

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

Juliana Melo Cyrino

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

Juliana Melo Cyrino

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Sandro Marcos de Godoy.

Presidente Prudente/SP
2012

BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

Monografia aprovada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Sandro Marcos de Godoy.

Prof. Dr. Sandro Marcos de Godoy - Orientador

Prof. Rodrigo Lemos Arteiro

Prof. Gilberto Notário Ligerio

Presidente Prudente, 21 de novembro de 2012.

...Que eu faça de mim um homem sereno...

dentro de minha própria turbulência,

sábio dentro de meus limites

pequenos e inexatos,

humilde diante de minhas grandezas

tolas e ingênuas...

(que eu me mostre o quanto são pequenas minhas grandezas, e o quanto é valiosa a minha pequenez).

Permita-me ensinar o pouco que sei

e aprender o muito que não sei,

traduzir o que os mestres ensinaram

e compreender a alegria com que os simples traduzem suas experiências...

Oswaldo Antônio Begiato

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelas oportunidades apresentadas no decorrer da minha vida. Agradeço-lhe por todas as vezes que me livrou das armadilhas do destino.

Agradeço a minha avó, Enil Goularte Melo e meu avô, Odilon Melo, que com todos seus esforços e determinação foram capazes de me criar e fazer com que chegasse onde estou. Obrigada vó e vô, por todos os seus conselhos e, principalmente, por tantas renúncias que fizeram durante toda vida pela minha pessoa. Serei muito grata por tudo que fizeram por mim.

Um mais que especial agradecimento a meu tio Marcelo Melo, tia Rosana Busso Albieri e família que com tanto carinho ajudaram na realização desse grande sonho. Muito obrigada.

A minha mãe, Graciele Goularte Melo, que mesmo de longe, estava cuidando tão de perto e torcendo para que eu ultrapassasse todos os obstáculos e chegasse onde estou hoje. Obrigada pelos momentos de cumplicidade, amor, renúncia e amizade... Por todo amor dedicado a minha vida!

Não poderia deixar de agradecer a minha irmã, Ariane Melo Cyrino, pela amizade e por estar sempre torcendo por mim com muito amor! Amo-te.

Agradeço também minha tia Renata Goularte Melo e família, pois em muitos momentos, foi como minha mãe, me tratando e incentivando de maneira tão especial e a quem eu amo muito!

Meu especial agradecimento ao meu grande amor e namorado, Dr. Emerson T. k. Grigollette Jr., em quem eu me espelho muito e que teve grande importância no meu crescimento como pessoa e profissional, além de me dedicar muito amor, paciência, amizade, e o principal de tudo, o conhecimento. Admiro-te imensamente e serei eternamente grata por tudo que faz por mim assim tão de perto. Obrigada Amor, eu te amo!

Como não poderia ser diferente, agradeço muito ao Prof. Sandro Marcos de Godoy, por me dar a honra de ser sua orientanda. Obrigada por transmitir seu conhecimento, paciência, tempo e carinho para com o meu trabalho.

Meus sinceros agradecimentos aos Professores Rodrigo Lemos Arteiro e Gilberto Notário Ligerio, por terem me passado muito conhecimento e amizade nesses anos de faculdade. Fico imensamente grata por vocês terem aceitado tão prontamente o convite de serem a minha banca avaliadora.

Finalmente, agradeço a todos os Professores que passaram nesses anos, por todo ensinamento, e momentos que jamais serão esquecidos. Obrigada a todos.

Por fim, meu agradecimento a Turma de sala e também aos amigos mais próximos, por estarem ao meu lado nessa difícil e maravilhosa caminhada. Sou muito grata por ter conhecido cada um de vocês!

RESUMO

O presente trabalho vem delinear a História do surgimento do Direito no Brasil, descrevendo sobre uma das mais antigas e importantes profissões do mundo que é ser Advogado; além de focar sobre o procedimento legal feito na Busca e Apreensão quando realizada em seus ambientes de trabalho, mencionando as hipóteses cabíveis para tanto. Com o surgimento da advocacia, surgiram também os princípios e as prerrogativas que estão amparadas pela nossa Carta Magna e também pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, para que o advogado tenha, através delas, o Múnus advocatício que é ser o representante direto da sociedade perante o Estado. Para o completo entendimento, necessárias algumas considerações sobre provas obtidas por meio ilícito, inviolabilidade de domicílio entre outros, para que se chegue até o conceito, finalidade e natureza jurídica do instituto da Busca e apreensão. Tendo feita a delimitação desses importantes temas é que podemos chegar ao objeto de estudo do presente tema. Importante salientar, que o princípio basilar para que seja realizada a busca e apreensão em escritórios de advocacia é tão e somente o Princípio da Legalidade que nos ensina as possíveis formas para que haja a violabilidade do local de trabalho, além dos procedimentos corretos para que seja realizada essa circunstância, com reverência também aos aspectos históricos da criação da Lei 11.767/2008 e a devida alteração no Estatuto, dando mais abrangência ao Princípio da Proporcionalidade que irá nos guiar frente às exceções da vida.

Palavra-chave: Busca. Escritório de Advocacia. Prerrogativas. Estatuto da OAB.

ABSTRACT

The present work outlines the history of the emergence of law in Brazil, describing on one of the oldest and most important professions in the world that is being Lawyer, in addition to focusing on the legal procedure done in Search and Seizure when performed in their work environments, stating the assumptions applicable to both. With the emergence of advocacy, there were also the principles and rights which are protected by our Constitution and also by the Statute of the Bar Association of Brazil, to which the lawyer has, through them, the advocacy munus that is to be the direct representative of society to the state. For a complete understanding needed some considerations on evidence obtained by illegal means, inviolability of domicile among others, in order to arrive to the concept, purpose and nature of the legal institute of Search and Seizure. Having made the delineation of these important issues is that we can get to the object of study of this subject. Importantly, the basic principle to be carried out search and seizure law firms is so and only the Principle of Legality teaches us that the possible ways so that there violability the workplace, and the correct procedures to be held this circumstance, with reverence also to the historical aspects of the creation of the Law nº.: 11.767/2008 and appropriate amendment in the Statute, giving more scope to the Principle of Proportionality that will lead us forward to the exceptions of life.

Keywords: Search. Lawyer Office. Prerogatives. Statute of OAB.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O LIAME HISTÓRICO DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA FRENTE À EVOLUÇÃO DO ESTADO NO TOCANTE AOS PRINCIPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	13
3 DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS	21
3.1 Origem Etimológica	21
3.2 Conceito	21
4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATRELADOS AS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS	23
4.1 Princípio da Legalidade	23
4.2 Princípio da Igualdade	24
4.3 Princípios da Intimidade e da Privacidade	25
4.4 Princípio da Inviolabilidade Domiciliar	26
4.5 Princípio da Inviolabilidade de Correspondência e Comunicação	27
4.6 Princípio do Sigilo da Fonte	29
4.7 Princípios do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e do Contraditório	30
4.8 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas	31
4.9 Conceito e Finalidade da Prova	32
4.10 Provas Obtidas por Meios Ilícitos	33
4.10.1 A prova obtida por meio ilícito em benefício do réu	34
4.10.2 Princípios da proporcionalidade e da prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado	34
4.10.3 Provas ilícitas por derivação	36
4.10.4 Inviolabilidade do domicílio e a prova ilícita	37
4.10.5 Sigilo da fonte e prova ilícita	39
4.10.6 Sigilo das correspondências e prova ilícita	39
4.10.6.1 Interceptação telefônica e gravação clandestina	39
5 BUSCA E APREENSÃO	41
5.1 Conceito e Finalidade Genérica	41
5.2 Classificação	42
5.3 Natureza Jurídica	42
5.4 Pressupostos Gerais Aplicáveis na Esfera Cível	43
5.5 Pressupostos Gerais Aplicáveis na Esfera Criminal	43
6 DA INVIOABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA	45
6.1 Da Limitação do Estudo	45

6.2 Dos Princípios Aplicáveis à Busca e Apreensão no Âmbito Criminal.....	46
6.3 Das Modalidades de Busca e Apreensão Instituídas pela Lei Penal.....	47
6.4 Da Alteração do art. 7º do Estatuto da Advocacia pela Lei nº.: 11.767 de 07 de Agosto de 2008	49
6.5 Dos Motivos da Alteração Legal.....	50
6.6 Das Situações que Ensejam a Quebra da Inviolabilidade do Domicílio Profissional do Advogado.....	52
6.7 Dos Requisitos da Busca e Apreensão	53
6.7.1 Dos requisitos genéricos	55
6.7.1.1 Da atenção a fase processual em vigor quando de sua expedição	55
6.7.1.2 Da legitimidade de quem o requer	56
6.7.1.3 Da legitimidade para determinar	56
6.7.1.4 Da existência de mandado judicial motivado limitado a sua qualidade e ao objeto da busca; salvo busca pessoal.....	57
6.7.1.5 Da observação do período de execução do mandado	58
6.7.1.6 Da observação as formas especiais previstas em lei.....	60
6.7.1.7 Da lavratura do auto de apreensão	60
6.7.1.8 Da não molestação dos moradores, além do limite indispensável para o êxito da diligência	61
6.7.1.9 Da observação aos limites da jurisdição	61
6.7.1.10 Da observação dos limites previstos nos direitos e garantias fundamentais...	62
6.7.2 Dos requisitos específicos.....	63
6.7.2.1 Da presença de indícios de autoria e materialidade de crime cometido por advogado.....	63
6.7.2.2 Da presença de decisão motivada	65
6.7.2.3 Mandado específico e pormenorizado.....	65
6.7.2.4 Da presença de representante da OAB.....	66
6.7.2.5 Da vedação de utilização de provas reguardadas sob sigilo profissional.....	67
7 CONCLUSÃO	70
BIBLIOGRAFIA	73

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se discutem os limites de atuação do Estado. A problemática sempre teve espaço ao debate desde o Movimento Absolutista datado dos finais da Era Medieval.

De outra banda, há que se concluir que para se criar uma definição adequada do que hoje intitulamos no ordenamento jurídico como Direitos e Garantias Fundamentais, foi empreendido um enorme esforço histórico: guerras, revoluções, lutas, evolução real e efetiva, enfim.

Contudo, para que estes Direitos sejam efetivamente entregues aos interessados, surge à necessidade indelegável da figura de seu defensor, de seu advogado, que enquanto operador do Direito, socorre-se a lei, como meio-fim para representá-lo na melhor forma de Direito.

Neste contexto, resta revelado a atividade central deste profissional: a defesa de interesses alheios, que por sua vez, reporta a atividade estatal.

Há, portanto, que se concluir que a história da evolução estatal, desde os primórdios ao Estado Democrático de Direito que hoje conhecemos (fundado no princípio basilar da defesa legal) confunde-se com a história da própria advocacia.

Ocorre que para que à advocacia possa exercer seu múnus defensor, faz-se imprescindível munir-lhe de prerrogativas especialíssimas que lhe garantam a autonomia e a independência indispensáveis para a execução de uma defesa adequada, livre de vícios.

Entretanto, objetivando-se viabilizar o equilíbrio adequado entre o limite de atuação estatal, com seu dever de punir, é vedado, aos profissionais da classe, desvio de finalidade das prerrogativas.

E dentre as diversas prerrogativas, encontra-se a da inviolabilidade do escritório de advocacia, objeto deste estudo, cuja justificativa mostra-se incipiente e deveras relevante, mormente, frente à alteração do Estatuto da Advocacia em virtude da promulgação da Lei Federal nº.: 11.767/08 que regulamentou o instituto.

Assim o objetivo do presente estudo não é outro senão de avaliar a legalidade do instituto capaz de ensejar a violação da prerrogativa em epígrafe, qual seja a busca e apreensão em escritório de advocacia, sob a égide do ordenamento jurídico como um todo, especialmente no tocante as princípios deontológicos do Direito, e dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Carta Magna.

2 O LIAME HISTÓRICO DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA FRENTE À EVOLUÇÃO DO ESTADO NO TOCANTE AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É fato que não há como falar sobre prerrogativas próprias da atividade advocatícia sem externar o liame entre sua essência e natureza jurídica e a própria história da advocacia.

A premissa se mostra verdadeira na medida em que as prerrogativas destinam-se prioritariamente a possibilitar a defesa adequada de interesses alheios, de modo a garantir a segurança do profissional que o defende bem como os próprios interesses do terceiro.

De outra banda, relaciona-se também com o poder-dever do Estado de punir, e ao mesmo tempo de garantir a harmonia e a paz pública.

Diante de tais considerações, faz-se oportuno trazer a baila, breve histórico acerca do direito de defesa do indivíduo, que é o fulcro e razão de ser da atividade advocatícia.

Sob a perspectiva do direito de defesa, invariavelmente a história do Direito se confunde com a história da própria advocacia, enquanto tida como uma das profissões mais antigas da humanidade.

Claros exemplos disto, embora distante do conceito atual de advocacia, podemos citar o profeta Moisés, quando na histórica bíblica do Êxodo, colocou-se como representante e defensor de seu povo perante o faraó.

Como bem salientado por DESIDERI (2002, p. 67), podemos também citar Jesus Cristo que se colocou em vários momentos de sua história como representante da Justiça Divina, como quando defendeu a mulher adúltera perante os escribas e fariseus, ou como quando condenou a difamação.

Mas foi na Grécia Antiga que a advocacia tomou entonação e forma mais próxima do mundo jurídico atualmente conhecido, com o surgimento dos pensamentos filosóficos da persuasão e da retórica representados por Platão e Sócrates, bem como do sofisma representado por Protágoras.

Contudo, no afã de não nos afastarmos do objeto do presente trabalho, tomemos por partido a história da advocacia no Brasil.

