dão início aos estudos deste tão fascinante tema, não podem em hipótese alguma ser comparados com os atuais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 40) diz que no mundo antigo, a religião e a filosofia, trouxeram noções que influenciaram, no futuro, o entendimento que o ser humano, simplesmente por existir torna-se titular de direitos inalienáveis. Este período, normalmente é denominado de “pré-história” dos direitos fundamentais.

É no antigo Egito que se encontra uma base de mecanismos para a proteção destes direitos, citando então, o Código de Hamurabi (1690 a. C.) que

consagrava um rol de direitos e, acima de tudo, a supremacia da Lei no tocante aos governantes.

A origem dos textos escritos pode ser encontrada na Lei das Doze Tábuas, que tinha como legado a proteção aos cidadãos, liberdade e propriedade.

As idéias de Buda (500 a. C), Péricles, Sófocles (450-405 a.C.), o Direito Romano, entre outros, também são fontes que, mais adiante, ensejaram o surgimento e reconhecimento dos, ora estudados, direitos.

José Afonso da Silva também enumera o Direito Romano como antecedente formal das declarações de direitos, citando como exemplo: “O veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Publíola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar como *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade” (Brega Filho, 2002, p. 5)

Novamente, cita-se o cristianismo como uma importante fonte inspiradora da doutrina, pois propagava a exaltação do valor interior, dentre outros valores.

Na Idade Média, surgiram pactos, forais e cartas de franquia, que eram documentos jurídicos reconhecedores de tais prerrogativas.

A conhecida “Carta de João Sem Terra”, é sem sombra de dúvidas documento importantíssima na história de tais direitos, tanto que, é considerada peça chave da constituição inglesa, obra escrita.

Dentre outros, a carta previa o devido processo legal, proporcionalidade entre o crime e a pena, liberdade de ir e vir. Trazia ainda restrições a alguns tributos, dentre outras liberdades.

Embora, como citado anteriormente, a carta seja documento importante no crescimento e reconhecimento destes legados, a doutrina afirma que não foi este o primeiro documento, pois há indícios de cartas de franquia e forais que foram outorgados nos séculos XII e XIII em Portugal e Espanha.

Podem-se citar como outros documentos as declarações inglesas do século XVII: *Petition Of Rights*; *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*.

Mesmo com esta vasta positivação de garantias individuais, ainda assim não pode ser considerada como início do respeito que hoje foi adquirido, pois

estes documentos adquiriram então uma fundamentação e não uma constitucionalização.

Contudo, pode-se afirmar que houve um avanço, pois já havia, ainda que implicitamente, princípios para que posteriormente fossem ampliados.

Na colônia da Virginia, nasceu a primeira Declaração de Direitos, a chamada *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia*.

Em julho de 1776, surgiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, porém apenas em setembro de 1789, com a imposição de alguns Estados, é que foram aprovadas emendas que limitavam o poder estatal separando os poderes, e ainda, reconhecendo alguns direitos fundamentais tais como o júri, devido processo legal, ampla defesa, entre outros.

Sem hesitar, afirma-se que de suma importância, historicamente falando, foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França no ano de 1789.

As Constituições da França e Espanha foram as que primeiro trouxeram em seu próprio texto a consagração dos direitos ora estudados.

Outras constituições que podem historicamente ser citadas são a portuguesa e belga.

No início do século XX, surgiu a necessidade de garantia do exercício destes direitos, necessitando de outra evolução, o que seria determinado por fatores, sendo eles o social, político, religioso e também fatores econômicos.

Esses fatores, de certa maneira, era uma pressão aos Estados para que estes pudessem reconhecer e garantir tais direitos em nível constitucional.

Então, começaram a surgir as Leis Maiores que, enfim, redigiam tal assunto, afinal, esses fatores de “coerção” foram ganhado força através opinião pública.

Pode então citar as primeiras que foram a italiana, russa e alemã.

Após a luta pela constitucionalização, iniciou-se uma caminhada para a internacionalização.

No século XX, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, fortalecendo uma idéia que não devem estar restritos apenas ao âmbito nacional, afinal, trata-se de um tema com interesse internacional.

Sendo assim, surgiu então a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU.

No Brasil, um documento que pode ser considerado de grandiosíssima relevância é o Pacto de San José da Costa Rica, que foi ratificado pelo Brasil no ano de 1992.

Em questão relacionada às constituições brasileiras, pode-se observar que todas elas reconheceram expressamente declarações de Direitos do Homem.

A Magna Carta de 1215 trouxe em seu texto alguns direitos individuais tais como: legalidade, igualdade, inviolabilidade de domicílio, entre vários outros que ainda hoje permanecem intactos.

De acordo José Afonso da Silva (1996, p.169)

A primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Belga de 1831, a que se tem dado tal primazia.

A próxima constituição brasileira foi a de 1891, esta por sua vez, inspirada por pensamentos republicanos e liberais, preservou os que já haviam sido regidos pela anterior e ainda, além do mais, trouxe outros legados como a instituição do Júri, Habeas Corpus, ampla defesa e outros mais.

No ano de 1934, foi promulgada uma nova Lei Maior. Como a de 1891, ainda preservou os Direitos já estabelecidos e, como novidade, trouxe o desconhecido, até então, mandado de segurança, garantia para quem tivesse direito líquido e certo violado por ação ou omissão inconstitucional ou ilegal de autoridade.

Outro progresso foi a designação de um título específico para os direitos econômicos e sociais do homem.

A próxima Constituição brasileira foi a totalitarista de 1937, que era conhecida como Polaca por ter buscado inspiração no fascismo e nazismo. Esta, ao contrário das anteriores, buscava restringir ainda mais as garantias individuais e coletivas, em especial, no que tangia à política.

Além de instituir a pena de morte, aboliu o mandado de segurança, recentemente conquistado. Houve concentração de poderes na mão do Presidente da República, que na época era Getúlio Vargas.

Porém, no ano de 1946, houve um avanço e retornaram os direitos que haviam se extinguido.

Foi então que foi abolida a pena de morte, reconquistou-se o mandado de segurança, e legou a ação popular. Deu ao trabalhador repouso semanal remunerado e o direito de greve.

Em destaque, a doutrina cita a harmonização dos três poderes e a instituição do Estado de Direito.

Em 1964, houve o golpe militar, contudo, a Magna Carta foi mantida, porém os militares buscavam incessantemente, centralizar o poder nas mãos do Executivo, criando os Atos Institucionais.

Estes foram de cassar as garantias dos juízes, até extinguir partidos políticos, entre diversos retrocessos. Até que, em um destes atos institucionais, o Congresso Nacional foi convocado para instituir uma nova constituição brasileira.

Não foi outorgada, mas sim homologada a Constituição de 1967, prevendo garantias individuais e também direitos dos trabalhadores.

No final de 1968, foi editado o ato institucional n. 5, que trouxe um novo retrocesso, pois este restaurou todos os anteriores e ainda vetou o habeas corpus.

No ano de 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional n.1, que ainda que modificou por bastante a Constituição de 1967, no que concerne ao direitos fundamentais não trouxe nenhuma alteração formal.

Finalmente, foi outorgada a Constituição Federal vigente até hoje, no ano de 1988. Esta ampliou os direitos fundamentais, além de reconhecer os direitos de solidariedade. Ainda, reforçou a internacionalização dos direitos humanos.

Foi assim então que estas garantias chegaram ao cume da importância jurídica.

Entretanto, ainda há que ser discutidos a questão da classificação.

2.2. Dimensões de Direitos

Os Direitos Humanos são classificados de acordo suas transformações no que diz respeito à titularidade, eficácia e efetivação.

A doutrina divide essa classificação denominando-as de Dimensões e dividindo-as em três, sendo então Direitos de primeira geração aqueles que criavam uma barreira na atuação do Estado frente algumas garantia dos indivíduos.

Direitos de segunda geração são considerados aqueles que são definidos como de cunho social, econômico e cultural.

E, finalmente, Direitos de Terceira Geração são os de solidariedade.

Há quem diga que se pode falar em uma quarta geração de direito, que seria caracterizada por direitos como direito de informação, pluralismo e garantias ligada à proteção à genética humana.

Após essa breve explanação, passamos a estudá-los separadamente.

2.2.1. Direitos de primeira dimensão

Esta primeira geração de direitos aparece no final do século XVII. São caracterizados como direitos de primeira dimensão ou geração, aqueles que atribuem ao indivíduo uma proteção frente ao Estado.

Esta proteção é no sentido de uma “demarcação” onde o Estado não pode intervir, devendo respeitar a autonomia individual do cidadão. Neste sentido, a doutrina os classifica como direitos negativos, pois estes estabeleciam o que não era permitido ao Estado fazer, utilizando-se do seu poder frente ao cidadão.

A primeira dimensão de direitos, não só pode como deve, ser representada pela expressão (e direito) “liberdade”, pois é a liberdade do cidadão perante o Estado.

Outros direitos que são desta primeira divisão são: Direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade, intimidade, entre outros.

Ingo Wolfgang Sarlet dispõe (2001, p. 50):

Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, completados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a

capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Observa-se que estes direitos, estão dispostos até os dias atuais nas mais diversas constituições, ainda que alguns, de certa maneira, estão com uma “roupagem” diferente, continuam com a mesma essência.

2.2.2. Direitos de segunda dimensão

Esta fase, ora estudada, visou garantir aos cidadãos o exercício dos direitos conquistados anteriormente, pois já estava evidente que apenas o direito, de per si, não era suficiente, havia a necessidade de torná-los eficazes.

Foi então que surgiram os direitos classificados como de segunda geração. Estes são exteriorizados através dos direitos sociais, culturais, econômicos e trabalhistas, sendo reconhecidos pela Democracia Social.

Observa-se que o titular dos direitos e garantias continua sendo o indivíduo na sua particularidade, visando garantir uma vida cada vez mais digna.

