

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INFRAPROTEÇÃO E A
BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA**

Thaís Bariani Guimarães

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INFRAPROTEÇÃO E A
BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA**

Thaís Bariani Guimarães

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2013

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INFRAPROTEÇÃO E A BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

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

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

Orientador

MARCUS VINÍCIUS FELTRIM AQUOTTI

Examinador

CAMILA ARANDA DOS SANTOS

Examinadora

Presidente Prudente, 28 de outubro de 2013.

Porque estou certo de que, nem a morte, nem a vida, nem os anjos, nem os principados, nem as potestades, nem o presente, nem o porvir, nem a altura, nem a profundidade, nem qualquer outra criatura nos poderá separar do amor de Deus, que está em Cristo Jesus nosso Senhor.

ROMANOS, Capítulo 8, Versículos 38-39

*Aos meus anjos protetores, meus maiores conselheiros, que me proporcionaram a vida, sendo à ela essenciais, por seu amor e apoio incondicionais: **José Francisco, Mercedes e Francisco** – pai, mãe e irmão.*

AGRADECIMENTOS

Início com as singelas palavras de Chico Xavier no poema “Que Eu Não Perca...”:

“Que eu não perca a vontade de ser grande, mesmo sabendo que o mundo é pequeno... E acima de tudo... Que eu jamais me esqueça que Deus me ama infinitamente! Que um pequeno grão de alegria e esperança dentro de cada um é capaz de mudar e transformar qualquer coisa, pois a vida é construída nos sonhos e concretizada no amor!”.

Assim, passo aos meus agradecimentos iniciando por Deus, Pai da eternidade, Senhor da vida e Senhor do tempo, e a Jesus, Príncipe da Paz, pelas bênçãos concedidas durante estes anos de vida, pela fé, por me iluminar, guiar meu caminho, me proteger e pela força sobrenatural que tornou possível a conclusão do presente trabalho, pelas pessoas maravilhosas que coloca em meu caminho, e especialmente pela certeza de que ao Vosso lado hei de me levantar todas as vezes que cair.

Agradeço a meus pais, José Francisco e Mercedes, pelo amor que é a base da nossa família, pela eterna compreensão e dedicação com que me criaram, sempre me ensinando sobre os valores que prezam e que a vida, ainda que em muitos momentos seja árdua, vale todo e qualquer esforço quando se busca um sonho; pelas palavras amigas que sempre consolam, pela fé em minhas conquistas, por me estenderem seus braços todas as vezes em que o mundo me faz chorar. Vocês são o suporte da minha vida, agradeço a Deus todos os dias pela benção de ter pais tão maravilhosos quanto vocês.

Agradeço ao meu irmão, Francisco, meu querido caçula, que é minha fonte de alegria e o abraço mais confortável nos momentos difíceis. Sem dúvida o presente mais especial que nossos pais poderiam ter me dado. E a sua namorada Caroline, que com seu jeito meigo encanta a todos nós, amiga a quem considero como irmã.

De todo o meu coração e de modo especial, agradeço ao Professor Jurandir José dos Santos, meu conselheiro e amigo, a quem considero como pai,

por ter me concedido a honra de ser sua orientanda, por sua dedicação, por sua competência, por seus conselhos e opiniões dotados do conhecimento jurídico que lhe é característico, sobretudo por sua sabedoria de valor inestimável que me iluminou o caminho para a conclusão deste trabalho, por todo o seu apoio e por ser uma pessoa em quem me espelho profundamente. Levarei para todo o sempre suas brilhantes palavras “Ore como se tudo dependesse de Deus! Trabalhe como se nada dependesse de Deus!”.

Agradeço aos meus bancas, Professor Marcus Vinícius, muito querido por suas palavras acolhedoras e conselhos sempre amigos, pessoa por quem tenho profundo respeito e admiração; e Camila Aranda dos Santos, minha meiga e adorável amiga, de quem tenho muito orgulho, por acreditar em mim, me apoiar incondicionalmente e proporcionar-me momentos prazerosos de alegria; agradeço por vocês terem aceitado meu convite e compartilhar deste momento comigo.