Como bem colocado por MACIEL e AGUIAR (2011, p.132), o Direito no Brasil Colônia é marcado pelo mesmo sistema jurídico que prevalecia em Portugal, ou seja, de Ordenações Reais com leis extravagantes em vigência.

Talvez em razão da imaturidade do sistema jurídico, “confundia-se em uma só pessoa as funções de legislar, acusar e julgar” o que se nota claramente pela figura dos magistrados, que “desempenharam sempre um papel político duplamente importante, pois era-lhes permitido candidatar-se a deputado e terminavam sendo também legisladores”.

Ao que nos parece, a confusão tinha como objetivo a centralização do poder, objetivando muito mais manter o controle da Colônia do que possibilitar um Estado de Direito.

Portanto, não é extravagante a conclusão de que referido sistema era repleto de abusos, sendo de pouca relevância a figura do advogado.

Apenas com o advento do Brasil Império e com a evidente necessidade de se criar um Estado soberano e independente e com o equilíbrio necessário a criação de instituições firmes o suficiente para criar um novo Estado, centrado e comprometido com sua nova realidade histórica, é que a advocacia começou a dar seus primeiros passos rumo à autonomia e independência que hoje lhe é conferida em razão do Estado Democrático de Direito instituído.

A formação de um novo momento mundial, levado a efeito pelos pensamentos liberalistas oriundos da Revolução Francesa e da Revolução Norte Americana, também contribuíram para a formação da advocacia que hoje conhecemos, na medida em que afetaram diretamente os pensamentos e padrões daquela época.

Contudo, não bastava a influência de pensamentos e movimentos sociais. Era preciso inicialmente positivar determinados institutos a fim de trazer e autorizar os cursos jurídicos no país.

Muito embora a Constituinte de 1823 tenha se empenhado em instituir as faculdades de Direito no Brasil, apenas com a promulgação da Lei 11 de agosto de 1.827, é que referidos cursos foram agregados ao país, como se vê do trecho da lei que: “Cria dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na Cidade de São Paulo e outro na de Olinda. Dom Pedro Primeiro, por Graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos os nossos súditos que a Assembleia Geral decretou, e nós que remos a Lei seguinte: Art. 1.º - Criar-se-ão dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na Cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, e neles no espaço de cinco anos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes: (...)”

Indubitavelmente foi o marco inicial para o surgimento da advocacia no Brasil, já que a partir daí, abriu-se caminho para a formação de bacharéis que viriam exercer o múnus advocatício.

Por consequência, sobreveio à necessidade de se instituir um órgão especial destinado a reunir e regulamentar a classe.

Assim, como bem esclarecido por MACIEL e AGUIAR (2011, p.143) em 1843, foi fundado o Instituto dos Advogados, tendo por base o quanto segue:

(...) inspirado pelas entidades congêneres existentes na França e em Portugal e tinha por finalidade reunir os “cultores” e “agitadores” do Direito, que viriam constituir a Ordem dos Advogados, regularizarem o serviço de administração da justiça e completar a organização do Poder Judiciário. A maioria de seus fundadores era composta de graduados das primeiras turmas dos cursos de Olinda e São Paulo, e além da advocacia, alguns serviam à magistratura, atuavam no Legislativo, no Executivo em Ministérios, ou no Conselho de Estado. Quase todos os integrantes eram membros do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Nitidamente influenciados pela colonizadora portuguesa, houve por bem criarem-se estatutos próprios que visavam regulamentar e definir as competências próprias dos membros da IAB sob o modelo da Ordem dos Advogados daquele país.

Referida proposta foi submetida ao alvedrio da Corte Imperial, que em resposta, aprovou o primeiro Estatuto através do Aviso de 7 de Agosto de 1843, como bem esposado por LEÃO (s.d., s.p.) expondo:

Sua Majestade o Imperador, deferindo benignamente o que lhe foi apresentado por diversos advogados desta Corte, manda pela Secretaria do Estado dos Negócios da Justiça, aprovar os Estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros, que os Suplicantes fizeram subir à sua Augusta presença, e que, com este baixam assinados pelo Conselheiro Oficial Maior da mesma Secretaria de Estado, com a cláusula, porém, de que será também submetido à Imperial Aprovação o regulamento interno de que tratam os referidos estatutos. – Palácio do Rio de Janeiro, em 7 de agosto de 1843. Honório Hermeto Carneiro Leão. (LEÃO. História da Advocacia – Os primeiros anos – Aviso de 7 de agosto de 1843).

Contudo, em que pese à louvável colaboração à formação legislativa e uma nova ordem jurídico legal, a independência e autonomia do Instituto dos Advogados do Brasil ainda estava longe de ser realidade, estando fortemente comprometido com os ditames da Corte, como se vê do discurso de Visconde de Jequitinhonha, Francisco Jê Acaiaba de Montezuma (s.d., s.p.) quando salienta: “Ela, Senhores”, - afirmou referindo-se à Ordem - “não só saberá zelar o subido valor que acaba de receber do Imperante, mas desvelar-se-á por tornar-se digna, em todas as épocas de sua existência, da mais plena e imperial confiança”.

Inobstante, cumpre salientar que houve varias outras iniciativas posteriores no sentido de tentar fazer cumprir a intenção inicial do IAB.

Contudo, devido à ausência de uma consciência efetivamente liberal, mesmo após a instituição da Primeira República ocorrida em 1889, não houve grandes mudanças sobre a IAB que ainda carecia de autonomia e independência.

O fato é que cerca de um século se passou entre a criação do Instituto da Advocacia do Brasil e o nascimento da Ordem dos Advogados do Brasil.

Coincidindo com o pensamento e as influências trazidas pela Revolução de 1930 - que fortaleceu a classe média e o crescimento dos profissionais liberais, tais como os advogados - sobrevieram o Decreto 19.408 de 18 de novembro de 1930, que finalmente fundou a Ordem dos Advogados do Brasil.

E foi diante das dificuldades para instalação de uma Ordem única cuja atividade regularia a advocacia em todo território nacional, sobreveio a necessidade de criação de um Conselho Federal.

A primeira eleição da diretoria do mencionado Conselho consagrou Levi Carneiro para presidência e Atílio Vivácqua para secretário.

Foram sob a direção destas duas notáveis figuras da época, eleitos por três mandatos consecutivos é que a Ordem dos Advogados do Brasil começou a tomar a forma que hoje conhecemos, com a criação de regulamentação interna e do primeiro Código de Ética dos advogados, aprovado em 25 de julho de 1934.

Levy Carneiro também foi o responsável pela elaboração do texto da Constituição de 1934, precisamente do capítulo de que tratava da organização Judiciária do país.

Contudo, em que pese a o aumento da força da Ordem, sua tão sonhada independência ainda estava longe de se consolidar.

Claro exemplo disto foi o veto de diversos pontos do projeto apresentado pelo então Presidente da OAB na constituinte de 1934, que, pelos consectários lógicos, comprometeu a consolidação definitiva da autonomia da instituição.

Mas o autoritarismo da época acabou despertando na classe advocatícia a necessidade de iniciar uma verdadeira batalha com modelo Estatal daquele tempo no afã de garantir o que havia sido instituído em seu Estatuto, qual seja: “defesa da Constituição, do estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, da boa aplicação das leis e da rápida administração da Justiça, além do aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas”, como bem colocadas por CASTRO FILHO (1950, s.p.), então presidente da entidade em sua obra “As Razões da Autonomia da OAB”.

Mas com o advento do período ditatorial, sobrevindo nos anos seguintes, novamente a Ordem teve suas pretensões prorrogadas, sofrendo neste período os mais severos golpes.

De censuras as suas publicações, a cassação de direitos políticos e mesmo prisões de advogados e a absurda suspensão do instituto do *habeas corpus* decorrente do Ato Institucional nº.: 5, tem-se claramente que não foram poucas as tentativas dos que estavam no poder de negar a autonomia e independência indispensáveis a advocacia num Estado de Direito.

Consoante dispõe COELHO (s.d, s.p), mencionando a entrevista de Pontes de Miranda (1978, s.p.) ao jornal “O Estado de São Paulo”, não deixa margem de dúvidas sobre a luta da advocacia da época quando comenta dizendo:

O Ato Institucional n.º 5 é um crime contra a herança cultural brasileira. Para mim, como, jurista, ele não existe; nem nos meus Comentários à Constituição me refiro a ele. Nem admito que o Brasil cometa delito que nunca a monarquia cometeu, nem o povo português. Já ao tempo de dom Afonso, quem fizesse ato de tal natureza estaria, provavelmente, exilado de Portugal. O AI 5 é uma violação às tradições brasileiras. Nem Getúlio Vargas, que era um ditador autêntico, fez isso, mas agora estamos vivendo um clima de verdadeira ditadura.

Nos anos seguintes, fundado no pensamento de justiça, a OAB juntamente a diversas entidades civis liderou diversos movimentos e protestos objetivando a redemocratização do país.

O apoio às eleições diretas, mantendo-se, contudo afastada de disputas partidárias, revela o compromisso, o bom senso e ética da Ordem para seu Estatuto e por consequência, para com a sociedade.

O que se vê é que em todos os momentos históricos, a Ordem dos Advogados do Brasil sempre esteve do lado da sociedade, lutando por seus direitos, o que ocorre mesmo nos dias de hoje.

Prova disto é a colaboração na elaboração do projeto da Constituição de 1988, onde a Ordem teve um papel fundamental na luta pela formação de uma estrutura judiciária condizente com os princípios da nova ordem democrática, alicerçado na garantia de princípios e direitos individuais, sociais, com entonação e força efetivamente democráticos previstos já há anos em sua história estatutária.

Todavia, a advocacia não deixou de enfrentar forças que pretenderam reduzir seu poder de atuação. Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujos fundamentos revelavam a base do novo Estado Brasileiro (Democracia representativa), a Ordem ainda sofria ataques.

Como exemplo disto, podemos citar as medidas provisórias que tentaram vincular o Conselho da Ordem Federal e suas Seccionais ao Ministério do Trabalho, o apoio a movimentos de ética na política, sua oposição à reforma constitucional proposta pouco depois da promulgação da Carta Magna de 1988, entre outros.

Inobstante, vale destacar que sua atuação não se restringiu apenas manifestação de opiniões, mas de atuar efetivamente no cenário jurídico nacional, objetivando o atendimento de sua própria razão de ser, em que pese às dificuldades e batalhas travadas ao longo de sua existência.

Mas foi no ano de 2006, que enfim a Ordem obteve o tão esperado reconhecimento de sua natureza jurídica autônoma e o *múnus publico* exercido pela classe, sobrevivendo através do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.: 3.026/03 que livrou a instituição do alvedrio do poder público.

Proposta pela Procuradoria Geral da República, a ação pretendia obrigar a Ordem a preencher os membros de sua estrutura através de concurso público, o que, com efeito, reconheceria seu vínculo com o Estado.

Contudo, enquanto constituída como pessoa jurídica de público e não se tratando de entidade autárquica a Corte Suprema, em decisão por maioria de votos, reconheceu que a Ordem não se possui o vínculo com a administração pública e, portanto, poderia contratar seus funcionários pelo regime trabalhista da CLT.

Em outras palavras, a decisão reconheceu que as normas dispostas no Estatuto servem de base ao exercício da atividade advocatícia, revelando sua natureza e relevância, não se podendo olvidar que o mesmo se aplica as prerrogativas profissionais conferidas à classe, já que também integrantes de seu Estatuto, e indispensáveis ao alinhamento dos interesses do Estado aos interesses da sociedade, tratando-se assim de princípios fundamentais que regem e possibilitam a atividade advocatícia.

Outra vitória da advocacia foi a Súmula Vinculante nº.: 14 do STF, que regulamentou o acesso dos inquiridos policiais, ainda que sob sigilo aos advogados, ratificando não apenas a autonomia e independência da instituição frente ao Estado, mas também dando força as prerrogativas profissionais enquanto instrumentos indispensáveis a realização da justiça.

Também em 2008, com o advento da Lei nº.: 11.767/08, a Ordem conquistou um dos instrumentos mais relevantes a sua atividade: a inviolabilidade do domicílio profissional, estendido não apenas ao local mas também aos seus instrumentos de trabalho e as suas correspondências.

De outra banda, há que se consignar que na prática, nem sempre estes direitos são efetivamente realizados. A certeza da premissa encontra subsídio em fatos recentes, como por exemplo, a denominada “Operação *Hurricane*”, onde a

Polícia Federal violou sistematicamente o direito de acesso dos advogados aos inquéritos policiais que investigavam possíveis ocorrências de crimes de exploração de jogos proibidos por lei.

A ocorrência repercutiu de tão gravosa que levou a Ordem a peticionar junto a Corte Suprema a fim de garantir o acesso aos autos aos profissionais que atuavam no caso, viabilizando o cumprimento da Carta Magna no que tange ao direito de defesa dos acusados.

O fundamento da petição elaborada pelo então presidente do Conselho Federal, Cesar Britto, trazia a baila a postura da Ordem sobre o ocorrido, esclarecendo que a liberdade do Estado em investigar supostas práticas criminosas, não pode suprimir o devido processo legal e o direito de defesa dos acusados; o que foi prontamente atendido pela Corte.

Enfim, seja em decorrência da própria história da Ordem e da recente democratização do país, seja em razão de interesses políticos ocultos, a preocupação maior deste estudo, justifica-se porque na prática, as prerrogativas profissionais ainda tem sido objeto de constantes ataques.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo preliminar analisar as prerrogativas de uma forma global, a fim de possibilitar uma melhor compreensão do tema específico, qual seja: a busca e apreensão em escritório de advocacia.

3 DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS

Não há como se falar em busca e apreensão em escritório de advocacia sem um estudo sobre as prerrogativas profissionais.

Assim, passemos analisar alguns pontos relevantes do instituto.