Até os dias atuais, estes direitos garantem ao ser humano direito ao acesso aos serviços sociais estatais como educação, saúde, trabalho, entre outros, que, os trazem para um campo mais concreto.

Estas garantias, aqui concedidas, quando somadas às anteriores, trazem uma ideia de sociedade livre.

2.2.3. Direitos de terceira dimensão

Inicialmente, pode-se destacar uma diferença, pois nota-se que os anteriores, possuíam um enfoque individual, ou seja, favorecia o cidadão na sua individualidade, porém os direitos fundamentais de terceira dimensão trazem um enfoque para a sociedade como um todo.

Por esta característica, estes direitos são representados pelas expressões “solidariedade” e “fraternidade”.

Entende Ingo Wolfgang (2001, p. 53):

No que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transacionais nesta seara.

Ainda sobre essa geração, há quem defenda garantias para exercício do direito de morrer com dignidade, mudança de sexo, entre outros, ligados à genética, porém outra parte da doutrina indica supracitados direitos como de uma possível quarta dimensão.

Cabe ressaltar que, é evidente que estes direitos, ainda que tenham como titular a coletividade podem ser exercidos individualmente, pois, verifica-se que de certa maneira, pode-se afirmar que são um complemento para os direitos e garantia individuais.

2.2.4. Direitos de quarta dimensão.

Como já referido em explanações gerais, há quem defenda o nascimento de uma quarta geração de direitos.

Autores que optam por linha de raciocínio, trazem ser estes, como uma geração de “ser diferente”.

Sendo assim, seriam elencados direitos relacionados à genética, tais como o direito a uma morte digna, mudança de sexo, homossexualidade. Porém, para outros doutrinadores, tratam-se de da terceira geração.

Parte da doutrina os classificam como um desdobramento da dignidade da pessoa humana, porém, numa faceta mais moderna, ou seja, adequando a primeira geração de direitos em um mundo atual.

Contudo, há entendimentos favoráveis ao surgimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, no sentido de que seria resultado da globalização destas garantias, que seria uma fase de institucionalização do Estado Social.

Porém, trata-se apenas de uma esperança de um reconhecimento no direito positivo e internacional, pois verifica-se que esta ideia ainda não se consubstanciou pacificamente.

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Antes de se adentrar na temática do devido processo legal e seus desdobramentos faz-se necessário uma breve exposição da origem deste primordial instituto para o Direito, em especial aos ramos do Direito Penal e Processual Penal.

Com efeito, em que pese à indubitável importância do princípio do devido processo legal, vários processualistas, satisfazem-se apenas em tangenciar a sua evolução histórica dizendo que sua origem se deu no direito anglo-saxônico. O objetivo deste trabalho não é esgotar a presente temática, todavia neste capítulo buscar-se-á através de uma análise pouco mais aprofundada sobre a origem e evolução deste princípio obter um conceito que traduza o princípio da devido processo legal, nos moldes atuais.

Ao se dispuser a fazer uma abordagem história, mesmo que sintética, a respeito do devido processo legal (ou *due process of law*), não se poderia deixar de lado dois aspectos relevantes sobre a temática. Primeiro, destacar-se-á, resumidamente, sua aparição – origem -, no direito inglês, mais precisamente na *Magna Carta*, outorgada pelo Rei João Sem-Terra, em 1215. Em um segundo momento, elucidar-se-á a integração do devido processo legal no direito norte-americano, já com outra roupagem, posto que nascido com motivação e princípios diferentes (Martel, 2005, p. 159).

Passada essa linha histórica, o capítulo adentrar-se-á no seu foco, qual seja, uma tentativa de se delimitar o conceito do devido processo legal, através de uma compreensão deste instituto sob o enfoque constitucional e principiológico. Posteriormente, trataremos da previsão legal do presente instituto e seu conseqüente desdobramento em nosso ordenamento jurídico, mesmo que de forma sucinta.

3.1. Breves Linhas Históricas

O primeiro ordenamento jurídico que teria tratado sobre o princípio do devido processo legal foi a *Magna Carta* do rei Jonh Lackland (João Sem-Terra) de 15 de junho de 1215. Tal afirmativa pode ser feita quando da análise do item 39 da citada norma – que abaixo será exposto -, posto que quando se refere a *legem terrae*, que posteriormente fora traduzido para a língua inglesa como *law of the land*, tratava sobre o devido processo legal, sem contudo, utilizar-se dessa expressão.

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país (MEDEIROS, 2000, p. 111).

A expressão devido processo legal só foi efetivamente introduzida em uma norma jurídica em 1354, quando ainda na Inglaterra, o Rei Eduardo III, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*¹, sedimentou a existência deste princípio incorporando-o definitivamente ao sistema da *Common Law*. Entretanto, há que se admitir que durante este interregno – *Magna Carta* e *Statute of Westminster of the Liberties of London* – o instituto do devido processo legal era meramente formal, sem utilização e expressão (Nery Junior, 2002, p. 33).

Certo é que o devido processo legal só começou a ganhar a conotação e importância que hoje fecunda todo o ordenamento jurídico, não só pátrio, mas de todo o globo, quando de sua utilização pelo direito norte-americano.

A Constituição dos Estados Unidos da América onde se desenvolveu o devido processo legal não abarcava originariamente este instituto, sendo que sua introdução expressa no texto constitucional se deu com a edição das 5ª e 14ª Emendas. Na primeira emenda referida, a cláusula *due process of law* abrochou pela primeira vez, juntamente com o trinômio “vida liberdade e propriedade”, sendo que na segunda sofreu grande evolução, passando a significar também “igualdade

¹ Estatuto de Westminster das Liberdades de Londres

de lei” e não somente “perante a lei”, além de marcar sua utilização efetiva (MARTEL, 2005, p. 159/161).

Historicamente, o *due process of law*, além de ter aplicação somente à jurisdição era compreendido apenas como um aspecto procedimental.

Coerentemente a essa visão, os primeiros julgados da Suprema corte norte-americano que aplicaram a ideia do devido processo legal, adotaram “um enfoque estritamente processualístico (*procedural due process*), descartando, até mesmo por expresse as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo” (Castro, 2005, p. 41/42).

No que concerne a primeira afirmativa não há dúvidas mais que a *due process of law clause*, não é mais entendida como uma garantia restrita ao processo judicial, tornou-se sim, um mandamento processual em sentido amplo, ou seja, extensivo a toda forma de intervenção estatal na esfera jurídica privada.

Carlos Roberto Siqueira Castro manifesta-se no seguinte sentido (2005, p. 29 e 412): “Concebida de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração pública”.

Nessa mesma esteira Luciana Andréa Accorsi Berardi (2006, p. 247) expõe:

Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro. Assumiu específica importância na área do poder de polícia, considerado genérica e modernamente como a competência explícita ou implícita dos órgãos estatais para disciplinar o exercício da liberdade individual e a utilização da propriedade em benefício do bem comum, ou seja, de ordenar os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos.

Ainda no mesmo sentido, Paulo Fernandes Silveira (2001, p. 235/236):

A princípio parecia que cuidava, apenas, de meras garantias processuais asseguradas ao acusado, como o julgamento pelo júri e

o igual tratamento processual. Mas mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde. Por isso, depois, com precisão conceitual, o princípio do devido processo legal evoluiu como um precioso instrumental, manejável através do Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar de qualquer membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, a cláusula foi estendida e acabou alcançando os departamentos subalternos do governo.

Destarte, analisando-se os excertos doutrinários acima, vemos o devido processo legal quando do seu surgimento era utilizado sob um aspecto puramente procedimental do processo judicial, sendo somente após uma longa evolução, é hoje entendido como uma garantia individual extensiva a toda forma de intervenção estatal na esfera jurídica privada, em sentido procedimental e substantivo.

Para se alcançar o objetivo primordial deste capítulo – conceituação do devido processo legal - esta breve elucidação do surgimento e evolução do instituto do devido processo legal se mostra suficiente, de modo que adentraremos a seguir na temática principiológica pretendida.

3.2. Devido Processo Legal: Delimitação Conceitual

Se na primeira parte deste excerto buscou-se uma pré-compreensão do devido processo legal, através de uma análise histórica, esta segunda tentará compreender o conceito no horizonte presente. Daí o sentido de se buscar o tratamento original dado pelo direito norte-americano.

De mão desta pré-compreensão resultante desse percurso, imperioso que se estabeleça o sentido e conteúdo do devido processo legal, que uma vez inserido no texto constitucional possui, indiscutivelmente, força normativa, integrando, portanto, o direito brasileiro em vigor.

Nosso desiderato é estabelecer o conteúdo e o sentido jurídico do devido processo legal e, com isso busca-se, inicialmente, reafirmar os limites epistemológicos do presente estudo e, segundo, elucidar que a esquadrinha é por uma definição objetiva do conteúdo e do sentido da norma. Desta forma, se mesmo no direito norte-americano é possível identificar um *standard* relativo à aplicação do *due process clause*, com mais motivo pode-se dar um contorno mais concreto ao devido processo legal utilizando-se do ordenamento jurídico pátrio.

A leitura do inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal revela que o devido processo legal trata-se de uma norma, vez que fincado em um texto normativo, podendo se afirmar ser uma norma da mais alta hierarquia, posto que o texto normativo que o abriga é a Constituição Federal – sendo que o principal atributo da Constituição Federal é a sua supremacia, entendida como superioridade hierárquica formal. De tal modo, o devido processo legal é, pois, norma constitucional.

Entretanto, tal constatação é mero ponto de partida para se buscar uma conceituação deste instituto, posto que a simples verificação se onde está inserido sistematicamente dentro da Constituição Federal, o devido processo legal não basta para se criar um conceito que abarque as necessidades jurídicas. Dessa forma, tratando-se de norma suscitada entre os direitos e garantias fundamentais, faz-se necessário indagar-se sobre sua caracterização como direito ou garantia fundamental, discussão esta que será realizada a seguir.