Por fim, porém de modo algum menos importante; agradeço a todos os colegas de sala, à minha comissão de formatura, a todos os professores que pela minha vida passaram ao longo destes anos e que me ensinaram a trilhar os caminhos do conhecimento, sobretudo de modo especial, aos meus amigos que comigo compartilham da vitória no galgar do triunfo, os quais, jamais ousaria nomear para não me deixar embalar pela emoção e cair no esquecimento de porventura não mencionar um deles, agradeço a todos pela paciência, pelo amor e carinho dedicado, pelo apoio incondicional, pelos maravilhosos momentos juntos, pelas ótimas risadas e também pelas lágrimas; de uma coisa tenho certeza, seremos amigos para sempre, ainda que o para sempre não exista, porque o destino nos tornou amigos, mas o coração nos tornou irmãos.

RESUMO

Imprescindível à administração da Justiça, é conferido à figura do advogado a proteção da lei aos seus atos, especialmente porque sem uma advocacia forte e protegida, fica prejudicado o acesso à justiça, um dos principais pressupostos do Estado Democrático de Direito. Consagrado tanto constitucionalmente quanto pela legislação ordinária, o sigilo do profissional da advocacia consiste também na proteção da relação de confiança existente entre o cliente e o advogado. Contudo, considerando a crescente atuação da criminalidade organizada, vê-se que o envolvimento de profissionais da advocacia é cada vez maior com o crime organizado, haja vista a utilização de suas prerrogativas como manto de obscuridade para a prática de crimes dessa natureza. Assim, o presente estudo trata sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade quando da busca e apreensão em escritório de advocacia, a partir da análise dos limites de colisão entre os direitos fundamentais em conflito. Neste sentido, é importante destacar que a pesquisa desenvolve as duas faces do princípio da proporcionalidade, tanto a proibição de excessos, onde o Estado tem seu poder punitivo limitado, quanto a proibição da infraproteção, cujo Estado se obriga à tutela do indivíduo e da coletividade. Assim, a temática do trabalho se insere na importância do papel da advocacia no Estado Democrático de Direito, à luz da inviolabilidade do escritório do advogado, relacionando essa prerrogativa com o crime organizado, especialmente o envolvimento com o crime de lavagem de dinheiro, expondo a dificuldade do Estado em enfrentar e desestruturar essas organizações criminosas. É nesse contexto que a pesquisa introduz o princípio da proibição da infraproteção para possibilitar a busca e apreensão em escritório de advocacia ante a existência de indícios suficientes de envolvimento do advogado com o crime organizado, objetivando encontrar provas contra ele e contra clientes também ligados às organizações, considerando que os recursos utilizados por essas facções são altamente tecnológicos e a globalização que permite a integração internacional entre esses grupos, é o Estado quem se encontra em desvantagem face à criminalidade organizada. Não pode o Estado omitir-se em seu dever de proteção garantindo a segurança à sociedade.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade. Proibição da Proteção Deficiente. Estatuto da OAB. Busca e Apreensão em Escritório de Advocacia. Crime Organizado.

ABSTRACT

Indispensable to the administration of the justice, it is conferred on the lawyer's figure the protection of the law to his actions, especially because without a strong and protected lawyering, the access to the justice is damaged, one of the main presuppositions of the Democratic State of Right. Consecrated constitutionally or through the ordinary legislation, the law professional's secrecy also consists of the protection of the relationship of confidence between the client and the lawyer. However, considering the growing acting of the organized criminality, one sees that the professionals' involvement is more and more larger with the organized crime, considering the use of their prerogatives as mantle of obscurity for the practice of crimes of that nature. This way, the present study treats about the application of the principle of the proportionality when it occurs the search and apprehension in a lawyering office, starting from the analysis of the collision limits among the fundamental rights in conflict. In this sense, it is important to point out that the research develops the two faces of the proportionality principle, as much the prohibition of excesses, where the State has its punitive power limited, as the prohibition of the infraprotection, of which the State is forced to have the guardianship of the individual and of the collectivity. Like this, the theme of the work inserts itself in the importance of the role of the lawyering in the Democratic State of Right, under the light of the inviolability of the lawyer's office, relating that prerogative with the organized crime, especially the involvement with the money laundering crime, exposing the difficulty of the State in facing and eliminating the structure of those criminal organizations. It is in that context that the research introduces the principle of the prohibition of the infraprotection to make possible the search and apprehension in a lawyer's office in view of the existence of enough evidences of the lawyer's involvement with the organized crime, aiming at finding proofs against him and against clients also linked to the organizations, considering that the resources used by those factions are highly technological and the globalization that allows the international integration among those groups, is the State who is in disadvantage in view of the organized criminality. The State can't be omissive in its protection duty guaranteeing the safety to the society.