3.1 Origem Etimológica

A origem etimológica da palavra prerrogativa vem do latim: *praerogativa*. Em brilhante estudo, SERGEI (2009, p.15) define seu significado como sendo:

(...) um privilégio conferido aos advogados, pois o verbete advindo do latim *praerogativa*, exprimia, primitivamente, a possibilidade de falar antes, com origem na outorga legal conferida aos cavaleiros das centúrias, no império romano, que detinham a *praerogativa* do primeiro voto, por ocasião das decisões obtidas pelo sufrágio.

A terminologia da língua portuguesa de FERREIRA (2001, p. 554) define o termo como sendo “*vantagem com que se distingue pessoa ou corporação; privilégio, regalia.*”

Contudo, no âmbito da advocacia, o termo deve ser tomado com uma conotação muito mais ampla.

3.2 Conceito

Em verdade não se trata de mero privilégio em razão da atividade exercida, mas de meio que possibilita um fim.

Seguindo esta linha de raciocínio, as prerrogativas não são meros privilégios conferidos por lei aos advogados regularmente inscrito nos quadros da OAB, mas verdadeiros instrumentos da realização da justiça, sem os quais o

advogado torna-se capaz de realizar a finalidade de seu ofício de forma plena, qual seja, defender interesses alheios.

Daí a importância de distinção do conceito meramente terminológico e próprio da língua portuguesa, com o conceito decorrente da natureza jurídica conferida a advocacia pela Carta Magna de 1988.

Deve, portanto, ser vista sob o enfoque da natureza particular do ofício, consoante disposto no artigo 133 da Constituição Federal de 1988, *in verbis* “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Neste sentido, sendo o advogado figura indispensável à administração da justiça, é imprescindível lhe sejam conferidos determinadas garantias a fim de que possa exercer seu múnus profissional.

4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATRELADOS AS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS

Observando as premissas alhures concluímos que a atividade advocatícia tem como fulcro a defesa de interesses alheios, e pelos consectários lógicos e legais, tem-se que o conceito de prerrogativa não se restringe a mero privilégio pessoal, mas verdadeiro instrumento que viabiliza o exercício de sua profissão.

Assim nota-se que as prerrogativas conferidas aos advogados estão intimamente ligadas aos princípios norteadores da defesa.

Portanto, de rigor sua análise sob a égide das garantias fundamentais previstas na Constituição, já que se por um lado o Estado é detentor do poder-dever de punir, de outro é ele o assegurador dos direitos e garantias individuais, consoante ensina PITOMBO (1999, p. 47); dentre as quais se destaca o direito do acusado de se ver representado por um advogado.

4.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, acolhido no art. 5º, inciso II da CF/88, determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” tendo por objetivo a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Diz-se isto, pois referido princípio tem por objetivo primordial limitar e definir a atuação do poder público através dentro de normas cuja criação depende da competência e formas previstas no processo legislativo definido pela ordem constitucional.

Como bem esclarecido por ESCARELLI (2006, p.13) em seu trabalho de conclusão de curso:

Este princípio visa combater o poder arbitrário do Estado, pois somente por lei devidamente elaborada é que se podem criar obrigações para os indivíduos. (...) Toda atividade do Estado fica sujeita a lei, entendida como expressão da vontade geral que somente se materializará num regime de divisão de poderes em que a atividade seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição Federal. Tal princípio é de abrangência mais ampla e impõe comportamento forçado, sendo inicialmente exigido por norma geral.

Inobstante, cumpre salientar que referido princípio tem como regra geral garantir à realização do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a intimidade, a privacidade, entre outros; e de outra banda relativizá-los, observando e delineando aquelas hipóteses e situações excepcionais, previstas e devidamente regulamentadas através de lei.

Com efeito, se considerado que referido princípio fundamenta a manutenção e a própria existência de outros tantos, não restam dúvidas de que sua eventual inobservação, importará em inconstitucionalidade, sendo de rigor sua observação.

4.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é um dos pilares do Estado Democrático, e está intimamente ligado ao ideal de justiça.

Acolhido pelo legislador constituinte, referido princípio tem por objetivo garantir um tratamento legal igualitário a todos às pessoas, de modo que as leis devem aplicadas de forma global.

Em verdade o que o legislador constituinte quis proteger foi o tratamento arbitrário e desproporcional entre os desiguais, objetivando evitar discriminações gritantes.

MORAES (2008, p. 36) traz a baila a questão com hialina clareza:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento jurídico idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais,

na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege é certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...).

Sob este ponto faz-se oportuno e relevante mencionar que referido princípio não é absoluto, devendo a rigor ser aplicado com vistas ao princípio da proporcionalidade, tratando desigualmente os desiguais e igualmente os iguais.

Sobre o princípio da proporcionalidade cumpre socorrer ao entendimento esposado por SILVA (2009, p.1):

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade constitui meio adequado e apto instituído para solucionar conflitos. De um lado limitando e controlando as condutas da Administração Pública, que visam restringir ou aniquilar direitos fundamentais. Por outro lado, diante do caso concreto, servindo de supedâneo ao administrador público na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, para que sua decisão seja não mais que ótima. Nesse contexto, o princípio supracitado auxiliará e dará as diretrizes para que o gestor público sempre busque a finalidade legal em suas decisões, sob pena de ser levada ao crivo do Poder Judiciário toda vez que um direito ou uma garantia fundamental for ameaçada ou violada.

Com efeito, conclui-se que o princípio da igualdade sempre deve ser aplicado proporcionalmente àquela situação em si considerada, não de modo a fomentar uma desigualdade, mas permitir a igualdade dos desiguais, perante os iguais, sempre com vistas ao bem comum.

4.3 Princípios da Intimidade e da Privacidade

Os princípios da intimidade e da privacidade têm por objeto a proteção das questões relacionadas ao íntimo humano, ou seja, aqueles bens relacionados à subjetividade da vida comum relacionadas à imagem e sentimentos entre outros, seja consigo mesmo ou de si mesmo perante os demais.

De certa forma, decorre do direito a honra (objetiva e subjetiva), tratando-se de verdadeira extensão do princípio da dignidade humana.

Embora distintos, a intimidade e a privacidade, trazem consigo grandes relações haja vista o bem tutelado: o bem estar humano e seu direito de estar só ou de resguardar determinados acontecimentos a si mesmo a quem ele permitir.

Com o acerto que lhe é peculiar MORAES (2008, p. 53) distingue a questão:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito da incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Contudo, há que se atentar que igualmente ao princípio da igualdade, os princípios da intimidade e privacidade podem, em determinados casos, e mediante certas circunstâncias serem relativizados, como por exemplo, as pessoas públicas, artistas, políticos, músicos, entre outros, já que de certa forma estão sujeitos a uma forma de fiscalização, interesse do povo e da mídia; o que não necessariamente afasta a proteção legal contra ofensas não comedidas que possam causar prejuízo ao interessado.

4.4 Princípio da Inviolabilidade Domiciliar

Ao inseri-lo no ordenamento jurídico, a Carta Magna reconheceu o direito do indivíduo à inviolabilidade de seu domicílio.

Sob este ponto, há que se salientar que muito embora a legislação infraconstitucional defina o conceito de domicílio, o termo deve ser visto de forma ampla, não se restringindo apenas a residência, ao local onde o indivíduo esteja estabelecido como forma de habitação.

Aliás, oportuno e relevante mencionar que o próprio Supremo Tribunal Federal, já estendeu o conceito de domicílio, estendendo a proteção legal ao local de trabalho do indivíduo, desde que este local seja fechado ou de acesso restrito ao público.

Contudo, referido princípio também possui limitações, o que nem poderia ser diferente, pois seria incongruência do legislador ao admitir o uso da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar para a prática de delitos.

Assim, não havendo consentimento do morador, é permitida durante o dia em caso de flagrante delito, de desastre, de prestação de socorro, ou por determinação judicial.

No período noturno, em caso de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro.

Inobstante cumpre atentar a permissivo legal da determinação judicial. Como bem salientado por MORAES (2008, p. 56):

A possibilidade de invasão domiciliar durante o dia, sujeita-se a denominada cláusula de reserva jurisdicional, consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática determinado atos.

Dito isto, há que se atentar nenhum outro órgão estatal, tendo ele ou não poder de polícia, pode transpor a garantia legal, sob pena de violação do comando estabelecido no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1.988.

4.5 Princípio da Inviolabilidade de Correspondência e Comunicação

Referido princípio tem por objetivo garantir o sigilo de correspondências e de formas de comunicação utilizadas entre o locutor e seu destinatário.

No que pertence à comunicação, importante ainda salientar que o comando constitucional abrange as comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; com efeito, também os dados informáticos, trocados através da internet estão sujeitos a cláusula de inviolabilidade.

Cumpre ainda esclarecer que o princípio não abarca apenas a inviolabilidade da correspondência e de comunicação, mas também a proíbe a divulgação destes dados e informações a terceiros estranhos a relação interlocutória, consoante se infere dos ensinamentos de MORAES (2008, p. 59):

Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior.

Com efeito, entende-se que, ainda que por determinação judicial sobrevenha à quebra de sigilo, o magistrado deve procurar promover a guarda adequada das informações obtidas, sob pena de violação do princípio constitucional.

Sob este ponto nota-se que a inviolabilidade garantida pela norma constitucional não é absoluta, sendo aplicável como regra geral, desde que não seja objeto ou envolva práticas ilícitas.

O certame da assertiva encontra subsídio na própria norma constitucional que prevê as exceções em caso de ordem judicial, na forma em que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, consoante disposto no art. 5º, inciso XII da CF/88.

Atente-se que a observação dos três requisitos é taxativa: a) ordem judicial, b) finalidade de investigação em instrução ou processo no âmbito criminal e c) observação da forma que a lei estabelecer; sendo que, sua inobservação pode constituir prova ilícita, portanto inadmissível no ordenamento jurídico.

Neste ponto cumpre salientar que a prova ilícita, bem como a diferença entre interceptação telefônica e gravação clandestina serão abordados em tópico próprio, de forma mais aprofundada.

4.6 Princípio do Sigilo da Fonte

A Carta Maior garante como regra geral, o acesso as informações, ressalvando, contudo o direito ao sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. É o que dispõe o art. 5º, inciso XIV da CF/88.

Tal princípio decorre em razão em razão das particularidades de cada profissão, especialmente aquelas onde a troca de segredos e informações sigilosas

são indispensáveis, tais como a relação entre médico e paciente, advogado e cliente, psicólogo e atendido, entre diversas outras.

Surgem, portanto, sob a égide da relação de confiança, de modo a possibilitar o exercício de dada profissão.

Assim, a garantia constitucional assegura o exercício desta relação de confiança, possibilitando sua manutenção, no afã de salvaguardar os interesses dos envolvidos.

Particularmente no caso do advogado a garantia é regulamentada não apenas no âmbito constitucional, mas também no âmbito ético e penal.

Note-se o próprio Estatuto da Advocacia, Lei nº.: 8906/94, não apenas reafirma a garantia constitucional, como impõe a obrigação do sigilo profissional, sob pena de responsabilidade disciplinar perante o Tribunal de Ética da Ordem, consoante se verifica dos comandos normativos abaixo colacionados:

Art. 7º São direitos do advogado:

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;

Também o Código de Ética da Ordem determina a obrigatoriedade do sigilo bem como as exceções, consoante se infere de seus artigos 25 a 27.

Igualmente, a norma criminal, obriga o sigilo profissional, senão confira-se da norma positivada no Código Penal: “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

É, portanto, comando a ser perseguido pelo profissional, ressalvadas as exceções previstas em lei.

4.7 Princípios do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e do Contraditório

Paralelamente ao princípio da legalidade e de igual status constitucional, encontra-se o princípio do devido processo legal.

Insculpido sobre o modelo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo XI, nº.: 1), referido princípio tem por objetivo garantir o equilíbrio entre a força estatal e o direito de defesa do acusado, concedendo-lhe a presunção de sua inocência até o final julgamento público, precedido de todas as garantias necessárias a um adequado direito de defesa.

No Brasil o princípio do devido processo legal é atrelado a outros princípios do mesmo nível, quais sejam: o princípio da ampla defesa e do contraditório previstos no art. 5º LV da CF/88, e o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII da mesma Carta.

Nas palavras de MORAES (2008, p. 106), entenda-se por ampla defesa:

(...) o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa.

Sobre o princípio do contraditório, TEODORO JUNIOR (1995, p. 122) complementa que:

(...) além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Inobstante, para se garantir a validade jurídica esperada do devido processo legal, o texto constitucional também acolheu a inadmissibilidade nos autos da prova obtida por meio ilícito.

4.8 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

O que nos preocupa constantemente no Brasil é a interpretação que os Tribunais e juristas tem a respeito das provas que são obtidas por meios ilícitos, pois a criminalidade vem aumentando cada vez mais e a sociedade exige punições mais duras contra os crimes violentos.

Sabemos que os nossos direitos e garantias advêm de uma Constituição que primordialmente preza esses princípios de forma democrática. E muitos de nossos juristas esquecem que no processo penal, nem sempre essas garantias são absolutas, pois alguns direitos devem ser sopesados para saber qual irá prevalecer diante de um caso concreto.

Veremos que este tema causa muitas contradições em relação às provas ilícitas, a individualidade e a liberdade pública, por não haver um entendimento absoluto sobre o assunto.

Para a conclusão do tema, foi necessário a pesquisa de vários juristas e casos concretos que já foram julgados pelo nosso Tribunal.

É de grande relevância este trabalho para a sociedade, para os nossos juristas e também para os estudantes de direito, termos o enfoque de que nem tudo que nos é garantido pela nossa constituição será absoluto quando se tratar de um direito indisponível importante para a sociedade e para o indivíduo.

4.9 Conceito e Finalidade da Prova

A prova é a essência do processo. É por ela que as partes demonstram em juízo a ocorrência de um fato ou um direito.