3.2.1. Devido processo legal como norma constitucional

Falar sobre o devido processo legal implica em situar a norma dentro da Constituição Federal e, em um sentido mais amplo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto se extrai do texto constitucional os seguintes dispositivos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

O que se pretende com o destaque desses excertos constitucionais é demonstrar que a apreensão do significado do devido processo legal alude uma visão de conjunto, que embora diga respeito a todo o texto constitucional, envolve particularmente as normas suscitadas.

Em primeiro lugar deve-se entender que a Constituição Federal cria um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, posto que se trata do primeiro passo para a compreensão de todo e qualquer norma inserida em seu bojo.

O Estado Democrático de Direito nos revela duas grandes qualidades do Estado Constitucional – a limitação do poder do Estado e sua legitimação como Estado Democrático -, o que nos traz como consequência, por um lado a contenção/control e disciplinamento político e, por outro, a exigência de participação popular nas decisões estatais, com sorção direta na idéia de que o Estado só pode interferir na esfera jurídica do cidadão quando autorizado por normas legais, razoáveis e mediante a observância de procedimentos que oportunizem sua manifestação.

Desta feita, a pessoa não deve ser tratada pelo poder público como um simples meio para se atingir uma finalidade, mesmo que de interesse público, tampouco como um mero objeto das atividades estatais.

Nesta senda, vem o voto do Min. Cezar Peluso no julgamento pelo Pleno do STF, do MS 24.268/MG, em que se discutia o cancelamento de pensão especial por determinação do TCU, posto que este entendeu ser ilegal a adoção que deu causa ao pensionamento – realizado pelo bisavô da pensionista, na época com 83 anos de idade e portador de câncer, uma semana antes de falecer.

A Relatora original, Min. Ellen Gracie, optou por indeferir o pedido mandamental, pois entendeu ser desnecessário o contraditório, tendo inclusive apontado por uma possível ação fraudulenta quando da adoção. Já o Min. Peluso acompanhou o Relator para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, explanando pela

exigência do devido processo legal e do contraditório, determinando-se a oitiva da pensionista: “ouvida, porque o fato de não ser ouvida, sob pretexto de suposta aparência de fraude, transforma a pessoa humana em objeto.

Em se dispondo sobre ela sem lhe dar a oportunidade de ser ouvida e considerada sujeito” (STF, Tribunal Pleno, MS 24.268/MG, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, DJU de 17.09.2004).

Analisando-se o recorte jurisprudencial alhures, vemos que o STF vem aplicando o devido processo legal sobre determinadas balizas, exigências em todos os casos. Isso porque, os processos estatais, aonde há exercício do poder pelo Estado, se dividem em jurisdicionais e não jurisdicionais, sendo possível encontrar diferenças dentro dos processos jurisdicionais, ainda mais entre estes e os processos não jurisdicionais (Dinamarco, 2004, p. 74/78).

3.2.2. Devido processo legal como norma princípio

Corrente na doutrina e jurisprudência a atribuição ao devido processo legal como sendo um princípio sem, contudo, trazer justificativas explícitas para essa opção. Como o próprio conceito de princípio não é matéria pacífica, a falta de justificativas não permite se atribuir qual o significado e alcance que a qualificação do devido processo legal como princípio pretende.

A utilização pelo Legislador Constituinte da expressão “devido processo legal” não só consagrou uma tradução questionável como induz a uma compreensão problemática, posto que para nós integrantes de um sistema que tem na lei escrita a base de todo direito, não possuir uma definição exata de um importante instituto jurídico, nos leva a ter dúvidas quanto a sua utilização. Embora necessária a crítica, imperioso se reconhecer que a entonação do dispositivo constitucional, juntamente, com a generalização do seu uso pela doutrina e jurisprudência dão pouca esperança de que valha a pena insistir nessa seara.

Tendo a tradução não expressado o real significado, cabe ao interprete com mais denodo o trabalho de superar a literalidade do texto constitucional e extrair com sua compreensão o que é mais importante na norma. Majoritariamente, a doutrina pátria entende que ou uma norma é um princípio ou uma regra, sendo que uma coisa exclui a outra. Dessa forma, a indagação que se resta é: o devido processo legal é um princípio ou uma regra?

Antes de se adentrar em tal celeuma forçoso se faz explicitar em poucas linhas a distinção entre princípios e regras, sob pena de se correr o risco de comprometer inteiramente a resposta.

Para além das controvérsias pontuais é possível que se conceba distinções fracas e forte entre princípios e regras (ÁVILA, 2007, p. 84/91).

Tem-se com uma distinção fraca a alegação do grau de abstração e generalidade da norma como critério para se separar princípios e regras. Para quem elege tal entendimento os princípios possuiriam grau de abstração e de generalidade elevados, possibilitando com isso, uma considerável subjetividade do aplicador; enquanto as regras teriam reduzido grau de abstração e generalidade, o que por sua vez limitaria a subjetividade do aplicador. De outro turno, acolhe-se uma distinção forte quem defende ser o ponto de cisão, entre as normas, o modo de solução de antinomias, posto que os princípios sejam aplicados mediante ponderação, podendo ser concretizados em diferentes graus. Já a regras são aplicadas por subsunção, ou se concretizam ou não.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1034):

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios [...]. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Portanto, temos que princípios e regras são espécies de normas jurídicas diferentes, sendo papel do aplicador do direito a distinção entre ambas. Embora não ser a melhor atitude, nem possível, elaborar um distinção absoluta entre essas duas espécies de normas, é possível elencar algumas diferenças –

qualitativas – destacadas pelos autores mais importantes e recolhidas na síntese de Gomes Canotilho (1998, p. 1035/1036):

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de DWORKIN: *applicable in all-or-nothing at all fashion*); [em segundo lugar] a convivência entre princípios é conflitual (ZAGREBELSKY), enquanto que a convivência entre princípios é antinômica: os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, [em terceiro lugar] os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”) consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se a regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos, [...] Realça-se também que [em quarto lugar] que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Por essa perspectiva – que ora se adota – temos que o devido processo legal é um princípio, mais particularmente pelo seu caráter finalístico e parcial: finalístico, pois exige uma proteção aos direitos fundamentais de liberdade e patrimoniais em sentido amplo, haja vista que a interferência do Poder Público nesta seara só se admite através de um processo previsto em lei; parcial, porque a proteção é erigida de forma genérica, sendo que o conceito de processo devido fica em grande parte dependendo do caso em concreto.

Dessarte, dizer que o devido processo legal é um princípio significa que ele vai ser aplicado de uma maneira própria a esta gama normativa. Ou seja, para se compreender mais acertadamente o devido processo legal, deve-se descrever, mesmo que sucintamente, como funciona um princípio.

Um enfoque analítico da eficácia dos princípios, compreende duas perspectivas: uma interna e outra externa. Pela análise interna, deve se focar na atuação dos princípios sobre normas do mesmo ordenamento jurídico. Tal perspectiva comporta a distinção entre eficácia interna indireta e eficácia interna direta. A primeira revela a incidência dos princípios com a intermediação de outra

norma; já a segunda demonstra a aplicação do princípio sem a necessidade de aplicação de outra norma.

Dessa forma, podemos dizer que o devido processo legal é um sobreprincípio, posto que estabelece uma relação entre os princípios da ampla defesa e do contraditório, propiciando que cada elemento dessa relação receba um aspecto novo, diferente se tivessem sido analisados individualmente.

Entretanto, pode o devido processo legal, em determinadas situações, agir como se regra fosse, posto que, possui um conteúdo descritivo para fundamentar a invalidação de qualquer ato que possa interferir na liberdade ou patrimônio de uma pessoa sem a devida fundamentação legal. Isto demonstra que uma espécie normativa pode desempenhar mais de uma função.

A adoção de devido processo legal como sobreprincípio ganha grande relevância no direito brasileiro, haja vista que o Brasil possui uma Constituição analítica, com garantias explícitas, leis processuais detalhistas, realidade aposto à vivenciado pelo direito norte-americano.

Podemos concluir que o devido processo legal é um sobreprincípio que garante a impossibilidade de ser privar um indivíduo de sua liberdade ou de seus bens sem um processo justo, sendo considerado justo, o processo onde é assegurado aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório, ampla defesa e a presença de um julgador imparcial, devendo a decisão tomada por este, ser fundamentada na legislação regente.

Nas palavras de Rui Portanova (2008, p. 146):

O princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito. Assim, aplica-se tanto na jurisdição civil e na penal, como também nos procedimentos administrativos. Ademais, engloba a reivindicação de direitos (inclusive de declarar a inconstitucionalidade de lei), a eficaz defesa e a produção de provas. No devido processo legal estão enfaixadas garantias representadas principalmente pelos princípios do contraditório, ampla defesa, duplo grau, publicidade, juiz natural, assistência judiciária gratuita.

Nesse âmbito o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que

informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade e razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

3.3 Previsão Legal

O processo é tido como uma garantia de liberdade, sendo que esta é um direito inerente ao homem, elencado como um direito fundamental nas constituições dos Estados Democráticos. Tanto assim o é, que encontra previsão expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. 8º - Toda pessoa tem recurso perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Art. 10 – Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

Deste modo, o processo garante a liberdade, em toda sua dimensão. Todavia, para tal garantia se tornar efetiva e concreta não prescindir do devido processo legal, haja vista que um processo válido necessita do atendimento dos pressupostos constitucionais.

O Pacto de São José da Costa Rica, introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n.º 678/92, agrega garantias mínimas a serem observadas em um processo jurisdicional:

Artigo 8º - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente,

independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não foi legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, todo o ordenamento jurídico foi modificado e seu pressuposto de validade se tornou a nova Carta Política, isto significa dizer que as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro até então, se consideradas incompatíveis com a nova sistemática jurídica implantada não foram recepcionadas, sendo, portanto expurgadas do nosso ordenamento jurídico.