Keywords: Fundamental Rights. Principle of Proportionality. Prohibition of the Deficient Protection. Statute of OAB. Search and Apprehension in the Lawyer's Office. Organised Crime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS PRINCÍPIOS E O DIREITO	13
2.1 Conceito de Princípio	15
2.2. Fases Históricas da Evolução dos Princípios	16
2.2.1 A Fase do jusnaturalismo	17
2.2.2 A Fase do positivismo	18
2.2.3 A Fase do pós-positivismo	19
2.3 Princípios e Regras (Panorama da Evolução da Distinção)	20
3 DAS REGRAS, DOS PRINCÍPIOS E DOS POSTULADOS NORMATIVOS	21
4 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	27
4.1 Sobre as Garantias Fundamentais.....	28
4.2 Dos Fundamentos dos Direitos do Homem.....	30
4.3 O Conflito entre Direitos Fundamentais e Seus Limites.....	33
5 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	38
5.1 Dos Subprincípios da Proporcionalidade	48
5.1.1 Subprincípio da adequação	49
5.1.2 Subprincípio da necessidade.....	50
5.1.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	51
5.2 Da Proibição da Infraproteção (Princípio da proporcionalidade pró-Estado): a outra face da proporcionalidade.....	53
6 DA ATIVIDADE DA ADVOCACIA	59
6.1 Dos Direitos e Prerrogativas, da Ética e das Inviolabilidades do Advogado.....	61
6.2 Da Inviolabilidade do Escritório de Advocacia e suas exceções.....	66
6.2.1 Das situações que dão ensejo à quebra da inviolabilidade do domicílio profissional do advogado.....	71
7 CRIME ORGANIZADO	73
7.1 A Origem do Crime Organizado e sua Definição.....	73
7.2 Do Crime de “Lavagem de Dinheiro”	78
7.2.1. “Paraísos fiscais”	79
7.2.2. A prevenção como medida frente à “lavagem de capitais”	81
7.2.3. A lei 9.613/98, a primeira medida de combate ao crime organizado	82
7.3 A Nova Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.683/2012)	83
8 DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	86
8.1 Do Conceito e do Fundamento da Prova.....	86
8.2 Princípio Constitucional da Vedação das Provas Ilícitas.....	88
8.3 Das Provas Ilícitas por Derivação	91
8.4 Admissibilidade Processual das Provas Ilícitas em Favor do Réu	92

8.5 Princípio da Proporcionalidade na Aceitação da Prova Ilícita94

9 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME ORGANIZADO FRENTE À NOVA LEI DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI nº 12.683/2012) ..98

10 DA BUSCA E APREENSÃO103

10.1 Busca e Apreensão em Escritório de Advocacia.....104

10.2 A Busca e Apreensão em Escritório de Advocacia Frente ao Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado.....105

11 CONCLUSÃO110

BIBLIOGRAFIA113

ANEXO A.....120

ANEXO B.....121

ANEXO C.....130

1 INTRODUÇÃO

Durante a exposição do presente trabalho, buscará se analisar o tema da busca e apreensão em escritório de advocacia sob a ótica do princípio da proporcionalidade, com o intuito de tutelar a justa e harmônica aplicação dos direitos e garantias fundamentais diante da situação fática jurídica, especialmente no que tange aos casos de envolvimento do advogado com o crime organizado.

Optou-se pela utilização do método indutivo, entendendo ser o mais plausível pautando-se do meio geral para se obter o produto final. Proceder-se-á uma análise das verdades não preconizadas, trazendo a lume conclusões verdadeiras.

Durante anos discutiu-se sobre os limites da atuação estatal, e assim, imprescindível, portanto, a figura do advogado que na qualidade de aplicador do Direito, deve objetivar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, socorrendo-se da lei como meio-fim para melhor aplicar o Direito.

Nesta senda, para que o advogado possa, de fato, exercer seu múnus defensor, fundamental munir-lhe de prerrogativas específicas capazes de assegurar a autonomia e a independência necessárias para a efetivação de uma defesa adequada. Contudo, lhe é vedado utilizar das prerrogativas que lhes são inerentes para o cometimento de práticas ilícitas.

A relevância jurídica do presente trabalho resta evidenciada na prerrogativa do advogado que possui maior destaque, qual seja a inviolabilidade do escritório de advocacia, prestigiando o sigilo profissional.