É através delas que o juiz formará a sua convicção, para a aplicação do direito correspondente ao caso concreto.

Prova vem do latim *probatio*, que deriva do verbo *probare*, e tem como significado, provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa. Este termo é

empregado de várias formas, e alguns autores entendem que, numa terminologia processual, é uma atividade realizada pelas partes e pelo juiz, com o intuito da reprodução dos fatos que se almeja na pretensão deduzida na inicial e da própria decisão; podem também introduzir informações no processo.

CAPEZ (1997, p. 223), definiu a prova como sendo:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts.156, 2 parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar o magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

A principal finalidade da prova no direito processual penal é combater as transgressões à ordem pública descritas na Lei Penal, de modo a empregar as sanções cabíveis aos conflitos existentes.

Mas, nem sempre a prova nos demonstrará certeza plena sobre os fatos, pois alguns tipos de provas, nunca poderão ser alcançados. Neste contexto, a prova deverá ser apta a condenação quando estreitar o máximo a margem de erro, levando o Juiz a ter uma certeza confortadora sobre a probabilidade de concisão.

Vale dizer que, se as provas não forem produzidas devidamente pelas partes, o fato não será demonstrado, tendo em vista que o juiz tem a obrigação legal e constitucional de seu livre convencimento que deverá ser inteiramente fundamentado (art. 93, IX, CF, e arts. 157 e 381, III, CPP). Não podemos deixar de ter em vista que, o ônus de demonstrar os fatos controvertidos, caberá a quem os alegar (art. 156, CPP). Assim, para a acusação caberá demonstrar a prova dos fatos constitutivos: autoria, dolo, culpa etc.; pela defesa, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos à pretensão do autor: legítima defesa. Já os fatos pertinentes e relevantes (objeto da prova), deverão ser demonstrados por quem o alegou.

Destarte, a produção de provas deverá respeitar o ordenamento judicial, não deverá desrespeitar a Constituição Federal ou legislação ordinária, e caberá ao Judiciário, dizer se a prova é apta, ou não, para demonstrar o fato ocorrido.

4.10 Provas Obtidas por Meios Ilícitos

Os Professores Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Grinover (1992, p. 109), de forma clara, definiram prova ilícita;

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5^º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5^º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5^º, III, CF); as acolhidas com infringência à intimidade (art. 5, X, CF), etc.

Já existem dispositivos para retirar do processo as provas que vão contra a sua obtenção e produção, por afrontarem a regulamentação. A sanção para isso, já vem descrita no próprio texto processual, e em regra será decretada a nulidade da prova, no momento da produção probatória no processo.

Uma prova obtida mediante tortura, sigilo das conversações telefônicas, indevida violação de domicílio, sigilo da correspondência, da intimidade, etc, infringe o nosso princípio constitucional e poderá haver sanção até na área penal. Nestes casos, ocorre a transgressão no momento da colheita das provas, podendo ainda ser estendida no tocante a salvaguarda das informações coletadas.

Destarte, devido a sua natureza, a prova derivada de meios ilícitos, será também ilícita; sendo ela materialmente ilícita, será também processualmente ilegítima.

4.10.1 A prova obtida por meio ilícito em benefício do réu

Existe uma proibição da utilização da prova obtida por meio ilícito, isso é uma garantia do particular contra o Estado. Sendo assim, não poderá ser utilizada pelo Estado contra um acusado.

Os princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, o da presunção de inocência, da legalidade, e até mesmo o remédio do

habeas corpus, etc., são fundamentos constitucionais que proíbem a utilização da prova ilícita contra o acusado.

Mas o acusado poderá provar a sua inocência através de uma prova ilícita, haja vista que o direito à liberdade está acima, em âmbito processual e constitucional, ao da prova ilícita.

Neste caso, socorre-se ao princípio da proporcionalidade em benefício do acusado.

4.10.2 Princípios da proporcionalidade e da prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado

Como já foi mencionado alhures, o princípio da proporcionalidade está acima dos méritos distintos para se obter o arbitramento sobre a admissibilidade ou não de determinada prova obtida por meio ilícito.

A Constituição Federal, em seu art. 5º dispõe sobre vários direitos e garantias fundamentais, porém alguns desses direitos se sobrepõem a outros, razão de sua natureza jurídica singular.

Nesta situação, restam as indagações: o que é mais importante; a segurança ou a intimidade, a vida ou a intimidade, a saúde ou o devido processo legal, se todas as normas advêm da Constituição, qual delas deverá ser considerada?

Se elaborada uma comparação dentre todos esses valores sob a ótica do princípio da proporcionalidade, uma interceptação telefônica ilícita, adquirida em desfavor de um acusado de crime grave, como a extorsão mediante sequestro, em que se coloca em risco a vida, saúde, segurança e o patrimônio, o que seria mais importante nessa situação: a privacidade ou as demais garantias individuais?

Ainda neste sentido, seria plausível não condenar pessoas perigosas que oferecem risco a sociedade em razão de uma prova que foi obtida por meio ilícito?

Se assim interpretarmos, os sequestradores teriam de ser soltos e a sociedade ficaria à margem de indivíduos que obviamente praticariam outros

sequestros, colocando em risco outros valores tão ou mais importantes que o direito à intimidade.

BARROS (1996, p. 26), parece a trazer à baila a resposta a tais indagações. Com o costumeiro acerto que lhe é peculiar, o doutrinador entende pela relatividade das garantias constitucionais e a aplicação do princípio da proporcionalidade, dependendo do caso concreto, expondo:

Destarte, a prudência recomendada ao juiz no âmbito do direito material se repete no direito processual. A ele compete, no enfoque do caso concreto, examinar o cabimento da aplicação da teoria da proporcionalidade ou razoabilidade para temperar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo porque, pelo sistema constitucional vigente, não há falar-se em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que se deva a outras garantias de igual ou superior relevância.

Com efeito, mesmo que a jurisprudência reprima a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, tem sido aceita a utilização do princípio da proporcionalidade em casos determinados, geralmente de forma excepcional, voltados aqueles de maior gravidade.

Tem-se, portanto, que o estudo e aplicação do princípio da proporcionalidade é de grande valia quando nos atemos às lacunas deixadas pela lei que instituiu a busca e apreensão em escritório de advocacia, conforme se verá adiante.

4.10.3 Provas ilícitas por derivação

Existe ainda uma vasta discussão sobre as provas ilícitas por derivação. Trata-se de um tipo de prova que é material e processualmente válida, porém rejeitada pela nossa doutrina, por ser a mesma obtida de forma incorreta.

Esse posicionamento teve como base decisões da Suprema Corte Norte-americana, que delineou a ideia no princípio *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), empiricamente traduzida como “os vícios da árvore envenenada contagiam os frutos”.

Sob este tópico, cumpre salientar que há uma grande discussão entre os Ministros do Supremo Tribunal a respeito da teoria.

Uma corrente minoritária entende que a tese dá eficácia ao princípio constitucional que se opõe a obtenção de provas ilícitas e por consequência, as provas que surgem por meio destas, também não poderiam ser aproveitadas.

Já a corrente majoritária entende que é possível desprezar as provas legítimas e lícitas apenas pelo fato de derivar de uma única prova ilícita, deixar um criminoso a deriva.

Tem-se, portanto, por claro e conciso que para esta corrente, foi adotada a teoria da proporcionalidade, determinando que apenas aquela prova obtida por meio ilícito será inadmitida, mantendo-se as demais.

A conclusão se mostra correta quando analisamos alguns acórdãos do Supremo, onde se entende que, se a condenação se apoiar em provas lícitas e independentes, essas provas não serão contaminadas.

CAPEZ (1997, p. 32) nos fala sobre a derivação da prova ilícita em casos especiais:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o Juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para a escolha de qual deva ser sacrificado.

Neste diapasão, adotado o posicionamento fundado no princípio da proporcionalidade, não há como se desprezar uma prova que obedece aos princípios constitucionais apenas por derivar de uma prova ilícita, já que o Processo Penal vigente visa garantir a ordem e a paz pública.

4.10.4 Inviolabilidade do domicílio e a prova ilícita

Quando nos referimos a casa ou domicílio, logo nos vem em mente um lugar íntimo em que nos desligamos da multidão e passamos a apreciar o nosso “eu”. É nela que passamos o maior tempo de nossas vidas.

A importância é tamanha, que a Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro, asseguram sua inviolabilidade.

De acordo com o art. 5º, XI, CF, ninguém poderá adentrar na casa sem o consentimento do morador, salvo para prestar socorro a alguém, em flagrante delito, ou ainda em casos de desastre, ou durante o dia, por ordem judicial.

Salvo esses motivos, a violação do domicílio importará em crime tipificado pelo art. 150 da Cartula Penal.

Contudo, como qualquer outro princípio, a inviolabilidade do domicílio não é absoluta, pois o legislador estabeleceu algumas regras em que é possível a intromissão a esta intimidade, estando inserida neste rol, a busca e apreensão de natureza criminal.

Com efeito, a regra geral é a inviolabilidade, podendo, contudo, e observados os requisitos e hipóteses previstas em lei, ser violado sem o consentimento dos moradores.

Nesta situação, caso adentre a residência por receber uma denúncia anônima (como a exemplo, no caso de tráfico de drogas) e nela encontrar e apreender o material do crime, esta apreensão será ilícita, pois não possuía devido mandado judicial e não poderia ser utilizado em juízo.

Podemos observar esta conclusão pela profusão dos julgados país afora, especialmente pelo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (2007, p.71).

PROVA CRIMINAL- obtenção de forma ilícita - Ingresso de policiais na residência do acusado, mediante violência, por volta de 22:00 horas - Ação motivada por denúncia anônima de tráfico de entorpecente - Inexistência de fundada suspeita de situação de flagrância - Violação do artigo 5 incisos XI e LVI, da Constituição da República - absolvição mantida.

Atentemo-nos ao exemplo supra citado.

Na prática, o crime de tráfico de entorpecentes é feito clandestinamente e geralmente é descoberto por denúncia anônima.

Nesta hipótese, seria necessária uma ordem judicial, mas sabe-se o quanto seria demorado obter um mandado, o que acabaria prejudicando a busca no domicílio do suspeito, que estariam abusando de um direito constitucional (direito à intimidade), para continuar a prática delitiva.

Por isto, quando houver princípios constitucionais envolvidos na situação, como o citado exemplo, cumpre recorrer ao princípio da proporcionalidade, de modo a ponderar a situação, pois o direito à intimidade de um criminoso não pode se sobrepor ao da sociedade que ficará a mercê da liberdade de locomoção desses indivíduos.

4.10.5 Sigilo da fonte e prova ilícita

Como já salientando, o sigilo da fonte é conferido pela Constituição da República em seu art. 5º, XIV, e procura preservar o livre exercício profissional, assegurando a todos o acesso à informação, resguardando o segredo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Contudo, como qualquer outro direito e garantia descrita na Constituição, referido direito não é absoluto, sofrendo igualmente a incidência do princípio da proporcionalidade quando assim for necessário, aplicável toda vez em que estiver em jogo, um direito mais ou menos importante aquele, podendo ou não ser considerado prova ilícita conforme cada caso em particular, observado ainda a estrita forma previstas em lei.

4.10.6 Sigilo das correspondências e prova ilícita

O mesmo se aplica a garantia do sigilo de correspondência, incluídas cartas, mensagens eletrônicas (e-mail) e telemáticas.

Em outras palavras, nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, nem mesmo o sigilo da correspondência, mesmo sendo um meio tão importante de comunicação, haja vista que quando houver interesse público envolvido, poderá sofrer a incidência do princípio da proporcionalidade, podendo assim, dependendo das particularidades de cada situação, ser considerado prova lícita ou ilícita.

4.10.6.1 Interceptação telefônica e gravação clandestina

O texto constitucional reconhece a igualmente, o direito a inviolabilidade de sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados informáticos, salvo com ordem judicial para investigações criminais ou instrução processual.

Contudo, igualmente aos demais princípios elencados alhures, esta garantia poderá ser quebrada pelo princípio da proporcionalidade.

Inobstante cumpre instituir a diferença entre os institutos da interceptação telefônica e da gravação clandestina.

No primeiro caso, não ocorre à gravação da conversa, mas a participação de uma terceira pessoa que irá ouvir da conversa sem que os integrantes percebam, ou de modo que apenas um deles saiba da interceptação.

Já na gravação clandestina, como o próprio nome nos diz, ocorre uma gravação da conversa entre os interlocutores, sem que eles saibam da gravação.

Quando esta gravação é realizada com o consentimento de um dos interlocutores, não será necessária a autorização judicial para fazê-la, podendo ser levada ao Judiciário como meio de prova, sem que constitua qualquer ilicitude; quando não houver consentimento poderá constituir prova inadmissível.

De mais a menos, o fato é que em ambos os casos serão ilícitas, quando não houver o consentimento de ao menos um dos interlocutores.

Contudo, igualmente as demais garantias constitucionais, referidas garantias sujeitam-se ao alvedrio princípio da proporcionalidade, levando-se em consideração as particularidades do caso concreto.

Feitas estas considerações, passemos a analisar o instituto que pode atingir tais princípios.

5 BUSCA E APREENSÃO

Uma vez que o objeto do estudo envolve a prerrogativa da inviolabilidade do escritório de advocacia, objeto do presente estudo envolve a busca e apreensão, passemos a analisar alguns pontos relevantes sobre referido instituto.

Façamos assim uma abordagem genérica com vistas ao ordenamento jurídico como um todo, e posteriormente sobre a busca e apreensão que envolva o local de trabalho do(a) advogado(a).

5.1 Conceito e Finalidade Genérica

O instituto da busca e apreensão pode ser conceituado basicamente como o ato de procurar, localizar e apreender, não havendo nenhuma divergência doutrinária no tocante a sua essencial conceitual.