Todas as normas que antes traziam em seu bojo o caráter autoritário se tornaram plenamente imprestáveis. Essa é a ideia que preconiza atualmente no direito processual brasileiro.

O Devido Processo Legal, princípio indispensável ao Estado Democrático de Direito é norma fundamental e de observância obrigatória. Somente

pode-se falar na existência de um processo democrático se este tiver fulcro no princípio em tela.

Na sistemática constitucional, o devido processo legal é expressamente previsto no artigo 5º, incisos LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Do mesmo modo, analisando-se a lógica constitucional, não se pode ignorar o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que evidencia a adoção do sistema processual acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro, em seu viés puro.

As garantias constitucionais do processo são, em verdade, o desenvolvimento analítico do devido processo penal. Desta forma, a seguir serão evidenciadas as principais garantias do processo.

3.3.1 Princípio do juiz natural

Dispõe o artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Nas palavras de Hidejalma Muccio juiz natural “é aquele pré-constituído por Lei” (2000, p. 69).

Tal princípio abarca dois planos. O primeiro refere-se à proibição da existência de um tribunal de exceção, ou seja, de um Tribunal criado, após a ocorrência de um fato, posto que nosso ordenamento jurídico veda expressamente que um Tribunal possa julgar um caso pretérito a sua formação – artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal.

Heráclito Mossin bem define este princípio (1996, p. 72):

[...] o princípio do juiz natural ou constitucional, além de ser um garantia ao direito de defesa do cidadão, vez que somente poderá ser julgado por um juízo previamente designado pela Constituição Federal e pelas Leis ordinárias no que diz respeito aos órgãos que compõem esse juízo, consagra também a independência funcional do Poder Judiciário em face dos outros poderes.

Sobre outro enfoque, o princípio do juiz natural preconiza a existência de um juiz competente, um julgador investido constitucional na tarefa de analisar a prática de um fato delituoso. Assim, não é possível a criação de um órgão jurisdicional, julgador, não previsto constitucionalmente.

3.3.2. Princípio da presunção de inocência

Trata-se de princípio fundamental para toda sociedade democrata de direito. Surgiu no início do século passado na França e ganhou grande repercussão mundial, ditando o pensamento jurídico liberal, tendo inclusive incorporado diversos tratados internacionais, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU.

No direito pátrio, o primeiro brocardo se deu com a promulgação da Carta Magna de 1988, onde em seu artigo 5º, inciso LVII, o consagra nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio da presunção de inocência garante ao acusado não ser tratado como se condenado fosse até a prolação da sentença definitiva. Traduzindo tal garantia em termos concretos – direitos -, temos como aspecto mais inovador deste princípio a vedação a qualquer forma de identificação do suspeito – corolário da dignidade da pessoa humana -; a privação da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado só é admitida a título cautelar, de acordo com as exigências legais; incumbe à acusação a demonstração efetiva da culpa do acusado, ao passo em que se houver dúvida quanto a sua culpa deverá ele ser absolvido.

3.3.3 Princípio do contraditório

Máxima constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal estabelece que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dessa forma, um processo acusatório, preconiza como direito substancial o direito de defesa. Isto visa, dar ao réu a possibilidade de identificar quem lhe está acusando e principalmente do que está sendo acusado, fato este que lhe possibilita a contrariar as alegações feitas contra si, evitando-se assim, uma condenação sem que seja ouvido.

O ato processual que permite o réu a participar do processo e tomar conhecimento de sua matéria é a citação. Esta visa cientificar o réu, oportunizando a ele momento adequado para contestar a ação proposta, acompanhado, todavia, por um advogado.

O Princípio Contraditório possui como escopo igualar as partes em uma relação processual, de modo que sua não observância macula o processo de tal forma, que o torna nulo.

Nas palavras de Heráclito Mossin o Princípio do Contraditório (1996, p. 49):

[...] o princípio do contraditório implica o direito do acusado em contestar a acusação que lhe é endereçada pelo *dominus litis* ou pelo querelante, nas ações penais públicas ou privadas, procurando assim resguardar seu *status libertatis* seriamente ameaçado com a *persecutio criminis in iudicio*.

O Princípio do Contraditório impõe ao juiz, quando do exercício de sua atividade típica, o enfrentamento de todas as matérias suscitadas no decorrer do processo, sob pena, de nulidade da sentença.

3.3.4. Princípio da ampla defesa

A garantia constitucional da ampla defesa relaciona-se diretamente com o princípio do contraditório, de modo que muitas vezes são tratados conjuntamente.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 13):

[...] em cada processo, o juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, cabendo-lhe verificar se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada, pela utilização de todos os meios necessários par influir sobre seu convencimento. Sob pena de considerar o réu indefeso e o processo irremediavelmente viciado.

O exercício da defesa, no processo penal, em sua plenitude é mais que um direito irrenunciável, trata-se de um dever do Estado promovê-la caso o acusado se mantenha inerte, sob pena de vedar o seu *jus puniendi*.

Defesa válida é aquela eficiente, com participação real no processo. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a deficiência da defesa só anulará o processo se quando o réu provar que houve prejuízo, de modo que a configuração de defesa deficiente se dará, praticamente, quando inexistiu a defesa.

4. SIGILO PROFISSIONAL

Com o reconhecimento por parte do legislador da suma importância da atuação do profissional advogado para garantir os direitos e garantias fundamentais, torna-se evidente a preocupação do constituinte pela atividade do advogado, prevendo então, a garantias como a inviolabilidade durante sua atuação profissional que serão estudadas a seguir:

4.1. Conceito e Significado

O Direito constitucional brasileiro é regido pela Constituição Federal de 1988, como é cediço. Referido diploma nasceu com a precípua finalidade de combater os abusos historicamente perpetrados por cíclicos regimes autoritários pelos quais passou a nação brasileira, sobretudo o que perdurou entre 1964 (ano do conhecido “golpe” militar) e 1988 (ano de promulgação da Carta Magna atual).

Bem por isso, a atual Constituição pátria possui diversos dispositivos garantistas, ou seja, dispositivos que militam em favor da liberdade de atuação de seus cidadãos em face da ingerência estatal. Esses dispositivos, em geral, são denominados como “Direitos e garantias fundamentais”. Embora seu art. 5º seja o principal veículo de consagração de tais direitos, encontram-se eles dispostos por toda a Carta.

Importante previsão de direito fundamental encontra no art. 133: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Como se vê, a Constituição tratou de estabelecer a importância do papel do advogado para a consagração do Estado Democrático de Direito. Ora, os direitos e garantias fundamentais, mesmo com previsão constitucional, são violados tanto pelo Estado quanto por particulares.

Diante disso, é necessário conferir um instrumento adequado para salvaguardar tais direitos, proferindo-se eficácia ao princípio da inafastabilidade da

prestação jurisdicional previsto no inciso XXXV do art. 5º. Esse instrumento possui como protagonista a figura do *advogado*.

É por meio do advogado que se garante que todos aqueles que tiverem seus direitos violados possuirão a expectativa de uma justa e adequada defesa. O advogado detém o conhecimento técnico do direito, sendo indispensável para garantir os direitos dos cidadãos comuns. O constituinte tratou, portanto, de estabelecer uma estrutura jurídica que atuasse no sentido de proteger os direitos fundamentais.

Essa estrutura e seu bom funcionamento, em boa medida, é garantida por órgãos estatais, como o Judiciário e o Ministério Público. Mas 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).

Ciente da importância do papel do advogado para a manutenção de um Estado garantidor de direitos e garantias fundamentais, o legislador tratou de estatuir, como acima se viu, que o advogado é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, na forma da lei”.

É visível a preocupação do constituinte com a atividade profissional do advogado. Previu a inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão e, utilizando-se da técnica de normas de eficácia limitada, conferiu que tal direito deveria ser aplicado “nos limites da lei”.

Disso decorreu a criação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.904/94), que tratou de pormenorizar tanto o direito de inviolabilidade previsto no art. 133 da Constituição Federal como tantas outras prerrogativas.

O termo prerrogativa é feliz, desde que compreendido como instrumental jurídico destinado a permitir o desempenho de um direito ou de uma função (no caso da prerrogativa funcional). A inviolabilidade seria, assim, uma prerrogativa outorgada àqueles que estão envolvidos em determinadas situações, tendo por objetivo salvaguardar-lhes e, assim, garantir a atuação (ou omissão) a bem do Estado Democrático de Direito (MAMEDE, 2008, p. 42).

Dentre as prerrogativas previstas pelo legislador infraconstitucional, uma delas merece especial destaque: a do sigilo profissional.

A própria Constituição Federal é ciente da importância ao direito à intimidade possui (sendo que deste decorre o direito ao sigilo profissional). Institui, nos incisos X a XII o seguinte (respectivamente):

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; É inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Da exegese desses três dispositivos com o constante no art. 133, que bem dispõe sobre a importância da atividade do advogado, nasce a necessária proteção ao exercício da advocacia: o direito ao sigilo profissional.

Nesse passo, o art. 7º, II, do Estatuto da Advocacia estabelece ser direito dos advogados “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”.

Na verdade, a inviolabilidade e o sigilo profissional são conceitos que se confundem. O direito ao sigilo (ou seja, o direito do advogado de manter os dados obtidos em razão do exercício da advocacia sob seu pleno controle, sem interferência de terceiros) é uma decorrência natural da inviolabilidade a que sua atividade deve se submeter. Justamente por essa razão que a doutrina aduz que o direito ao sigilo é uma decorrência da inviolabilidade.

Nas palavras de Gisela Gondin Ramos (2003, p. 136), a inviolabilidade consiste no seguinte:

É outra garantia ao pleno exercício profissional, cujo destinatário é menos o advogado, e mais a sociedade que se vale dos seus serviços. Com efeito, as garantias constitucionais de ampla defesa, contraditório, e devido processo legal, exigem mais do que a liberdade. É imprescindível, pois, que a par desta, seja-lhe assegurada a inviolabilidade, em cujo conceito, segundo Paulo Luiz

Neto Lobo, incluem-se a imunidade profissional, a proteção ao sigilo profissional e a proteção aos meios de trabalho.