Vislumbra o presente trabalho analisar a prerrogativa da inviolabilidade do escritório de advocacia, bem como meditar sobre o conflito existente entre o direito ao sigilo profissional e a prática delituosa, ou seja, quando o advogado se vale da prerrogativa que lhe é conferida pelo ordenamento para ocultar ou mesmo praticar crime de lavagem de dinheiro, envolvendo-se diretamente com o crime organizado.

Nesta hipótese, resta caracterizado um conflito também entre direitos fundamentais antagônicos: de um lado o direito de punir do Estado, decorrente do direito à segurança, e de outro lado, o direito ao sigilo profissional.

Nos capítulos iniciais, há breves apontamentos acerca do surgimento dos princípios, e do conflito entre regras, princípios e postulados normativos e as técnicas pertinentes para tal solução conflitante. No capítulo 4, por sua vez, perceber-se-á que os direitos e garantias fundamentais, apesar de resguardados constitucionalmente, muitas vezes se chocam, e em outras vezes não são assegurados a todos, mormente pelo medo de se cometer excessos para reprimir a criminalidade, o que acaba por anular o *jus puniendi* estatal, apresentando, assim as possíveis soluções para resolver tais situações valendo-se do princípio da proporcionalidade, que não está explícito constitucionalmente, mas é amplamente utilizado no universo jurídico.

Após, o capítulo 5, através do método dedutivo, cuidará da análise pormenorizada do princípio da proporcionalidade e suas vertentes, mormente em relação à vertente da proibição da infraproteção, sobre a qual gravita a garantia do exercício punitivo estatal, estabelecendo-se o sopesamento dos direitos fundamentais em conflitos para se permitir a supressão de alguns direitos do cidadão, para que o Estado possa combater de frente o crime organizado.

Trabalha-se no capítulo 6, a advocacia, através do método histórico, seu exercício, sua história desde o surgimento que remonta também à história da humanidade, tratando ainda sobre as prerrogativas constitucionais conferidas ao profissional da advocacia, seu importante papel para a efetivação da justiça, bem como das prerrogativas também conferidas por legislação ordinária, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os Capítulos 7 e 8 estudam o crime organizado, sua definição e as inovações trazidas pela Lei 12.850/2013, assim como também analisa a nova lei de lavagem de capitais, Lei 12.683/2012, seus aspectos principais e as alterações na antiga Lei 9.613/98; e ainda, apontamentos sobre o procedimento probatório e o aproveitamento das provas ilícitas.

Nesta linha, tais temas conduzem ao capítulo 9 que assenta a aplicação do princípio da proporcionalidade para o efetivo combate ao crime organizado.

Por fim, o capítulo 10 sedimenta o instituto da busca e apreensão e o tema central do presente trabalho, a busca e apreensão em escritório de advocacia face ao princípio da proibição da infraproteção, abrindo a possibilidade de quebra da inviolabilidade tendo por escopo o combate ao crime organizado.

2 OS PRINCÍPIOS E O DIREITO

A Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe consigo disposições constitucionais dotadas de plena normatividade, nossa Lei Maior com seus princípios trouxe um novo panorama para o direito visando alcançar todos os seus ramos. E a partir de então, surgiu uma grande preocupação com a principiologia e seu papel normativo dentro do direito.

A fim de garantir maior aplicabilidade e efetividade aos princípios, bem como diferenciá-lo de outras espécies normativas, foi que os estudiosos do direito passaram a estudar os princípios.

Deste modo, dentro do vasto universo jurídico, passa-se a analisar os princípios e a interpretação dada a eles pelo direito.

O professor Herbert Lionel Adolphos Hart define o direito como “regra secundária fundamental a partir da qual surge um conjunto específico de regras jurídicas”:

As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e essas obrigatórias tão-somente devido às práticas de aceitação. Assim, não se pode afirmar que essas comunidades tenham um “direito”, pois nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas, quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a ideia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isso, a ideia de direito. (DWORKIN, p. 32)

O direito não deve ser entendido como uma obrigação, o direito deve objetivar a justiça, garantir a igualdade, guiando-se pela moralidade, basta que se apliquem os princípios e as regras de que dispõe para assegurar a efetividade na aplicação das normas. Tendo em vista a premissa de Dworkin segundo a qual um Estado Democrático somente encontrará justificativa moral e política se, através do Direito, vier a garantir igual consideração e respeito pelos seus cidadãos.