A conclusão da premissa resta clara consoante disposto por PÓVOA (1994, p. 27), quando traz a baila os conceitos expressados por outros doutrinadores:

Para PONTES DE MIRANDA, configura-se a busca e apreensão sempre que o mandando do juiz é no sentido de se faça mais do que quando se manda exhibir a coisa para produzir prova ou exercer algum direito e se não preceita o devedor, ou o possuidor da coisa, a que se apresente. PINTO FERREIRA define-a como um ato de constrição judicial, por meio do qual a autoridade competente autoriza a procura e a apreensão de pessoa ou coisa determinada, para a garantia de um direito.

Resta claro, portanto, que a finalidade da busca é justamente a constrição material do bem, de modo a salvaguardar ou garantir direito sobre coisa ou pessoa.

5.2 Classificação

No que tange a classificação, faz-se oportuno e relevante trazer a baila os ensinamentos de TEODORO JUNIOR (2001, p. 430), quanto à diferença do objeto e quanto à sua natureza:

Quanto ao objeto, à busca e apreensão podem ser de coisas ou de pessoas. Há busca e apreensão de coisas nos exemplos relacionados com os documentos subtraídos pela parte e nos casos de instrumentalidade a medidas como o arresto, o sequestro e depósito. Há busca e apreensão de pessoas nos casos de guarda de incapazes. Quanto à natureza, existe busca e apreensão cautelar e principal. O procedimento da ação de busca e apreensão, de que cuidam os artigos 839 a 843 é, no entanto, exclusivamente destinado a função cautelar, isto é, à realização da tutela instrumental de outro processo, cuja eficiência se busca assegurar.

Inobstante, arrisca-se ainda a classificar o instituto quanto ao campo de concentração do Direito, podendo ser utilizado no âmbito civil ou criminal.

No âmbito civil, subdivide-se em procedimento cautelar simples, decorrente unicamente das disposições previstas no Código de Processo Civil (artigos 839 a 843) ou especial, decorrente de lei extravagante com determinadas particularidades procedimentais (como é o caso do Decreto-lei nº.: 911/69, aplicável aos bens alienados fiduciariamente e da Lei nº.: 9.610/98, aplicável no caso de violação de direitos autorais). No âmbito criminal, está prevista no art. 240 do Código de Processo Penal.

5.3 Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica, a doutrina se posiciona majoritariamente no sentido de que não se trata de uma medida preventiva, mas de meio de execução de medida preventiva ou satisfativa, consoante ensina PÓVOA (1994, p. 27), citando TEODORO JÚNIOR, "(...) realmente é de serventia da busca e apreensão tornar efetivas as medidas cautelares sempre que se haja de procurar a coisa ou pessoa e de mantê-la a disposição judicial."

Destarte, não resta dúvida acerca da natureza jurídica da busca e apreensão.

Trata-se de instituto independente, de cunho, origem e fim.

Contudo, sob a ótica do presente trabalho, faz-se oportuno destacar que muito embora seja um meio-fim, este meio, deve seguir os ditames dispostos estritamente pela lei, sob pena de tornar-se inapto ou ineficaz, como a exemplo, o resultado (coisas apreendidas) de uma busca e apreensão irregular e ilegal, pode torná-lo ilícito e por consequência, inadmitido no âmbito do devido processo legal.

5.4 Pressupostos Gerais Aplicáveis na Esfera Cível

Sob o enfoque cível, temos que a busca e apreensão não exige requisitos especiais diversos dos demais procedimentos cautelares, sendo imprescindível apenas a presença dos requisitos *fumus boni iuri* e *periculum in mora*.

Tal fato decorre em razão de sua natureza jurídica peculiar, já que não se presta a realizar direitos substanciais da parte, mas apenas de garantir a execução da medida satisfativa ou preventiva vinculada à principal almejada, que não garante o ganho final e efetivo da priorizada.

Claro exemplo disto é que, na busca e apreensão de menor, não se garante a guarda definitiva ao petitante, mas tão somente o meio capaz de salvaguardar a possível guarda definitiva.

5.5 Pressupostos Gerais Aplicáveis na Esfera Criminal

No caso de busca e apreensão para fins de instrução de inquérito criminal ou processo penal, além dos requisitos gerais acima descritos é imprescindível se atentar as garantias constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais da pessoa.

Neste sentido, esclarece PITOMBO (1999, p. 46):

Emerge impossível falar sobre a busca e apreensão no processo penal sem relacioná-las, de modo direto, com os seguintes direitos fundamentais, assegurados na Constituição da República: inviolabilidade de domicílio, intimidade e vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo (art. 5º, incisos XI, X e II, respectivamente). Lembrando de que o desprezo das aludidas normas atingem também outras duas garantias constitucionais: devido processo legal e a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art. 5º incisos LIV e LVI).

Inobstante os pressupostos acima descritos, objetivando o não afastamento do tema do presente estudo, passemos a analisar a busca e apreensão sob a égide da prerrogativa da inviolabilidade do escritório de advocacia.

6 DA INVIOABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

Em que pese à notável historia e colaboração da Ordem para a formação do Estado Democrático de Direito que hoje conhecemos, é fato público e notório, e por grande infelicidade de toda classe, nem todos seus componentes fazem jus à honradez do ofício que é a advocacia, muito embora sejam uma ínfima minoria frente aos milhares de profissionais que atuam em todo país.

Para estes, os princípios deontológicos ventilados por COSTA (2002, p. 3) que regem, ou deveriam reger, as atividades dos operadores do Direito, não passam de demagogia, ou mero obstáculo íntimo, facilmente transponível pela ganância.

Diz-se público e notório, pois não foram raros nos últimos anos os tristes episódios envolvendo advogados na prática indiscriminada de crimes.

Mas os escândalos tomaram maior ênfase quando se apurou que estes crimes eram cometidos sob o manto da inviolabilidade das prerrogativas profissionais, que ocultavam provas, entre outros e dificultavam o poder de polícia e o dever de punir do Estado.

Tragicamente, as tão esperadas prerrogativas do advogado, intimamente ligadas com os princípios de defesa derivada do devido processo legal, a qual a Ordem tanto lutou a conquistar, passou a ser usada como a varinha mágica da obscuridade, uma barreira intransponível, que não apenas facilitava a prática de crimes como os tornara indecifráveis.

Frente à autorização da Constituição Federal de 1988 que conferia a regulamentação da matéria através da lei ordinária, atento e esta realidade, com base no princípio democrático que vislumbra o bem comum como um dos pilares da sociedade, objetivando por derradeiro as discussões doutrinárias sobre a matéria, sobreveio a Lei nº.: 11.767/2008 que disciplinou a inviolabilidade do escritório de advocacia, alterando-se assim os termos do Estatuto da Advocacia.

6.1 Da Limitação do Estudo

Inobstante as outras modalidades de busca e apreensão previstas no ordenamento jurídico, considerando o tema central do presente trabalho, faz-se oportuno a partir deste momento, restringir o estudo ao instituto previsto na esfera criminal, disposto pelo artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal.

6.2 Dos Princípios Aplicáveis a Busca e Apreensão no Âmbito Criminal

Inobstante os requisitos particulares que regem o instituto, cumpre de início esclarecer que estas condições devem sempre ser interpretadas conjuntamente com as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal; motivo pela qual se justifica a explanação dos princípios elencados no início deste estudo.

Justifica-se, pois, em razão do fato de que a aplicação inadequada ou a inobservação destes princípios, quando da ocorrência da busca e apreensão no âmbito penal, pode gerar ofensa direta as garantias constitucionais, e em casos mais graves, constituir prova obtida por meio ilícito, gerando inclusive nulidades, e com efeito na inocuidade do instituto da busca e apreensão e prejuízos ao dever estatal de punir.

Resta ainda consignar que além das disposições da Constituição, de rigor ainda a observação de tratados e convenções internacionais recepcionados pelo país que tratem de matérias relativas a direitos e garantias fundamentais.

A recomendação é feita por PITOMBO (1999, p. 53) quando dispõe:

Importa analisar, no tocante à busca e apreensão, além das normas constitucionais, tratados e convenções internacionais, posto que eles igualmente informem o processo penal. Até porque os instrumentos de proteção aos direitos humanos, após sua ratificação, incorporam-se aos direitos e garantias assegurados na Carta Maior.

Nesta situação, resta concluir que a busca e apreensão no âmbito criminal deverá observar, além dos limites impostos nos princípios constitucionais, às normas internacionais recepcionadas pela Carta Maior, que versem sobre direitos e garantias fundamentais.

Neste ponto, com ênfase ao objeto do presente estudo, faz-se oportuno avultar os princípios constitucionais mais sujeitos a violação pela busca e apreensão no escritório de advocacia, que, quando inobservados poderão gerar prova ilícita, e por consequência a violação indireta dos princípios da inadmissibilidade de provas ilícitas, da legalidade, da igualdade, quais sejam: o da inviolabilidade de domicílio profissional, da intimidade e da privacidade, do sigilo de fonte e do sigilo das correspondências e comunicação.

Superada a análise preliminar passemos ao tópico seguinte.

6.3 Das Modalidades de Busca e Apreensão Instituídas Pela Lei Penal

Inicialmente cumpre-nos fazer a distinção das modalidades de busca e apreensão existentes no âmbito criminal.

O artigo 240 do Código de Processo Penal prevê duas modalidades de busca: domiciliar ou pessoal.

Com efeito, a busca domiciliar refere-se ao local, enquanto a pessoal, refere-se à pessoa em si considerada.

Aqui surge um dos primeiros impasses entre a doutrina, mormente no que tange ao conceito de domicílio.

Quando nos atemos ao texto constitucional acolhido no artigo 5º, inciso XI, nota-se que a garantia refere-se à inviolabilidade quanto a “casa como asilo inviolável do indivíduo”.

Já o artigo 150 do Código Penal, trata da inviolabilidade utilizando-se do termo “domicílio”, enquanto a norma processual de certa forma o reproduz, referindo-se a busca domiciliar, regulamentando-a ainda sobre aquele ambiente fechado, consoante se infere das linhas do artigo 246, caput. da mesma Cártula.

Por outro lado, o Código Civil traduz o termo domicílio, como sendo “o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”, consoante disposto pelo art. 70, caput.

Com efeito, a preocupação da doutrina merece destaque já que o conceito trazido pela norma constitucional é muito mais amplo que o da lei civil, que por sua vez, pode afastar-se da previsão disposta na lei penal.

Com efeito, o posicionamento doutrinário poderia gerar uma confusão entre as espécies legalmente previstas, viabilizando a transgressão de princípios constitucionais, com efeito, tornando ilícita a finalidade da busca, e por consequência, tratando-se seu resultado, como prova inadmissível no âmbito do devido processo legal.

Contudo, novamente PITOMBO (1999, p. 71) parece trazer ponto final à questão, diferenciando a discussão própria do âmbito do direito material ao conceito processual penal, interpretando a norma com vistas à limitação imposta pelo princípio da legalidade, senão confira-se:

Há maior dificuldade, entretanto, em individualizar o conceito processual-penal de “casa-domicílio”, pois é no âmbito do direito material que se discute a amplitude do termo. No direito processual penal, impõe-se uma definição ampla, ate em consonância com a compreensão constitucional. A expressão, assim, deve abranger: (a) a habitação definitiva, ou morada transitória; (b) casa própria, alugada ou cedida; (c) dependências da casa, sendo cercadas, gradeadas, ou muradas; (d) qualquer compartilhamento habitado (e) aposento ocupado de habitação coletiva (f) estabelecimentos comerciais e industriais, fechados ao público; (g) local onde se exerce atividade profissional (h) barco, trailer, cabine de trem ou navio e barraca de acampamento; (i) áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal.

Oportuno sobre este ponto destacar que o direito a inviolabilidade de domicílio, de certa forma está atrelado à garantia constitucional da intimidade e da privacidade, já que ao menos em tese, é no domicílio, no lar, naquele local onde a pessoa se encontra habitualmente que costuma realizar estes direitos.

Contudo, há que se fazer a ressalva de que tal mandamento, assim como todos os demais não são absolutos e devem pautar-se pelos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, já que, se por um lado é dever do Estado tornar possível a garantia constituída, por outro é de relevante interesse comum e obrigação estatal de preservar pela paz social.

6.4 Da Alteração do art. 7º do Estatuto da Advocacia Pela Lei nº.: 11.767 de 07 de Agosto de 2008

Pouco depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, sobreveio o historicamente tão esperado Estatuto almejado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que finalmente garantiu a autonomia e independência da instituição, bem como a reconheceu, em verdadeiro adendo regulamentador do comando disposto no art. 133 da Carta Magna, a indispensável necessidade da advocacia na administração da justiça.

Entretanto, o Estatuto promulgado em 1994, menos de dez anos após a Constituição do Estado Democrático de Direito, revelava nitidamente pontos exagerados, data vênua.

Talvez, há época, necessários a confirmação da inauguração de uma nova era do país, onde se saia definitivamente de um longo período autoritário rumo à democracia popular.

Claro exemplo disto é o antigo texto do artigo 7º do Estatuto, que tratava a inviolabilidade do escritório de advocacia com tom absolutista, de modo a permitir o abuso por parte de profissionais mal intencionados, como salientado alhures.

O fato é que, mesmo que singela, a alteração era necessária afim de se por fim discussão doutrinária e a possibilidade de abuso da prerrogativa, quando não utilizada como instrumento de defesa, mas como meio de imunidade penal.

Sobre este ponto, salutar destacar o princípio da igualdade, onde todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Nem o juiz, nem o promotor, nem o advogado; nem os membros do executivo, enfim, ninguém está em condição superior à lei e todos devem ser tratados igualmente.