Ainda, segundo Paulo Lôbo (2007, p. 67):

A inviolabilidade do advogado alcança seus meios de atuação profissional, tais como seu escritório ou locais de trabalho, seus arquivos, seus dados, sua correspondência e suas comunicações. Todos esses meios estão alcançados tradicionalmente pela tutela do sigilo profissional. A ampla utilização da informática pelo advogado, com sua crescente miniaturização, faz estender a inviolabilidade aos dados e arquivos de computador mantidos em seu local de trabalho ou transportados consigo

Conforme se denota, o sigilo profissional é uma decorrência natural do direito de inviolabilidade, que funciona em favor da proteção dos cidadãos no que diz respeito a sua adequada defesa de interesses em juízo. O sigilo profissional do advogado confere segurança jurídica para que os cidadãos procurem o profissional da advocacia e nele confie todos os pormenores de seus problemas, para que sua proteção judicial seja adequada, tempestiva e efetiva, protegendo-se, afinal, a inafastabilidade da prestação jurisdicional, máxima imprescindível a um Estado Democrático de Direito.

4.2. Direito dos Advogados

Além do indispensável direito ao sigilo que o legislador previu no inciso II do art. 7º do Estatuto da OAB, diversos outros direitos (ou prerrogativas) foram instituídos. Essas prerrogativas, como acima já se destacou, são indispensáveis porque traduzem uma necessidade premente de um Estado que garante direitos aos seus cidadãos. Não funcionam como meros privilégios desprovidos de sentido. Consistem em um tratamento desigual para desiguais. São bônus concedidos a profissionais que possuem um ônus muito grande: o de garantir o acesso dos cidadãos a seus direitos.

A concessão de prerrogativas aos advogados funciona como uma proteção contra eventuais entraves que pudessem vir a surgir no exercício da

profissão. Esses entraves prejudicariam não só a atividade em si, como reflexamente atingiria o direito material daquele que por intermédio do advogado é protegido em juízo.

O Capítulo II do Título I da Lei nº 8.906/94 trata dos “Direitos do Advogado”. A rigor, são apenas dois artigos, mas que delimitam em seus incisos uma extensa gama de prerrogativas profissionais extensíveis aos advogados. Vejamos-nas em suas essencialidades.

4.2.1. Artigo 6º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

Estabelece o art. 6º do Estatuto da OAB:

Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Referida previsão busca consagrar a igualdade no tratamento entre advogados e demais membros que compõem a estrutura judiciária nacional. O advogado não é hierarquicamente superior nem inferior a estes. Pelo contrário, cada um dos membros citados pelo art. 6º exerce seu papel dentro de sua independência de convicção.

Veja-se que o art. 6º se faz necessário sobretudo para evitar que em virtude da posição do juiz (de julgador, evidentemente) seja este imbuído de certa “prevalência” em prerrogativas, podendo tratar o advogado como bem entender.

Cada figurante tem um papel a desempenhar: um postula, outro fiscaliza a aplicação da lei e outro julga. As funções são distintas mas não se estabelece entre elas relação de hierarquia e subordinação. Em sendo assim, mais forte se torna a direção ética que o preceito encerra no sentido do relacionamento profissional independente, harmônico, reciprocamente respeitoso e digno. O prestígio ou o desprestígio da justiça afeta a todos os três figurantes. Disse J. J. Calmon de Passos que “não tem o advogado, à semelhança do magistrado, no processo, interesses que lhe sejam próprios. Seu

interesse é o interesse do constituinte, que ele formula e patrocina perante os tribunais de que espera a segurança a que faz jus” (LÔBO, 2007, p. 55).

O Parágrafo único do art. 6º trata de estender aos serventuários da justiça o dever de tratamento probo a ser dispensado em face do advogado. Na verdade, a norma que se extrai do artigo em estudo é a de que todos os sujeitos que atuam em um processo devem tratar-se com consideração e respeito. É um direito e ao mesmo tempo um dever estabelecido tanto para o advogado quanto para o membro do Ministério Público e o juiz.

4.2.2. Artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

O artigo 7º do Estatuto elenca XX incisos, os quais trazem diversos direitos e prerrogativas extensíveis aos advogados. Interessante verificar que dentre toda a gama de prerrogativas, tratou o legislador de cuidar nos dois primeiros incisos da liberdade profissional e do direito de inviolabilidade, respectivamente.

Embora não haja hierarquia entre os incisos, como é óbvio, a preferência por colocar tais prerrogativas logo no início dos incisos bem demonstra a preocupação que tem o legislador em conferir o sigilo profissional ao advogado, uma vez que este é indispensável para a proteção dos interesses e direitos de seus clientes.

Os demais incisos traduzem prerrogativas relativas a prisões provisórias do advogado, comunicação com seus clientes, métodos de comunicação com o juízo e limites de atuação.

Gisela Gondin Ramos (2003, p. 14) desse modo organiza os direitos do advogado previstos nos arts. 6º e 7º:

Liberdade de exercício da profissão de advogado (inciso I); Inviolabilidade (inciso II); A comunicação reservada com clientes (inciso III); Prisão do Advogado (inciso IV e V); Liberdade de acesso (incisos VI, VII, XII e XX); Contatos pessoais com Magistrados (inciso VIII); Uso da palavra (incisos IX, X e XI); Imunidade Profissional – Liberdade de Expressão (§ 2º); Exame de Documentos – Vista de

Processos (incisos XIII, XIV, XV e XVI) e Símbolos privativos (inciso XVIII).

Insta salientar que, regulamentando o inciso XIV, que dispõe ser direito do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”, a Súmula Vinculante nº 14, do STF, dispõe:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Essa decisão da Corte Suprema, além de consistir em clara e manifesta importância do papel do advogado na concretização de direitos e garantias fundamentais (no caso: ampla defesa), acaba por consistir em mais uma manifestação de que ao advogado não pode ser vedada a busca por elementos de prova que sejam importantes ao seu cliente.

Ora, se é importante que se colham dados e provas, também se faz importante preservar o sigilo quanto ao colhido, sob pena de se esvaziar o direito consagrado pela Súmula Vinculante.

4.3. Conflito entre o direito de sigilo profissional e a prática de crime

Embora inafastável para a concretização do Estado de Direito, o direito à inviolabilidade pode se chocar com outro direito fundamental, como o direito à segurança, do qual provém o direito Estatal ao *jus puniendi*. Em outras palavras, quer-se dizer que pode ser que eventualmente um advogado pratique um crime e se valha de sua prerrogativa profissional para esconder tal prática.

Surge, portanto, o conflito entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito ao sigilo profissional. De outro, o direito de punir, pertencente ao Estado (*jus puniendi*), que é reflexo do direito à segurança, do *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Em geral, o conflito entre direitos fundamentais é regulado segundo a máxima da ponderação. Um acaba cedendo no caso em concreto para a preponderância de outro, podendo a situação se inverter em outro caso. É o caso em concreto, em geral, que determina qual interesse deve prevalecer.

No entanto, o legislador, ciente de que o conflito entre o direito de inviolabilidade e o direito de punir poderia ocorrer, estabeleceu um regramento específico para efetuar o afastamento da inviolabilidade e a concretização do *jus puniendi*. Encontra-se, esta previsão, no §§ 6º e 7º do art. 7º do Estatuto da Advocacia. Prevê-se o quanto segue, respectivamente:

§ 6º. Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

§7º. “A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade”.

Necessário se faz, portanto, o estudo pormenorizado de ambos os parágrafos.

Indícios de autoria e materialidade. Como se vê, a lei prevê como necessária a presença de justa causa para a quebra do sigilo, a qual deve ser apurada mediante regular procedimento investigatório.

Embora a lei não seja específica nesse sentido, é necessário que a medida de violação de sigilo seja a última e única medida a ser tomada, uma vez que viola direito fundamental de intimidade, consubstanciado, no caso, em segredo profissional.

Discricionariedade judicial. O juiz não se vincula ao pedido da autoridade policial ou do Ministério Público quanto à quebra da inviolabilidade. Deve verificar sempre se no caso em concreto a medida é a adequada, necessária e proporcional para se proteger o direito de punir do Estado.

Por isso, prevê a lei que o juiz *poderá* decretar a quebra. Cumpre assinalar que embora a lei não seja taxativa a respeito, tanto a autoridade policial quanto o Ministério Público podem solicitar a quebra do sigilo. A primeira porque é titular do papel investigativo. O segundo porque titular da ação penal.

Decisão motivada. Embora desnecessária a previsão de motivação da decisão judicial, uma vez que o dever de motivação das decisões judiciais decorre do próprio Estado de Direito e do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), tratou o legislador de prever a necessidade de motivação da decisão de quebra.

Isso se deu para que o interessado conheça pormenorizadamente as razões que fundamentaram a decisão judicial para que possa combater eventuais ilegalidades.

Mandado de busca específico e pormenorizado. A lei parte do pressuposto de que na investigação elaborada pela polícia se tenha chegado a uma conclusão concreta sobre qual documento deve ser apreendido, sendo, a busca, previamente determinada.

Não pode, o mandado de busca, conter uma disposição vaga, autorizando a mera “entrada da autoridade policial” para que esta, uma vez dentro do escritório, remexa em todas as documentações até encontrar alguma que seja importante para apurar o crime em tese praticado pelo advogado.

Deve constar do mandado a determinação específica quanto à busca de um documento ou mídia determinados, evitando-se, assim, a quebra de inviolabilidade que não seja extremamente necessária.

Representante da OAB. O provimento nº 127, de 7 de dezembro de 2008, do Conselho Federal da OAB, dispõe sobre a participação da OAB no cumprimento da decisão judicial que determinar a quebra da inviolabilidade prevista nesse parágrafo.