2.1 Conceito de Princípio

Considerando o sentido etimológico, “princípio” é o ato de principiar, é o ponto de partida, o momento de origem de alguma coisa, ou mesmo a base que alicerça qualquer forma de desenvolvimento.

Os princípios remetem à idéia de um parâmetro que vai servir de base ao resto do sistema, atuando como bússola, emitindo uma “luz” a ser seguida pelo intérprete na busca da compreensão.

Compreende-se por princípio “um padrão que deve ser observado”, conforme ilustra o sábio doutrinador Ronald Dworkin (Levando os Direitos a Sério, 2007, p. 36), não porque vá promover ou assegurar determinada situação econômica, política ou social, mas tendo em vista a justiça que se exige, ou mesmo a equidade tanto quanto qualquer outra exigência pautada na moralidade.

Ao seu tempo, Miguel Reale acerca dos princípios leciona da seguinte forma:

[...] os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento [...], podendo ter sido comprovada ou não, mas precipuamente por questões práticas da práxis jurídica. (REALE, 1980, p. 299).

O autor Robert Alexy parte da premissa de que os princípios, na qualidade de norma, integram o ordenamento jurídico, chamando-os de “mandamentos de otimização”, Alexy entende que os princípios devem ter a maior aplicabilidade possível diante dos fundamentos jurídicos existentes para o fato do mundo externo, dispondo:

¹[...] principios son mandato de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (ALEXY, 2002, p. 86)

¹ Tradução livre: “princípios são mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de que eles podem ser atendidos em diferentes graus e que a medida adequada de cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também da lei”.

Em contrapartida, para J. J. Gomes Canotilho, os princípios caracterizam-se por uma forma auxiliar de interpretação, baseando-se no desenvolvimento da argumentação visando a finalidade da norma ao caso concreto, criando a chamada teoria teleológica, valendo-se dos princípios hermenêuticos:

Os princípios hermenêuticos desempenham função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo juizes, o desenvolvimento e complementação do direito. (CANOTILHO, 2003, p.1161)

Considerando a opinião dos autores acima citados, infere-se que os princípios atuam como vetores de coerência geral do complexo de normas, conferindo maior flexibilidade na aplicação da norma ao fato jurídico. Além disso, os princípios servem de pilares ao ordenamento jurídico brasileiro, como já consagrado por Dworkin, o Estado Democrático de Direito em “Estado Principiológico”.

Houve uma longa evolução histórica para que se alcançasse a análise dos princípios sob a ótica constitucional. Essa evolução histórica toma por base os princípios enquanto normas, na mesma proporção em que descreve condutas dispostas no sistema jurídico e que atuam como fundamento para todo o conjunto normativo.

2.2. Fases Históricas da Evolução dos Princípios

Por meio da pesquisa acerca da evolução dos princípios, verifica-se a divisão em três fases de compreensão teórica, não necessariamente na ordem cronológica seguinte: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.

Note-se que referidos períodos correspondem apenas e tão somente a elaboração teórica, o que não quer dizer que as etapas iniciais perderam sua

aplicação pela evolução do tempo. Outrossim, convém destacar que há divergência até os dias de hoje quanto à corrente mais aceita, pois existem adeptos do Direito Natural (fase jusnaturalista), assim como também existem defensores do positivismo.

2.2.1 A Fase do jusnaturalismo

A fase jusnaturalista tem sua origem no século XVI e foi o paradigma para as revoluções liberais, entre elas a Revolução Francesa (1789), com o objetivo de aproximar a lei da razão na busca por um Direito mais justo, um Direito que fosse capaz de proteger o homem contra os arbítrios dos governantes, freando o absolutismo Estatal.

Essa fase revela no entendimento de Paulo Bonavides que “os princípios correspondem a algo fora da esfera jurídica, existente apenas no plano da abstração, cuja normatividade era duvidosa ou simplesmente nula” (BONAVIDES, 2009, p. 259).

Ocorre que essa definição jusnaturalista em razão de sua abstratividade, passou a ser criticada entre outros argumentos por gerar insegurança e incerteza perante a coletividade. A forma como se analisavam os conflitos de interesse desconhecidos partia da mesma linha tênue entre a dúvida e a certeza, porque cada indivíduo é único e tem seu próprio ideal de justiça e de direito que julga correto, construído a partir de suas experiências de vida.