Oportuno e atual exemplo da assertiva é a recente condenação de ministros, políticos e empresários ligados ao alto escalão do Governo Federal, em decorrência do envolvimento com o esquema de compra de votos denominado como “Mensalão”, deflagrado pela Procuradoria Geral da República, e nos últimos dias, *sub judice* a apreciação de nossa Suprema Corte.

Sob este paradigma, resta claro concluir que não se poderia prevalecer uma norma capaz de ensejar privilégios profissionais com benesses ligadas a interesses afastados do múnus profissional.

Assim, prezando justamente por este tratamento igualitário, com vistas ao bem comum, em atendimento ao poder-dever do Estado de punir, sobreveio a Lei nº.: 11.767 de 07 de agosto de 2008, que alterou o texto do artigo 7º do Estatuto da Advocacia, mormente no que tange a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, estendida aos seus instrumentos de trabalhos, seus correspondências escritas, eletrônicas ou telemáticas, desde que relativas ao exercício profissional.

6.5 Dos Motivos da Alteração Legal

Substancialmente, a alteração teve como objetivo regulamentar o artigo 7º do Estatuto de modo a propiciar o equilíbrio necessário entre as prerrogativas, enquanto instrumentos de defesa essenciais ao exercício da advocacia, e ao mesmo tempo, coibir abusos descomedidos de profissionais envolvidos na prática de delitos.

Mediante o acompanhamento e os apelos da Ordem, nota-se *prima face* que a Lei nº.: 11.767 de 07 de agosto de 2008 não transgrediu a autonomia e a independência do advogado, mantendo incólume a disposição constitucional que determina sua indispensabilidade na administração de Justiça, bem como os direitos necessários para tanto, como a inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício do ofício, observando-se os limites dispostos na lei.

A afirmação tem por base a observação analítica dos termos da lei, que releva, de modo geral, o respeito à história e a luta da classe pela justiça, ao manter tais prerrogativas, contudo limitando-as, de modo a evitar eventuais abusos que poderiam ser praticados.

Também os vetos dos parágrafos 5º, 8º e 9º da Lei em comento, demonstram igualmente o bom senso do legislador e o equilíbrio imposto pela ordem constitucional, senão confira-se das razões do veto:

§ 5º São instrumentos de trabalho do advogado todo e qualquer bem móvel ou intelectual utilizado no exercício da advocacia, especialmente seus computadores, telefones, arquivos impressos ou digitais, bancos de dados, livros e anotações de qualquer espécie, bem como documentos, objetos e mídias de som ou imagem, recebidos de clientes ou de terceiros.

Razões do veto: A definição de instrumentos de trabalho, ao compreender 'documentos, objetos e mídias de som ou imagem, recebidos de clientes ou de terceiros', pode ensejar consequências indesejadas: de um lado, clientes investigados poderiam, utilizando-se de artifício que extrapola os limites da relação cliente-advogado, valer-se da norma em questão para ocultar provas de práticas criminosas; de outro lado, a obtenção legítima de provas em escritórios de advocacia poderia ficar prejudicada, pois aumentaria sensivelmente a possibilidade de ataque à licitude das provas por sua potencial vinculação a 'clientes ou terceiros'.

§ 8º A quebra da inviolabilidade referida no § 6º deste artigo, quando decretada contra advogado empregado ou membro de sociedade de advogados, será restrita ao local e aos instrumentos de trabalho privativos do advogado averiguado, não se estendendo aos locais e instrumentos de trabalho compartilhados com os demais advogados."

Razões do veto: "A redação proposta para o § 8º contém comando que pode inviabilizar a investigação criminal na hipótese de arquivos e documentos compartilhados em um escritório de advocacia. Ademais, a supressão do dispositivo em nada altera o resguardo do exercício profissional, uma vez que o acesso aos instrumentos de trabalho compartilhados em um escritório de advocacia não poderá extrapolar os limites do mandado judicial.

§ 9º No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão dessa entidade, o conselho competente promoverá o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator.

Razões do veto: O veto ao § 5º do presente projeto mantém a vigência de sua redação atual na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, cujo conteúdo é idêntico ao § 9º. Assim, a fim de se evitar duplicidade de dispositivo legal, faz-se necessário o veto a este último parágrafo.

A certeza da premissa se mostra ainda mais evidente quando nos atemos ao fato de que as prerrogativas não são absolutas, assim como nem mesmo os direitos e garantias fundamentais previstas na Carta Magna.

Em tese, bastaria analisar os critérios recomendados pela Deontologia Jurídica apoiados por COSTA (2002, p. 3), que define que não apenas o advogado, mas de modo geral, todos os operadores do Direito devem pautar-se sempre na perseguição de uma conduta moralmente boa, digna e perfeita, caso em que socorrer-se-ia de uma prerrogativa prevista em lei, como a exemplo, a imunidade conferida pelo artigo Estatuto da Advocacia que afasta a injúria e a difamação, apenas e tão somente, quando nitidamente transgredida pelo Estado.

Contudo, a título de exemplo, no exercício do ofício, uma defesa mais acalorada, pode dar ensejo à confusão entre um suposto abuso cometido pelo advogado e o motivo pela qual se faz presente naquele momento, qual seja

promover a defesa do interessado; exemplo este que confere a necessidade de existência de garantias especiais que não prejudiquem o interessado, nem tão pouco o advogado, no exercício de seu labor.

Enfim, o que se pretende demonstrar é que as prerrogativas devem atender a finalidade da função do ofício da advocacia, e não a interesses desproporcionais, que se distanciam dos comandos constitucionais.

Neste diapasão, considerando que a prerrogativa da inviolabilidade regulamentada pela lei em questão foi proposta no afã de não ensejar a imunidade penal, conclui-se, sob o enfoque do princípio da razoabilidade, pela correta alteração do Estatuto original.

Não o fosse, certamente estar-se-ia garantindo um superior e por consequência, arbitrário e desigual tratamento ao advogado, contraditório a própria razão de ser e de existir da advocacia, qual seja, promover a justiça, em outras palavras, o equilíbrio entre Estado, sociedade e indivíduos.

6.6 Das Situações que Ensejam a Quebra da Inviolabilidade do Domicílio Profissional do Advogado

São duas as hipóteses trazidas pela Lei nº. 11.767/08 que permitem a quebra da inviolabilidade do domicílio profissional com a consequente busca e apreensão no escritório de advocacia ou local de trabalho do advogado:

- a) Na situação onde o advogado é o investigado; ou
- b) Na situação onde o cliente do advogado é o investigado

Na primeira, nota-se que a busca é motivada por conduta ilícita do próprio advogado, que pode ser acusado de autoria ou participação do delito investigado.

Já no item “b”, o delito não é praticado pelo advogado, mas por cliente seu, cuja prova a que se pretende localizar e apreender é parte integrante da conduta delitiva cometida e encontra-se sob a guarda do advogado.

A distinção das duas hipóteses trazidas pela lei é disposta com clareza pelo i. doutrinador GOMES (2009, s.p) que assim dispõe:

Hipóteses de busca e apreensão: em duas situações (pelo menos) o escritório do advogado pode ser objeto de busca e apreensão: (a) quando o advogado é o investigado (nesse caso, claro, ele não está no exercício da profissão) (cf. § 6º do art. 7º do Estatuto da Advocacia); (b) quando nele se ingressa para apreender documento que constitua "elemento do corpo de delito" (CPP, art. 243, § 2º), delito esse praticado por cliente do advogado.

Feitas estas considerações nota-se claramente a diferença versada nos capítulos anteriores onde esclarecemos a diferença entre prerrogativa e imunidade penal, onde aquela somente é conferida por lei para fins de uso como instrumento de defesa, o que não se confunde com a última, que não é aplicável ao advogado, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

6.7 Dos Requisitos da Busca e Apreensão

Cumpra salientar que para que não se incorra em nenhuma ilegalidade que possa viciar as provas objeto da busca, faz-se oportuno delinear alguns requisitos.

Como bem salientado por PITOMBO (2008, p. 225):

A apreensão reitera-se, não importa restrição a direito fundamental. Mas interessa ao processo penal, como se demonstrou. A sua legalidade, entretanto, se acha condicionada à observância de formalidades, especialmente no tocante: (1) ao momento procedimental; (2) à iniciativa da medida e executor; (3) necessidade de mandado judicial; (4) sujeito paciente da apreensão; (5) e ao auto de apreensão.

Desenvolvendo esta linha de raciocínio, sob o enfoque do objeto do presente estudo, podemos classificar os requisitos para a busca e apreensão legítima prevista pela lei em duas categorias, a saber: os requisitos genéricos e os específicos.

Tenha-se por requisitos genéricos, aqueles aplicáveis à busca e apreensão penal geral, previstos nas hipóteses do Código de Processo Penal; e por requisitos específicos aqueles destinados a busca e apreensão que importe em quebra da inviolabilidade profissional insculpida no artigo 7º do Estatuto da Advocacia, alterado pela Lei nº. 11.676/08.

Como requisitos genéricos, a teor do disposto no artigo 240 e s.s. do Código Processo Penal, podemos citar:

- a) a atenção a fase processual em vigor quando de sua expedição;
- b) a legitimidade de quem o requer;
- c) a legitimidade de quem o determina;
- d) a existência de mandado judicial motivado limitado a sua qualidade e ao objeto da busca; salvo busca pessoal;
- e) observação do período de execução do mandado;
- f) a observação as formas especiais previstas em lei (arrombamento, uso de força, habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, ou onde se exerça profissão ou atividade ausentes, mulher);
- g) lavratura do auto de apreensão;
- h) não molestação dos moradores, além do limite indispensável para o êxito da diligência;
- i) observação aos limites da jurisdição;
- j) observação do limites previstos pelos direitos e garantias fundamentais, desde a expedição do mandado, atravessando sua execução até a preservação das provas ou pessoas apreendidas.

Quantos aos requisitos específicos, o qual se faz por interpretação dos dispositivos elencados pela Lei nº.: 11.767/08, podemos citar:

- a) a presença de indícios de autoria e materialidade de crime cometido por advogado;
- b) a presença de decisão motivada;
- c) mandado específico e pormenorizado;
- d) presença de representante da OAB;
- e) vedação de utilização de provas (documentos, mídias, objetos ou instrumentos de trabalho) pertencentes ou que tenham informações de clientes do advogado (com exceção das provas de 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.

Passemos, pois, a analisar cada um deles.

6.7.1 Dos requisitos genéricos

Inicialmente cumpre-nos fazer um breve estudo sobre os requisitos genéricos objetivos e subjetivos, dispostos na lei, para posteriormente analisarmos o instituto específico no caso de busca e apreensão em escritório de advocacia.

6.7.1.1 Da necessária atenção à fase processual em vigor quando de sua expedição

Quanto a fase processual em que se pode requerer e expedir o mandado de busca e apreensão, este poderá variar desde antes da instauração do inquérito até o trânsito em julgado do processo de conhecimento, confirmada a presença do *fumus boni juri* e o *periculum in mora*.

Oportuno destacar que, em se considerada sua natureza jurídica de instrução, não se pode, via de regra, ser expedido em fase da execução da pena, ressalvada a superveniência de documento ou fato novo que justifique a imprescindibilidade do requerimento, observando-se ainda a especificidades do caso.

6.7.1.2 Da legitimidade de quem o requer

São partes legitimadas a requerer a expedição do mandando de busca e apreensão, desde a fase investigativa encerrando-se até o trânsito em julgado da sentença irrecorrível do processo penal, a Autoridade Policial, o Ministério Público, o particular ofendido, o suspeito, o indiciado, o acusado e o condenado; podendo ainda ser determinada a expedição de ofício pelo juízo, consoante comando do art. 242 do CPP.

Quanto à legitimidade para requerer, destaque-se ainda a faculdade do ofendido particular, que também pode pleitear a medida perante o juízo.

Neste sentido PITOMBO (2008, p.169):

Ao particular ofendido faculta-se solicitar a busca e apreensão nas seguintes situações: (1) na persecução penal extrajudicial (art. 14 do CPP); (2) na qualidade de assistente de acusação (arts. 268 a 273 do CPP e arts. 60 a 68 do CPPM); (3) nas ações penais de iniciativa privada subsidiária da pública; ou nas exclusivamente privativas (art. 5º, inc. LIX da Constituição da República c.c/ os arts. 29 a 44 do CPP).

Mas não basta apenas a legitimidade para requerer para a concessão da medida. É necessário ainda analisar quem está legitimado para determinar a busca e apreensão.

6.7.1.3 Da legitimidade para determinar

Já para determinar a expedição do mandado, cabe apenas e tão somente a Autoridade Judiciária (consoante comando normativo disposto no art. 241 do CPP combinado ao art. 5º, XI da CF/88).

Abre-se exceção especialíssima as Comissões Parlamentares de Inquérito e também as autoridades policiais, apenas nos casos especialíssimos e atendidos os estritos limites previstos em lei.

Sob este ponto em específico, vale esclarecer alguns pontos.

Quanto à legitimidade para determinar a busca e apreensão, estão autorizadas a Comissão Parlamentar de Inquérito, a vista da autorização constitucional prevista no art. 58, §3º, regulamentado pelo artigo 148, §2º do Regimento Interno do Senado, que confere os mesmos poderes da autoridade judiciária.

Há ainda que se destacar que a autoridade policial não esta, via de regra, autorizada a determinar por si própria a busca e apreensão, salvo em caso de flagrante delito, consoante entendimento extraído do texto do art. 5º, inciso XI da CF/8 c.c/ art. 6º, caput e incisos I, II e III do Código de Processo Penal.

6.7.1.4 Da existência de mandado judicial motivado limitado a sua qualidade e ao objeto da busca; salvo busca pessoal

Este requisito trata-se de verdadeira extensão do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, e por ele se determina que o mandado seja o mais específico possível, a fim de se evitar eventual vício capaz de ensejar a nulidade da prova colhida.