Vedação de utilização dos documentos apreendidos em fatos distintos dos apurados. Consiste na impossibilidade de colheita de instrumentos de prova (documentos, mídias entre outros) que não se comuniquem com os fatos que estejam apurados e que tenham dado ensejo à quebra da inviolabilidade.

Ao efetuar a apreensão, não pode a autoridade policial recolher elementos que não guardem conexão com aquilo que está sendo apurado. Proíbe-

se, portanto, a apreensão de documentos tanto do próprio advogado quanto de terceiros, desde que se verifique que não possuem qualquer utilidade para a apuração da infração penal em tese praticada pelo advogado. Bem por isso, o § 7º estabelece que quando houver cliente suspeito de ter sido coautor ou partícipe de crimes praticados pelo advogado, os documentos a ele relativos podem ser apreendidos.

4.3.1. Teoria da Proporcionalidade e da Razoabilidade

O ordenamento jurídico brasileiro, tanto em caráter constitucional como infraconstitucional, é composto por três tipos de normas, sendo elas: Normas Regras, Normas Princípios e Postulados normativos. Desta feita, pode-se afirmar que norma é gênero que tem por espécie os princípios, as regras e os postulados normativos.

O presente tópico não visa exaurir a análise de tais institutos, contudo se faz necessário conceitua-los e diferenciá-los antes do reconhecimento do tema principal que são denominados postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade.

As normas princípios são dotadas de abstração, já que as mesmas são mais abstratas, não descrevendo uma conduta, mas apenas um estado ideal a ser alcançado. Tais regras são facilmente conflitantes entre si, tanto que Robert Alexy, jus-filósofo alemão consagrou uma expressão bastante utilizada na Teoria dos princípios que os princípios “convivem conflituosamente”. Para a resolução de tais conflitos, utiliza-se a ponderação, onde prevalecerá um princípio de acordo os parâmetros do caso em concreto e em abstrato continuarão em conflito.

As normas regras, ao contrário do que ocorre com os princípios as normas regras descrevem, apontam uma conduta a ser seguida. São dotadas de concretude e não vivem conflituosamente. A aplicação da regra se dá através de subsunção do fato à norma. Em havendo conflito de regras, apenas uma prevalecerá, estabelecendo a máxima do “tudo ou nada”, já que apenas uma prevalecerá válida.

Outra espécie de norma são os postulados normativos, estes, por sua vez, servem para viabilizar a aplicação das outras duas espécies normativas acima estudadas.

Sendo assim, ressalta-se que a diferença entre as três espécies de normas ocorre exatamente porque os princípios indicam um Estado Ideal a ser alcançado, porém não descreve a conduta a ser seguida. As regras, por sua vez, estabelecem exatamente a conduta que deve ser seguida. Já os postulados normativos servem exatamente para estruturar a aplicação das regras e princípios.

Humberto Ávila na obra intitulada Teoria Geral dos Princípios divide os postulados normativos em dois grupos, sendo eles os Postulados Inespecíficos e Específicos, sendo eles respectivamente: Ponderação, Concordância Prática e Proibição de Excesso; Igualdade, Razoabilidade e Proporcionalidade.

A razoabilidade como postulado normativo que é serve para regularizar a aplicação das regras e princípios.

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (Ávila, p. 164, 2011).

Na razoabilidade como equidade, referido autor diz que o postulado da razoabilidade exige a harmonização de norma geral com o caso individual. (p, 164, 2011). Razoabilidade como congruência é disposta no sentido de exigir uma harmonização das normas com as condições em que são aplicadas no mundo externo. (p. 167, 2011) Como equivalência, é exigível uma “equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (p. 170, 2011)

O postulado da proporcionalidade, também é conhecido, erroneamente, como princípio da proporcionalidade, esta sendo bastante utilizado no direito brasileiro como instrumento para controlar determinados atos do Poder Público.

Tal postulado será invocado quando necessário se fizer uma relação de causalidade entre dois elementos, ou seja, quando houver uma relação de meio e fim, submetendo tal relação ao exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Alguns doutrinadores dizem que tal postulado está implicitamente previsto na Constituição Federal, dentre esse entendimento destaca-se o de Antônio Scarance:

Entre nós, assinalam a constitucionalidade do princípio Gilmar Ferreira Mendes e Luís Roberto Barroso, enquadrando-o na cláusula ampla do devido processo legal. Suzana de Toledo Barros pondera que o princípio está inserido no contexto normativo dos direitos fundamentais e de seus mecanismos de proteção. Trata-se de uma “garantia especial”, exigindo-se que toda intervenção na esfera dos direitos fundamentais “se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida.” (2002, p. 53).

Desta feita, vale destacar a distinção entre ambos postulados analisados sucintamente anteriormente.

A proporcionalidade exige que haja uma relação de meio e fim para que se possa operar, de modo que se estabeleça a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para que tal feito restrinja minimamente possível os direitos fundamentais.

A razoabilidade por sua vez, não necessita da existência desta relação de meio e fim, mas se opera para verificar se é razoável a aplicação de uma norma levando em conta o caso em concreto, a relação com o mundo externo e ainda verificar a equivalência da medida adotada.

4.3.2. Validade das provas obtidas por violação do sigilo profissional e a teoria dos frutos da árvore envenenada

O presente capítulo tem como escopo analisar o instituto da prova no processo penal, mais especificamente sua validade frente à “violação do sigilo profissional” do advogado.

Como já exposto em tópico anterior (Capítulo 2), a Magna Carta garante ao ser humano direitos e garantias básicas para uma sobrevivência digna. Dentre essas garantias, encontramos a previsão do Devido Processo Legal.

Uma das garantias concedidas pelo Devido Processo Legal (Capítulo 3) é provar o que foi alegado sob pena de tal alegação ser considerada inverídica sob o prisma jurídico.

Insta salientar que é amplo o rol de provas possíveis de serem produzidas em um processo garantindo o contraditório e a ampla defesa, pois por meio das provas é que as partes se defendem de alegações e até mesmo provas produzidas pela parte contrária, garantindo então o contraditório o que se cumpre o preceito Devido Processo Legal.

O que não se pode perder de vista é que a prova para ser válida e ser devidamente utilizada pelo juiz em sua instrução deverá ser lícita, ou seja, não contrariar a Lei. É o que dispõe a Lei Maior Brasileira em caráter de Garantia Fundamental no inciso LVI do artigo 5º: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” (grifo nosso).

4.3.2.1. Conceito de prova ilícita

Para se chegar a uma definição do que seja prova, temos que analisar tal instituto sob duas perspectivas: uma objetiva e outra subjetiva. Sob o prisma objetivo prova é todo elemento, meio colocado à disposição das partes para comprovar suas alegações ao juiz; já sob o enfoque subjetivo prova nada mais é que o estado psíquico em que a parte tenta levar o magistrado para influenciar no seu julgamento.

Prova, seja em seu aspecto subjetivo ou objetivo trata-se do desdobramento do direito das partes em exercer influência na decisão judicial. Nesta senda, o direito à prova é corolário dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Dessa forma, para a satisfação das exigências do Estado

Democrático de Direito, toda decisão deve levar em consideração as considerações das partes de um processo, necessário se faz que seja oportunizado às partes formas de evidenciar, provar a veracidade de suas alegações.

Contudo, tal direito, em nosso ordenamento, não é absoluto, ilimitado, pelo contrário, conforme definição da nossa Lei Maior de 1988, *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (artigo 5º, LVI).

Ensina Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 123):

O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto, encontrando limites.

Analisando o excerto extraído do texto constitucional vemos que, o legislador constituinte optou por inutilizar as provas obtidas por meios ilícitos como forma de proteger os direitos fundamentais, sendo que seguindo este mesmo caminho seguiu o legislador infraconstitucional (artigo 157 do Código de Processo Penal).

Imperioso se faz destacar, que este conceito de inutilização das provas produzidas através de ofensa aos direitos – sobremaneira aos direitos fundamentais – do cidadão não é absoluto, hermeticamente rígido.

Neste mesmo sentido, o Código de Processo Penal faz menção ao mesmo dispositivo e proíbe em caráter processual a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas dentro do processo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas por violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato o objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º (Vetado).

Leciona Eugênio Pacceli de Oliveira (2009, p. 303):

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direitos, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

No momento, urge esclarecer que prova ilícita é dividida em *prova ilícita strictu sensu* e *prova ilegítima*. Esta trata-se da prova que foi introduzida no processo de maneira inadequada, de modo que deve ser rejeitada pelo julgador. Ao passo que a primeira é a prova obtida com violação a norma de direito material.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 349):

O conceito de ilícito advém do latim (*illicitus = Il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo *ilícito*, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo.

Passada esta diferenciação das *provas ilícitas strictu sensu* e *provas ilegítimas*, urge ressaltar a existência, ainda, das provas que decorrem destas, que da mesma maneira são inadmissíveis no processo. São as chamadas provas ilícitas por derivação. Trata-se de provas cuja produção ou inserção nos autos ocorreu de

forma perfeita, todavia, sua origem decorre de uma prova produzida de maneira ilícita, assim encontra-se maculada de tal forma que não poderá ser utilizada em processo.

Ensina Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 73):

Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma ilícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido.

O intuito do legislador em proibir a utilização destas provas no processo é impedir a transgressão de outro impedimento, qual seja, a utilização indireta das provas ilícitas. Haja vista que as provas ilícitas por derivação carregam o vício das provas ilícitas propriamente ditas, pois só foram adquiridas em função delas.

Ressalta-se, entretanto, que o artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11. 690/2008, determina que tais provas poderão ser utilizadas se ficar evidenciado que as investigações chegariam àquela nova evidência, independentemente, da prova ilícita de origem ou quando demonstrado que a conexão entre elas é ínfima, insignificante. Trata-se das teorias da *Inevitable Discovery* e *Independent Source*. Neste cenário:

[...] excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre uma é tênue, de modo a não colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable Discovery* (GRINOVER; FILHO e FERNANDES, 2009, p. 128/129).