Em brilhante artigo publicado na internet, GOMES (2009, s.p.) define o requisito como regra da individualização do mandado de busca e apreensão, dispondo o seguinte:

Regra da individualização do mandado de busca e apreensão: todo mandado de busca de apreensão, conseqüentemente, para que não seja expressão de abuso, facilmente reconduzível ao patamar da prova ilícita, não está sujeito só aos limites formais atinentes à competência para sua expedição, à atribuição para seu cumprimento etc. O mandado de busca e apreensão, ademais, está ainda adstrito a duas individualizações absolutamente necessárias: (a) a subjetiva (quem é a pessoa ou pessoas investigadas) e (b) a objetiva (qual é o fato objeto da investigação) Mandado" genérico ": o denominado mandado de busca" genérico ", que não se preocupa com tais individualizações, gera não somente ilegalidade senão também a própria ilicitude da prova (nos termos do art. 157 do CPP).

Com efeito, nota-se que o mandado deverá ser o mais específico possível, de modo a direcionar a busca sobre aquela determinada pessoa e local de busca (art. 243 inciso I), delito investigado, os motivos e os fins da diligência (inciso II), a forma e os limites de execução da medida (art. 245 caput e parágrafos, art. 246, art. 248 e art. 250), prevendo inclusive eventuais formas especiais previstas em lei (art. 249).

O que se nota é que além das premissas acima citadas, referido requisito tem ainda por objetivo duplo de conferir a licitude da prova obtida na busca e apreensão bem como evitar abusos provenientes da atividade estatal executada por seu representante legalmente constituído para este fim.

A exceção à exigência do mandado se mostra evidente no caso de apreensão de pessoa, consoante disposto no art. 244, in verbis: "A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que

constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

Soma-se a isto a necessidade de motivação da ordem, que não pode ser embasada em meras suspeitas, mas em elementos concretos, indícios de materialidade e autoria que confirmem a necessidade da medida, sob pena de violação direta, como a exemplo, dos princípios da intimidade e da inviolabilidade de domicílio entre outros.

Sobre este ponto, faz-se oportuno destacar aqui o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para conceder a ordem, cabendo ao magistrado, perseguir o bom senso e aos princípios máximos do ordenamento jurídico vigente, sobre aquele fato concreto ensejador do mandado.

6.7.1.5 Da observação do período de execução do mandado

Por seu turno referido requisito revela seu liame com o princípio constitucional que reconhece a casa como asilo inviolável, ressalvadas as hipóteses excetuadas em lei.

Como cediço, o acesso à casa alheia sem o consentimento do morador para a realização da busca e apreensão é ilícito, e pode viciar a diligência; com efeito, as provas obtidas em inobservância a forma legalmente prevista.

Inobstante a lei traz as hipótese excepcionais em que se pode realizar a busca e apreensão: durante a noite, via de regra, proibida, ressalvadas as exceções legais; e durante o dia mediante mandado ou observadas as formas legalmente permitidas.

Ocorre, contudo, que a legislação processual não especificou o período em que se entende por dia e noite, cabendo à doutrina e a jurisprudência fazê-lo.

Contudo a lacuna processual deixada pelo legislador ao não especificar onde começa e terminam dia e noite, parece longe de possível solução, haja vista não haver consenso entre doutrinadores, menos ainda frente aos julgados.

Claro exemplo do paradigma é que uma corrente entende como dia o período compreendido entre as 18:00h as 06:00h; para outros o que difere dia e noite é o por do sol.

Devido à vastidão do território nacional, composto por diversas regiões, quase sempre com características e costumes peculiares, surgem as críticas ao período “entre horas” já que não é em todo lugar que a partir das 18:00h já é considerada a noite e a partir das 6:00 já é considerado dia.

De certo, o costume, a exemplo de uma região rural, sabe-se que os turnos são deveras diferentes dos costumes de uma cidade como a grande São Paulo, encontrando ainda dificuldades de aplicação quando em atenção.

Sobreleve-se que a intenção do legislador ao resguardar a inviolabilidade no período da noite decorre da preservação da intimidade e da privacidade da pessoa, que no lar, geralmente no período noturno é que a exerce com maior afincamento.

Portanto resta prejudicada esta teoria sobre este enfoque.

Mais gritante ainda no tocante a teoria que se respalda no “por e no nasce do sol”; seja pela dificuldade de se apurar fisicamente o momento exato em que o sol estava ou visível, seja pela dificuldade em se apurar como exemplo.

Cabe neste caso, igualmente ao requisito anterior a ponderação do juízo, com vistas ao princípio da proporcionalidade, de modo a conceder ou não a ordem com vistas a preservar os princípios da intimidade e da privacidade, em verdade, vertentes da garantia da inviolabilidade domiciliar no período noturno.

6.7.1.6 Da observação às formas especiais previstas em lei

Sobre este tópico, faz-se oportuno destacar a necessidade do mandado em observar as formas especiais previstas em lei, de modo a ser o mais específico possível no tocante à forma de execução.

Assim são os casos especiais de arrombamento, de uso de força, habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, ou onde se exerça

profissão ou atividade, no caso de domicílio de ausentes, ou quando a apreensão recair sobre mulher.

Com efeito, na ocorrência de qualquer destes casos, o juiz não apenas deverá menciona-las no mandado, como também delinear os limites de atuação dos executores, fazendo-se oportuno mencionar que a inobservação de tais premissas poderão ensejar a quebra do princípio da legalidade, que tem por objeto delimitar o poder estatal sobre as pessoas.

6.7.1.7 Da lavratura do auto de apreensão

Outro requisito a ser observado, este, especialmente pelos executores do mandado, refere-se à necessidade de lavratura do competente auto de apreensão, que igualmente a decisão que determinará a busca, deverá, sob pena de infração ao princípio da legalidade podendo inclusive sofrer eventual nulidade, deverá ser o mais preciso possível, especificando.

Trata-se, pois, de ato formal, indispensável, que tem por fim garantir a análise posterior da adequação da medida em atendimento aos limites do que fora determinado.

6.7.1.8 Da não molestação dos moradores, além do limite indispensável para o êxito da diligência

Sobre este requisito, temos verdadeiro desenrolar do princípio constitucional da dignidade humana, onde se busca preservar a integridade de todos os envolvidos com a medida mesmo frente à força estatal.

Trata-se de pura manifestação da ordem constitucional que objetiva proporcionar o equilíbrio entre o poder-dever de punir, permitindo sua atuação, muito embora limitada a garantias fundamentais do ser humano.

Assim, não apenas a autoridade que determinou o mandado, mas também os atos dos executores devem pautar-se pela razoabilidade necessária,

estrita ao cumprimento da ordem, sem exacerbar os limites do princípio da legalidade, dispostos no mandado.

6.7.1.9 Da observação aos limites da jurisdição

Quanto a este requisito, faz-se oportuno esclarecer eu, via de regra, a jurisdição do executor deve ser observada, excetuada, contudo, sem implicar em qualquer nulidade, quando para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa. É a letra do artigo 250 da Cártula de Processo penal

Contudo, há que se fazer a ressalva de que, mesmo nesta hipótese a lei processual penal exige para se convalidar o ato de forma legal, que os executores da medida, apresentem-se a autoridade local, antes de sua execução ou, quando não for possível, observada a urgência da medida, imediatamente após sua execução.

Decorre, portanto, da obediência ao princípio da territorialidade da jurisdição, evitando-se conflitos de competência e conseqüente nulidade da prova, que poderá, se inobservada a forma legal, incidir em prova ilícita, e com efeito, inútil ao processo penal principal.

Atente-se ainda, que a lei ainda conceitua o termo “seguimento da coisa ou pessoa, reconhecendo como tal, ex vi das alíneas “a” e “b” do §1º do art. 250 do CPP; quando:

a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista; ou

b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encaço.

6.7.1.10 Da observação dos limites previstos nos direitos e garantias fundamentais

Inobstante aos requisitos objetivos dispostos na lei processual penal, acima delineados, faz-se oportuno ainda elencar o requisito subjetivo decorrente da necessária observação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna.

Neste sentido, há que se salientar que os Direitos e garantias fundamentais ali previstos devem sempre ser vistos como máxima, no sentido de regra geral aplicável.

Contudo, devem referidos princípios sempre serem analisados sobre o enfoque do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, atribuindo-se valor as situações em particulares, caso a caso, de modo a viabilizar o equilíbrio entre o poder-dever do Estado de punir, com os limites de sua atuação, observada a forma legal exigida.

Saliente-se ainda que a observação destes direitos como máxima, e em exceção sua quebra observados os limites legais, devem ser observadas por todos os envolvidos no ato constritor, desde a expedição do mandado, atravessando sua execução até a preservação das provas ou pessoas apreendidas, sob pena de seu resultado constituir em prova ilícita, e por consequência, inadmissível ao processo penal, pois incongruentes aos princípios que envolvem o devido processo legal.

6.7.2 Dos requisitos específicos

Feitas as considerações acima, passemos a analisar os requisitos específicos, precisamente sobre o mandado que recaia sobre o domicílio profissional do advogado.

Sobreleve-se que além deles, é necessário a observação dos requisitos genéricos, aplicáveis, via de regra também ao caso da busca e apreensão procedida junto ao escritório de advocacia.

6.7.2.1 Da presença de indícios de autoria e materialidade de crime cometido por advogado

Ab initio, sobre este requisito em particular, cumpre-nos salientar que o que se nota é que a Lei nº.: 11.767/08 manteve intacta prerrogativa constitucionalmente garantida pelo art. 133, da inviolabilidade do escritório de advocacia, outrora, regulamentada pelo Estatuto da Advocacia.

Reconfirmou os ditames da do Pacto de Direitos Humanos de San José da Costa Rica (art. 8º, 2, d), frise-se, devidamente homologado pelo Brasil e reconhecido pela Corte Suprema, como integrante do ordenamento jurídico nacional.

Igualmente, se alinhou ao texto insculpido no art. XI, 1 da Declaração Universal do Direito Humanos, de modo a preservar a missão do ofício e não a pessoa do advogado, conforme entendimento esposado por BRITO (2009, p. 45).

De outra banda trouxe em verdade equilíbrio entre o poder-dever de punir estatal com a limitação de sua atuação de modo a garantir a igualdade de tratamento sem contudo ferir os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Diz-se equilíbrio, pois muito embora a lei em epígrafe tenha mantido a prerrogativa do ofício, não abriu margem à impunidade daquele profissional que utiliza do benefício em proveito próprio para cometer ilicitudes.

E a clara conclusão obtida nas premissas acima, decorre justamente da comparação da redação dada ao artigo 1º inciso II e ao §6º do mesmo dispositivo e da Lei nº.: 11.767/08, que revogou o antigo artigo 7º do Estatuto da OAB.

Note-se que a prerrogativa da inviolabilidade, é afastada quando o advogado(a), for autor ou coautor de crime tipificado na lei penal.

Mas a quebra da inviolabilidade somente será aplica, sem prejuízo da observação dos demais requisitos descritos no presente estudo, quando houver indícios de autoria e materialidade de participação do profissional em crime.

Sob este ponto, faz-se oportuno e relevante esclarecer que, igualmente ao requisito genérico, não se trata de mera suspeita, mas de existência de fortes indícios de autoria e materialidade.

Sob o tópico, cumpre recorrer aos ensinamentos de BRITO (2009, p. 59), quando expõe:

(...) a presença de indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, que exige motivação do ato judicial, onde fique caracterizada a participação criminosa do advogado. Da redação também se conclui pela impossibilidade de mandado de busca e apreensão em matéria cível, contravencional, trabalhista ou outra estranha a tipificação criminal.

Note-se portanto, imprescindível a presença deste requisito como primeiro a ser avaliado pela autoridade, quando da concessão do mandado de busca e apreensão.

Sobreleve-se, que a inobservação desta premissa importará em violação ao princípio da legalidade, haja vista tratar-se de expresso texto de lei, ensejando, por consequência a violação de prerrogativa profissional e norma de ordem constitucional que, com efeito, tornará eventual prova obtida, como ilícita e, portanto inútil ao processo.

6.7.2.3 Da presença de decisão motivada

Inobstante, não basta apenas à presença de indícios de autoria e materialidade, mas também que esta decisão seja devidamente motivada, de modo a identificar o fato gerador da ordem.

Neste particular, cumpre salientar que a exigência, igualmente decorre de expresso texto de lei, e sua inobservação poderá ensejar não apenas a ilicitude do resultado colhido na diligência, mas até mesmo abuso de poder.

6.7.2.4 Mandado específico e pormenorizado

Em relação a este requisito, note-se que há quase uma reprodução da exigência disposta na lei processual penal, muito embora, sobrevenha uma peculiaridade do ofício.

Sob este ponto cumpre destacar que muito embora a lei abra exceção a quebra da prerrogativa, por outro lado, mesmo em havendo a ordem de busca e apreensão, a lei confere a manutenção do sigilo da fonte em relação a todos os demais casos do advogado que não estejam direta ou diretamente envolvidos na conduta delituosa praticada pelo advogado ou por cliente a qual com ele participa desta conduta.

Trata-se de requisito formal, onde a autoridade deve delimitar pormenorizadamente a(s) prova(s) a qual pretende buscar e apreender.

Sobre este ponto cumpre colacionar o entendimento de GOMES (2009; s.p) quando revela a impossibilidade de utilização de mandado genérico, *in verbis*:

Regra da individualização do mandado de busca e apreensão: todo mandado de busca de apreensão, conseqüentemente, para que não seja expressão de abuso, facilmente reconduzível ao patamar da prova ilícita, não está sujeito só aos limites formais atinentes à competência para sua expedição, à atribuição para seu cumprimento etc. O mandado de busca e apreensão, ademais, está ainda adstrito a duas individualizações absolutamente necessárias: (a) a subjetiva (quem é a pessoa ou pessoas investigadas) e (b) a objetiva (qual é o fato objeto da investigação).
Mandado " genérico ": o denominado mandado de busca " genérico ", que não se preocupa com tais individualizações, gera não somente ilegalidade senão também a própria ilicitude da prova (nos termos do art. 157 do CPP).