Vemos que se trata de prova lícita que só não se admite utilizá-la em um processo, pois obtida em razão de prova ilícita, de modo que se demonstrado a quebra do liame entre esta, cessa-se a proibição.

Assevera-se que este conceito de prova ilícita por derivação foi alvo de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial, haja vista que somente em 2008 o legislador expressamente previu sua inadmissibilidade.

No entanto, a simples classificação de prova ilícita como sendo aquela transgressora de direitos materiais e processuais não é suficiente, a etimologia da palavra “ilícita” indica algo contrário ao direito. Assim, não basta para a configuração de prova ilícita que ela tenha sido produzida ou originada de transgressão de normas materiais ou processuais é indispensável que ela seja também contrária ao direito.

Trazendo tal ideário para o enfoque deste trabalho, pode ser citada como exemplo a quebra do sigilo profissional do advogado, especificamente a utilização dos documentos em seu poder em um processo, mediante autorização judicial e observação a todas as exigências legais (artigo 7º, §§ 6º e 7º, do Estatuto da Advocacia). Não há que se falar em ilicitude.

Todavia, não se olvida que a produção e utilização de tal meio de prova continua a transgredir direito fundamental do advogado – direito ao sigilo profissional, corolário do direito à intimidade (privacidade) – expressamente protegido pela Constituição Federal. Desta feita, a prova será lícita em que pese a violação a direito fundamental.

Isto é possível, pois a ilicitude deve ser analisada sob um aspecto objetivo, vez que não se pode conceber que algo seja ilícito e autorizado pelo direito ao mesmo tempo. Em outro cenário, o direito ao sigilo profissional – privacidade, intimidade – não é um valor constitucional absoluto, comporta mitigação, o que, portanto, autoriza sua transgressão em determinados casos.

Neste patamar, prova ilícita *stricto sensu* é aquela proibida porque viola direito material; por outro lado prova ilegítima é aquela produzida em contrariedade as regras processuais, de modo que a prova ilícita por derivação se configura quando originada das duas primeiras.

De acordo tal ensinamento fica evidente que é inadmissível as provas que violem então o Sigilo Profissional do Advogado. Em que pese não esteja inserido explicitamente no rol de direitos e garantias individuais, tal prerrogativa visa

defender o acesso à justiça, já que o advogado é indispensável à administração da justiça, conforme disposição constitucional (artigo 133, “*caput*”).

Sendo assim, resta evidente que as provas que forem obtidas por violação ao sigilo profissional do advogado não possuem valor probatório e não poderão ser utilizadas nem valoradas dentro de nenhum processo.

4.3.3 (IM)possibilidade de quebra dos sigilo profissional por emenda constitucional

A Lei Maior brasileira, ao garantir a todos direitos fundamentais como já visto previamente, garantiu também a impossibilidade de restrição de tais direitos seja por Lei federal, estadual ou municipal. Ainda, garantiu a mesma impossibilidade de restrição seja ela proveniente de Emenda Constitucional.

Sendo assim, são denominados tais direitos de núcleo imodificável de cláusulas pétreas, possuindo como base constitucional um obstáculo intransponível no parágrafo 4º, inciso II do artigo 60:

Art. 60. [...]

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV- Os direitos e garantias individuais

Sendo assim, já fica evidente que tais direitos são indiscutíveis quando a proposta é de restringi-los ou aboli-los.

O título II da Lei supracitada é denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, trazendo em seu Artigo 5º, parágrafo §2º, uma extensão aos direitos previstos no corpo do tal artigo, no sentido de que este é um rol meramente exemplificativo, isto é, tal dispositivo não se exaure em si mesmo, mas sim reconhece a presença de outros direitos fundamentais espalhados no bojo constitucional.

Neste sentido, ensina Alexandre de Moraes:

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente. (p. 303, 2003).

A esses dispositivos que não são encontrados no título e capítulo específico, dá-se o nome de cláusulas pétreas implícitas, das quais também são revestidas da imodificabilidade prevista.

Nota-se que em consonância ao entendimento doutrinário acima citado, ainda que não esteja expressamente no Capítulo próprio, configurando tal prerrogativa direito fundamental, em decorrência dos princípios adotados constitucionalmente, e estando expressos na citada Lei, não serão excluídos e considerados modificáveis pelo simples fato de estarem previstos em local diverso ao específico do tema.

Desta feita, passa-se a estudar tal assunto atrelado ao tema principal do presente trabalho, levando em consideração o status constitucional do mesmo.

O sigilo profissional do advogado visa proteger sim o advogado, porém em menor proporção do que se protege seus clientes, já que com o status constitucional de tal profissional, é ele quem garante aos cidadãos a garantia de seus direitos, já que a própria Constituição Federal garante.

Tal entendimento é fruto de uma interpretação sistemática da Lei Maior, já que ao extrair como direitos e garantias fundamentais dos cidadãos o acesso à justiça, devido processo legal entre outros que apenas são possíveis de serem alcançados através do advogado.

Observa-se que a inviolabilidade do advogado não é a única prevista na Constituição Federal, iniciando-se no artigo 5º a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade aos brasileiros ou estrangeiros que no Brasil residem.

Além do “caput” do citado dispositivo, também são encontrados outros direitos invioláveis podendo ser citados a título de exemplo os incisos VI, X, XI e XII, dispendo respectivamente sobre a inviolabilidade à liberdade de consciência e crença, à intimidade, ao domicílio, e o sigilo dos meios de comunicação.

Sendo assim, observa-se desde logo que a própria Lei estabelece a inviolabilidade como cláusula pétrea expressa, ou seja, cláusulas que possuem o núcleo imodificável e só poderão ser alteradas em havendo uma nova Constituição.

Alexandre de Moraes (p. 41, 2003), ao descrever sobre direitos humanos fundamentais, leciona que tais direitos garantem ao particular a não ingerência do Estado, consagrando então a dignidade da pessoa humana, citando ainda que tais direitos são reconhecidos na maioria dos países ainda que em nível consuetudinário.

Leciona ainda:

A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: *imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade*:

[...]

Inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal. (grifo nosso).

Deste modo, pode-se afirmar com evidência que não iria a Lei maior de um Estado Democrático de Direito destacar e elevar a posição de um direito em alguns casos e em outros rebaixá-lo excluindo tais características citadas. Resta então, concluir que a inviolabilidade do sigilo profissional do advogado também é considerada cláusula pétrea, portanto imodificável.

Gladston Mamede leciona que ao se falar em inviolabilidade está se tratando de um privilégio a ser concedido a determinadas pessoas, pois é uma situação de excepcionalidade, ensinando sabiamente:

Ao se falar em privilégio, portanto, será necessário compreender o termo como se referindo apenas a um regime jurídico especial que é aplicável a certas situações, protegidas a mor pela Constituição. Obviamente, como se verá, essa previsão de um regime especial, próprio, aplicável apenas a algumas **situações**, é – e deve ser – rara e, mais fundamentada de forma razoável, jurídica sem lesar os demais princípios constitucionais. Note-se, nesta linha, que, diante dos princípios sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, não é legítimo pretender a excepcionalidade decorrente de previsão de inviolabilidade venha vincular pessoas, de forma absoluta. Pelo contrário, é indispensável destacar que a inviolabilidade, a exemplo do que ocorre com a imunidade, vincula-se

a situações. Assim, exemplificando, não é a pessoa do advogado que é inviolável, mas sua situação (a função de desempenha). [...] (p. 73, 2003).

Em consonância a este entendimento, vale ressaltar que é exatamente por a inviolabilidade ser decorrente da função exercida que é uma proteção maior aos clientes do advogado e não propriamente ao profissional.

No tocante à Constituição Federal Brasileira, esta entrou em vigor no ano de 1988 e, como é sabido, recepcionou as leis que estavam em consonância com a mesma, revogando as que a contrariavam.

A partir de então, todas as leis que fossem projetadas para adentrar o ordenamento jurídico brasileiro deve respeitá-la por força da hierarquia normativa que institui como Lei Maior a Constituição Federal, e assim será enquanto a mesma continuar em vigor.

Como sistema de alteração constitucional, no Brasil vigora o instituto da Emenda Constitucional, ou seja, é um ato de emendar, acoplar, à Magna Carta novas regras e princípios desde que os mesmos respeitem os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

As Emendas Constitucionais conforme disposição constitucional do artigo 60, §2º, exige o quorum qualificado para que a Emenda proposta seja aprovada, ou seja, exige tal dispositivo votações em dois turnos obtendo 3/5 dos votos favoráveis.

Observe-se, outrossim, que leis complementares, ordinárias, e delegadas exigem para que entre em vigor e faça parte do ordenamento jurídico brasileiro um quórum ainda que em alguns casos de maioria absoluta não é necessário que haja votações em dois turnos em cada casa, mas haverá propositura e aprovação por uma casa e logo após é necessário aprovação na casa revisora, não necessitando então, de outra votação em cada casa legislativa.

Examinando o enunciado no artigo 60 da Magna Carta, Manoel Gonçalves Ferreira Filho dispõe:

Nele está claro que a aprovação de emenda obedece a um procedimento cuja exigência essencial é a aprovação de um texto igual, em dois turnos de discussão e votação, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (§ 2º). E nas duas casas, pela maioria de três quintos de seus membros.

Disto decorre ser a emenda um ato complexo. E um ato complexo igual, pois resulta de vontades postas no mesmo plano – a da Câmara dos Deputados e a do Senado Federal.

Assim é porque a Emenda Constitucional altera o teor do corpo legislativo da Lei Maior que impõe respeito às demais, portanto não poderia ficar a mercê de um processo legislativo simples, o que correria um risco maior à segurança jurídica.