Com efeito, mesmo quando o advogado criminoso sofre os efeitos do mandado, garantir-se-á aos seus clientes não envolvidos na prática delituosa por ele cometida.

6.7.2.4 Da presença de representante da OAB

Outro requisito a ser observado é a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, no ato da diligência.

Em verdade, não se trata de inovação, mas de manutenção do texto original previsto no Estatuto de 1994.

Vale destacar que não se trata de figura meramente decorativa, mas de garantir a presença de ente capaz legal e eticamente de acompanhar a não exacerbação dos limites do mandado e por consequência da causando o abuso e a

violação de sigilo de todas as demais provas acobertadas pelo manto da inviolabilidade, em razão da exceção extrema de quebra de garantia constitucional.

Com o acerto que lhe é peculiar, cita-se o entendimento esposado por BRITO (2009, p. 59):

A presença de representante da OAB, já constante na legislação anterior, tem como finalidade observar a legalidade do ato judicial, face a quebra da constitucional direito de defesa. A presença do representante da OAB, em razão desta excepcionalidade, constitucional, não é meramente decorativa, razão porque tem ele a obrigação legal e ética de observar o cumprimento dos requisitos legais para o cumprimento do mandado judicial, não o validando em caso de manifesta ilegalidade. É também dever do representante da OAB, sob pena disciplinar, cientificar ao órgão designante das irregularidades encontradas, em relatório escrito e detalhado. Acresce-se, ainda, que a presença do representante é igualmente necessária quando determinada a interceptação telefônica do advogado investigado, sob pena de provocar a nulidade do ato judicial.

Conclui-se assim, pela imprescindibilidade da presença do representante da Ordem durante a busca, sendo ainda igualmente indispensável seu relatório, confirmando a validade da medida.

6.7.2.5 Da vedação de utilização de provas reguardadas sob sigilo profissional

Por derradeiro, cita-se ainda como requisito a manutenção da inviolabilidade das demais provas eventualmente encontradas, que não façam parte daquelas expressas no mandado, bem como aquelas que não guardem relação com a conduta criminosa que o ensejou.

Sobre este ponto cumpre colacionar o entendimento de GOMES (2009, s.p) quando traz a baila a Teoria do encontro Fortuito, *in verbis*:

Teoria do encontro fortuito: em razão do sigilo do exercício da profissão do advogado, força é convir que no concernente aos outros documentos que se encontram em seu escritório (outros, que não os objetos da apreensão) não vale a teoria do encontro fortuito (hallazgo fortuito do direito espanhol ou Zufallsfinden do direito alemão). É dizer: se a polícia está procurando documentos que comprovem um determinado fato criminoso, caso encontre fortuitamente documentos pertinentes a outro delito, não pode haver apreensão (porque isso não faz parte do objeto de investigação). Esse outro documento encontrado fortuitamente está protegido pelo sigilo. Não pode ser apreendido. O encontro fortuito de outros documentos não autoriza nenhuma atuação do executor do mandado.

Complementa ainda o mesmo autor, dispondo as razões da individualização:

Razão da individualização: por que toda essa preocupação, aparentemente excessiva, burocratizadora e desnecessária? É que no escritório de todo advogado existem documentos e papéis de dezenas, centenas ou milhares de clientes. Todos estão protegidos pelo sigilo. Nenhum pode ser objeto de apreensão, salvo se constituir "elemento do corpo de delito" ou se o cliente também participa do delito do advogado. E para se saber se um determinado documento é ou não "elemento do corpo de delito" (ou se se refere a um cliente participante do delito do advogado) claro que se deve antes ter ciência de qual delito se trata. Se o mandado de busca e apreensão não individualizou o fato criminoso investigado, jamais seu executor vai poder delimitar sua atuação. Diga-se a mesma coisa quando o mandado não tenha individualizado o investigado. Se a busca se volta contra o advogado, somente documentos dele e pertinentes ao fato investigado é que podem ser apreendidos. Nenhum outro mais, porque protegido pela confidencialidade e sigilo. Se é um cliente do advogado que está sendo objeto de investigação, somente documentos dele e relacionados com o fato em apuração é que podem ser apreendidos. Se o cliente é participante do crime do advogado, documentos dele também serão apreendidos (os relacionados com o crime investigado).

Com efeito, ainda que encontrada prova de outro delito objeto de outra investigação ou instrução, a mesma não será apreendida, sob pena de violação aos limites do mandado, sendo neste caso, considerado prova ilícita.

Note-se ainda que estão acobertadas por este requisito não apenas o escritório de advocacia, mas todos os documentos, mídias, objetos ou instrumentos de trabalho pertencentes ao advogado, ou que tenham informações de seus clientes; com exceção das provas de clientes do advogado investigado, que estejam sendo incluídos na investigação como seus partícipes ou coautores da prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo, não tem por objetivo esgotar o tema, nem tão pouco apresentar soluções jurídicas para as situações cotidianas ou que venham a surgir, mas oferecer ferramentas para uma melhor interpretação da *lege* vigente.

Neste contexto, fez-se imprescindível uma abordagem não apenas aos exatos termos da lei, mas uma análise mais ampla, objetivando encontrar a essência e finalidade da advocacia.

Assim partimos de uma análise histórica, localizando a razão de ser da advocacia, a finalidade precípua de sua existência, qual seja: a defesa de interesses alheios.

Passamos assim pelos mais relevantes momentos históricos da advocacia, que se confunde com a história do próprio Estado, já que, enquanto ente essencial à administração da Justiça, concluímos que a profissão do advogado é de suma importância para a manutenção do próprio Estado.

Tudo, para compreender o objetivo da lei e a intenção do legislador.

O que identificamos é que nem sempre esta função foi observada com a relevância que merecia.

Como esclarecemos neste estudo, desde os primórdios a advocacia é alvo de constantes ataques que limitavam sua autonomia e independência; e muito embora tenhamos evoluído em escala considerável, a profissão ainda sofre constantes ataques.

Em verdade, apenas frente à promulgação da Constituição Federal de 1988 é que finalmente o Estado reconheceu o advogado como ente indispensável à administração da justiça.

Com efeito, a Carta Magna conferiu ao legislador infra constitucional a missão de regulamentar a profissão.

Sobreveio então o efetivo nascimento das garantias especiais à classe, denominadas prerrogativas profissionais, das quais entre elas, destaca-se no presente estudo, a inviolabilidade do domicílio profissional do advogado.

Contudo, especialmente sob a análise da história que possibilitou a promulgação da Carta Magna, referidas garantias não podem ser consideradas como absolutas.

Isto porque, se por um lado há o manifesto dever do Estado de garantir a defesa adequada dos interessados, por outro, o instituto não deve servir de base para permitir uma imunidade profissional plena.

Rememore-se que se por um lado há este dever do Estado, de outro, surge o igual poder-dever de punir.

Destarte, conclui-se com hialina clareza a necessidade da instituição de um equilíbrio, entre o poder do Estado e o direito de defesa, não apenas dos interessados, mas também do advogado, seja no exercício de sua profissão, como também enquanto o próprio interessado.

Sobre este ponto vale salientar que inclusive a OAB tem se empenhado no trato da questão de forma a manter este equilíbrio, garantindo os direitos da classe e ao mesmo tempo coibindo práticas abusivas, não acobertando aqueles que se intitulam advogados, de forma que, utilizando dos privilégios da profissão, não honrem com a dignidade do ofício.

Continua assim em sua eterna missão de valorização do profissional.

E o claro exemplo disto é facilmente constatado com a atuação do ex presidente do Conselho Federal, o i. advogado Cesar Brito, que acompanhou desde seu projeto, a lei que alterou o Estatuto da Advocacia, há anos almejado pela classe.

Sem prejuízo do exposto, o que se nota é que a alteração trazida pela Lei nº.: 11.767/08 não ofende as prerrogativas; pelo contrário, exalta os demais princípios constitucionais, os quais todos estão sujeitos enquanto cidadãos, e de outra banda, valoriza a classe, de modo a filtrar criminosos que se intitulam advogados.

Sob este ponto, faz-se oportuno salientar que, para tanto, é indispensável a observação dos limites da lei, do princípio da legalidade, em especial destaque.

Assim, imprescindível que a autoridade determinante da ordem, atente-se aos comandos normativos vigentes, atuando e ordenando a atuação da atividade estatal, dentro dos exatos limites da lei.

Deve assim atentar-se rigorosamente aos requisitos previstos na lei, e quando lhe forem esparsos, como é o caso, por exemplo, do embate doutrinário entre dia e noite, deve ainda contar com o bom senso que lhe é obrigação.

Nota-se assim, que a observação a tais premissas se mostra indispensável, não apenas sob a ótica do princípio da legalidade, mas especialmente, para a efetiva aplicação e manutenção de outros tantos direitos e garantias fundamentais, sob pena de ineficácia da medida coercitiva, ou mesmo sua nulidade.

Sobreleve-se, sob este ponto, que o mesmo se aplica em se tratando do advogado enquanto cidadão, desde que no exercício de seu munus profissional, abuse de seus “privilégios”.

Note-se que, mesmo neste caso, muito embora seja possível recorrer ao princípio de que “não se pode produzir provas contra si mesmo”, referido deve ser visto, como todos os outros, sob a ótica da relativização, sob o princípio da proporcionalidade.

Afinal, como já dito desde os quadrinhos do Homem Aranha, grandes poderes exigem grandes responsabilidades.

BIBLIOGRAFIA

ARBEX, Segei Cobra. **Cartilha de Prerrogativas: Comissão de Direitos e Prerrogativas.** (org). 2ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2009.

BARROS, Marco Antônio. **Justitia.** Vol 175. São Paulo: 1996.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do Domicílio.** São Paulo: Ed. Método, 2003.

BÍBLIA, Sagrada Cristã. **Evangelho de João**, Capítulo 8, versículos 1-11.

_____. **Evangelho de Mateus**, Capítulo 12, versículo 36-39.

BRASIL, **Código Penal.** Decreto-lei nº.: 2.848 de 7 de setembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Código Civil.** . Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2012. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Estatuto da Advocacia.** Lei nº.: 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm > Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Lei nº.: 11.767 de 07 de agosto de 2008.** Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, para dispor sobre o direito à inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm > Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº.: 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm > Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº.: 3.689 de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão RHC nº.: 90.376-3/RJ. Relator. Min. Celso de Mello. Decisão de 03/abril/2007, 2ª Turma STF. Disponível em < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%29%2890376%2E+OU+90376%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3D+20070403%29&base=baseAcordaos> > Acesso em 22/outubro/2012.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Acórdão. Relator Des. Luis Soares de Mello. Julgado em 04/maio/2005. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2276347> > Acesso em: 22/outubro/2012.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Acórdão. Relator Luis Pantaleão. Julgado em 21/dezembro/1999. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1913850> > > Acesso em: 22/outubro/2012.

BRITO, Cezar; COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **A Inviolabilidade do Direito de Defesa: comentários a Lei nº.: 11.767 de agosto de 2008**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia Jurídica – ética das profissões jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DESIDERI, Francisco Carlos. **Citações Jurídicas na Bíblia**. CL Edijur: São Paulo, 2002.

ESCARELLI, Aline Fernanda. **Da Inviolabilidade dos Escritórios Profissionais de Advocacia**. 2006. 79 f. Monografia (Bacharelada em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio – O minidicionário da língua portuguesa do século XXI**. 4º ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites da inviolabilidade do advogado - Lei nº. 11.767/2008**. Disponível em <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1076221/limites-da-inviolabilidade-do-advogado-lei-n-11767-2008>. Visualizado em 16/outubro/2012. > Acesso em 22/outubro/2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scareance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições Introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito – Coleção Roteiros Jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. Atualizada até a EC nº.: 56/07**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil da Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OAB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf> > Acesso em: 22/outubro/2012.

OAB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **História da OAB**. Disponível em: < http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm > Acesso em 25/setembro/2012.

_____. CASTRO FILHO, José Ribeiro de Castro Filho. **História da OAB - Primeiros Anos – A OAB e a Constituinte de 1934. As Razões da Autonomia da OAB.** Disponível em: < http://www.oab.org.br/historiaoab/primeiros_anos.htm > Acesso em 25/setembro/2012.

_____. COELHO, Fernando. **História da OAB – O Estado de Exceção. O Acirramento do Regime. Ato Institucional nº 5. Sobre o AI 5: Entrevista de Pontes de Miranda.** O Estado de São Paulo, 14 de março de 1978, em Fernando Coelho. A OAB e o Regime Militar (1964 - 1986). Disponível em: < http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/estexcec_AI5.htm > Acesso em 25/setembro/2012.

_____. LEÃO. Honório Hermeto Carneiro. **História da Advocacia – Os primeiros anos – Aviso de 7 de agosto de 1843.** Disponível em < http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/ant_aviso7ago.htm > Acesso em 25/setembro/2012.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da Busca e Apreensão no Processo Penal – Coleção de Estudos do Direito Penal.** v. 2. São Paulo: RT, 1999.

PORTINHO, Roberta Brenner Ochilacki. **Evolução Histórica da Advocacia.** Disponível em: < http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=25#_ftn8 >. Acesso em 25/setembro/2012.

PÓVOA, Liberato. **Busca e Apreensão, Teoria e Prática – Jurisprudência.** Atlas: São Paulo, 1994.

SILVA, César Mariano da. **Provas Ilícitas.** 7 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

SILVA, Mário Henrique Malaquias da. **O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa.** < Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/18507/o-principio-da-proporcionalidade-como-limitador-da-discricionariedade-administrativa> > Acesso em 15/outubro/2012.