Michel Temer leciona:

[...] Há hierarquia de atos normativos, e no ápice do sistema está a Constituição. A emenda à Constituição é, enquanto projeto, um ato infraconstitucional e, daí, sim, da mesma estatura daquelas normas anteriormente propostas pelo constituinte. (p.146, 2011)

Desta feita, observa-se que é uma norma nova que adentra o ordenamento jurídico já em status constitucional, ou seja, todas as demais leis serão submetidas àquela.

Sendo assim, após estudar ainda que suscintamente sobre as vedações ao objeto de Emenda Constitucional fica evidente que o Sigilo Profissional, por garantir não apenas a inviolabilidade ao advogado mas também à garantia à eficaz justiça a seus clientes, não poderá ser então objeto de emenda constitucional que pretenda abolir, restringir ou minimizar tal direito, por se tratar o mesmo de cláusula pétrea implícita.

Tal entendimento se respalda além dos motivos citados no parágrafo anterior, pelo fato de uma mesma norma não poder ser ambígua no sentido de não poder em, alguns momentos, violar determinado direito e, em outro momento, permitir que o mesmo direito seja desrespeitado.

5. CONCLUSÃO

Conforme se denota, o papel do advogado é essencial para a manutenção e concretização do Estado Democrático de Direito, modalidade de Estado na qual o Brasil se enquadra. Por possuir um ônus muito importante, que é o de preservar o direito público subjetivo de acesso à justiça, o advogado possui para si determinadas prerrogativas.

Uma dessas prerrogativas é o direito ao sigilo profissional, o qual compreende a inviolabilidade de informações e documentos obtidos por intermédio da atividade advocatícia.

Ciente dessa importância, mas consciente de que nenhum direito é absoluto, tratou o legislador infraconstitucional de elencar uma hipótese em que o sigilo profissional do advogado pode ser rompido: quando verifica a participação em crime.

Evidentemente, um direito de tamanha magnitude não pode ser violado sem que haja extrema necessidade. Por esta razão, o legislador, valendo-se da máxima da proporcionalidade, tratou de elencar hipóteses e requisitos para que a quebra de sigilo seja decretada.

As hipóteses e requisitos encontram-se bem previstas no Estatuto da Advocacia, o qual acertadamente traz como necessária a presença dos seguintes elementos: Indícios de autoria e materialidade, discricionariedade judicial, decisão motivada, mandado de busca específico e pormenorizado, participação de representante da OAB e vedação de utilização dos documentos apreendidos em fatos distintos dos apurados.

A estrita observância dos requisitos faz-se necessária, pois o sigilo profissional do advogado é essencial para a convicção, por parte de seus clientes, de que a defesa promovida em juízo será plena. Sem o direito ao sigilo, a atividade advocatícia torna-se enfraquecida, com conseqüente enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, tão almejado pela República Federativa do Brasil.

Desta feita, resta evidente que é através deste profissional que é garantido a todos os direitos fundamentais previsto na Constituição Federal, que entre outros, pode ser citado o devido processo legal.

É por essa razão que a inviolabilidade do sigilo profissional é protegida tanto pela Constituição Federal quanto por lei Infraconstitucional, denominada Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Insta salientar, portanto, que o que se procura além de garantir ao profissional o livre exercício de sua profissão visa ainda, maiormente, garantir ao cidadão o exercício de seus direitos, direitos esses essenciais para que se possa cumprir um dos fundamentos dispostos no artigo 1º da Constituição Federal que é a dignidade da pessoa humana, pois não há como se falar em dignidade da pessoa humana sem que haja o respeito à igualdade, liberdade, direito a honra, intimidade e outros mais, todos garantidos pela Magna Carta.

Ora, se é o acesso à justiça que efetiva a proteção à lesão ou ameaça a direitos, como se ter esse acesso?

A resposta a essa questão é o advogado, ou seja, é através dele que se efetiva o acesso à justiça.

Desta feita, não haveria como exercer uma plena e satisfativa defesa de direitos se fosse possível a quebra do sigilo profissional em qualquer hipótese.

Sendo assim, pode-se afirmar, ante essas justificativas, que mesmo não estando expressamente presente no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, tal direito também se trata da mesma espécie em razão de ser veículo de efetividade ao acesso à justiça.

Entende-se que, como consequência do sigilo profissional, o advogado tem o direito e também dever de não testemunhar em juízo em causas que tenha tido conhecimento através do exercício de sua profissão ou por causa da mesma.

Não pode deixar de ressaltar, outrossim, que visa também, ainda que em menor proporção, proteger também ao advogado, garantindo-lhe a inviolabilidade.

No mesmo sentido, não poderia a Carta Magna proteger de tal maneira, instituindo cláusula pétreia a inviolabilidade em alguns casos específicos e em outro caso, por simples localização textual, o mesmo direito não ter tamanha proteção.

Sendo assim, pode-se concluir que constitui cláusula pétrea também a inviolabilidade do sigilo do advogado.

Em consonância a tal entendimento, já se extrai a impossibilidade de tal direito ser restringido por Emenda Constitucional, podendo para tanto, apenas uma nova constituição modifica-lo no sentido de abolir ou torna-lo mais restrito.

Desta feita, resta evidente que para que o sigilo profissional do advogado seja violado, são necessários que se cumpra expressamente os requisitos exigidos por lei, sob pena que constituir prova ilícita, sendo desentranhada de eventual processo, não podendo, portanto, ser utilizada.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil trouxe expresso em seu texto hipóteses de cabimento da quebra do sigilo, ou seja, excepcionou a regra da inviolabilidade, cabendo portanto uma análise se tal ato é proporcional e razoável frente ao suposto crime praticado pelo advogado, fazendo uso da máxima da ponderação, já que é a única hipótese de quebra de sigilo, desde que, ainda, respeitado os requisitos contidos no parágrafo 6º do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em sendo hipótese de cabimento desta exceção, é óbvio que deve-se atentar ao disposto na parte final do dispositivo legal supra citado, não podendo se estender aos documentos que fazem parte de processo cujo advogado é constituído como procurador.

Desta feita, conclui-se portanto que caso seja necessário que se viole o sigilo profissional, deve ressaltar que, os documentos atinentes a provas referentes a processo cujo advogado atue, atuou ou poderá atuar como procurador, não poderão ser inclusos, pois constituirá prova ilícita, já que tal exceção aplica-se somente à pessoa do advogado.

Única hipótese onde caberá utilizar-se da quebra do sigilo em desfavor a cliente de tal profissional é quando o mesmo for coautor ou partícipe de crime junto com o advogado, crime este já em investigação que foi a causa dada à quebra do sigilo.

Conclui-se, portanto, que a proteção que se almeja é aos direitos fundamentais do cidadão que necessita de tal profissional para tanto e também o livre exercício da advocacia sem que haja hipóteses de abuso de poder para se obter qualquer espécie de provas.

Ainda que, seja hipótese de macro-criminalidade organizada, veja que se esta havendo um conflito entre dois direitos: o do sigilo profissional frente a proteção à justiça e proteção à segurança do Estado.

Observa-se que em hipóteses como estas, deve-se ponderar os valores e princípios em conflito, analisando sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade.

É necessário ter a convicção formada no sentido não poder confundir a prática da advocacia com a prática de crime, sem poder conceituar que advogar para criminoso também crime igualmente se constitui.

Desta feita, é evidente que também não poderá um advogado se “esconder” em suas prerrogativas para então delinquir formando o crime organizado e deixando o Estado a mercê de tais indivíduos.

É em hipóteses como estas que se deve invocar a proporcionalidade e razoabilidade para, em sendo o caso, então violar tal prerrogativa, porém, não se estender a clientes que não estão envolvidos em tal operação.

Sendo assim, deve-se realmente proteger o sigilo profissional cumprindo os requisitos necessários não podendo em hipótese alguma restringi-los ou aboli-los por qualquer outro meio diverso à uma nova Constituição Federal, o que mesmo assim seria um retrocesso no que tange aos Direitos Fundamentais e, em casos específicos, e de extrema necessidade, repetidos os requisitos, lançando mão dos postulados normativos para só então verificar se é proporcional e razoável a quebra de tão importante prerrogativa.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, p. 210/275, jan/mar. 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 24 de abril de 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei .3.689/41**. Disponível em: <[http://www .planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acessado em: 24 de abril de 2012.

BRASIL, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (1963). **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: Lei nº 8906 de 4-7-1994**. Brasília: Brasília Jurídica, Conselho Federal da OAB, 1998.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado.

BRASIL. **Decreto 678/92**. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 24 de Abril de 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. 1. Ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

BRITTO, Daniel Souza; ARAUJO, Alexandre Oliveira. **As normas jurídicas**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1513&idAreaSel=21&seeArt=yes>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 1998.

_____. **Estudo sobre direitos humanos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed. 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Marcus Vinicius Americano da. **Advocacia, justiça, política e constituição**. Campinas: Servanda, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acessado em: 24 de abril de 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ESCARELLI, Aline Fernanda. **Da inviolabilidade dos escritórios profissionais de advocacia**. Presidente Prudente, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. - 4 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a ordem dos advogados do brasil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MATRTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão abstrata, função e característica de aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. V.1. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. V.1 Bauru/SP: Edipro, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 4. ed. - Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 12. Ed. Ver. E atual., São Paulo: Malheiros, 1996

SILVEIRA, Paulo Fernandes. **Devido Processo Legal**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STF, **Tribunal Pleno, MS 24.268/MG**, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, DJU de 17.09.2004. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824268.NUME.+OU+24268.ACMS.%29+%28%28GILMA>

R+MENDES%29.NORL.+OU+%28GILMAR+MENDES%29.NORV.+OU+%28GILMA
R+MENDES%29.NORA.+OU+%28GILMAR+MENDES%29.ACMS.%29&base=base
Acordaos. Acessado em: 23/04/2012.