Dessa forma, o jusnaturalismo considerado por muitos como abstrato e anti-científico, apesar de ainda hoje persistir reinventando-se, deu lugar ao positivismo jurídico.

2.2.2 A Fase do positivismo

A fase do positivismo tem como marco fundamental a introdução dos princípios nos Códigos como fonte normativa subsidiária, segundo o entendimento de Paulo Bonavides.

Os princípios deixaram de ser usados apenas como forma de interpretação e se positivaram no texto normativo. Tornaram-se uma norma jurídica, ainda que em caráter subsidiário.

Assim também entende Ronald Dworkin, afirmando que o positivismo jurídico pressupõe ser o direito criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas, rejeitando para tanto a idéia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica.

Em outros termos, o positivismo jurídico para Dworkin é a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas.

No entanto, tal teoria era insuficiente para explicar a finalidade dos princípios como parâmetro para aplicação da norma jurídica ao caso concreto, com base nos instrumentos constitucionais. Assim, nesse sentido surgiu o entendimento de Hugo de Brito Machado Segundo, considerando que a relação entre o positivismo e a justiça deve ser entendida como aquilo que é justo e adequado à demanda, pois o ideal de justiça do que estaria de acordo com o caso concreto, a fim de aplicar o direito de quem o pleiteia, representava só o que estivesse disposto no texto normativo, desprezando qualquer valor moral ou ético (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 40).

Contudo, esse movimento positivista que equipara o direito à estrita legalidade desconsiderando a filosofia, afirmando apenas a “letra fria da lei”, com a queda dos regimes fascista e nazista após a Segunda Guerra Mundial, cedeu lugar aos ideais pós-positivistas.

2.2.3 A Fase do pós-positivismo

A fase do pós-positivismo, ao seu tempo, observa o Direito em seus valores filosóficos e éticos, todavia, sem abandonar a idéia do direito positivo.

Também chamada de fase de *constitucionalização dos princípios*, a fase pós-positivista surge a partir da segunda metade do século XX, prevendo a disposição dos princípios na nossa Lei Maior, servindo como fonte para qualquer julgamento.

O movimento pós-positivista não marca apenas a limitação do poder governamental, mas o início do direito fundamental que aproxima o Direito da Filosofia e, preocupa-se com a dignidade da pessoa humana.

Nessa fase do pós-positivismo, BONAVIDES dispõe acerca da importância dos princípios diante do complexo jurídico:

As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (BONAVIDES, 2001, p. 237)

Não há hierarquia normativa entre os princípios, mesmo aqueles implícitos são dotados de preponderância normativa, além disso, a inobservância dos princípios acarretam consequências jurídicas irreparáveis.

Convém destacar que o expoente da fase pós-positivista é Ronald Dworkin, que dispõe sobre a importância de se tratar os princípios como direito. Inobstante isso, o pós-positivismo rompe com o paradigma tradicional ligado a valores, princípios e regras conectando o direito com a moral e a política.

Verifica-se que para ser o Direito considerado justo, deve-se analisá-lo à luz de aspectos não especificamente normativos. Nessa fase da constitucionalização, percebe-se que os princípios não devem apenas preencher as lacunas existentes no ordenamento, mas devem integrar as normas

constitucionais estando implícitos ou explícitos, sempre atuando como a base para se construir o ordenamento jurídico.

2.3 Princípios e Regras (Panorama da Evolução da Distinção)

Compreendem-se as normas por meio do sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Logo, diversos são os autores que trouxeram disposições capazes de definir as espécies normativas, e algumas delas tiveram maior destaque do que outras.

Conforme o entendimento de Josef Esser, princípios são normas que criam fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Em outras palavras, a distinção entre princípios e regras não deve basear-se apenas e tão somente no grau de abstração da norma, mas em uma distinção qualitativa que tem a função de fundamento na decisão tomada.

Assim também entende Karl Larenz, que considera os princípios normas de grande importância para o ordenamento jurídico exatamente por estabelecer fundamentos normativos para a interpretação e a efetiva aplicação do Direito (ÁVILA, 2004, p. 27).

3 DAS REGRAS, DOS PRINCÍPIOS E DOS POSTULADOS NORMATIVOS

No que tange às regras, aos princípios e aos postulados normativos, é de rigor estabelecer as diferenças entre eles com o fim de aprofundar-se no tema debatido.

Inicialmente, cumpre esclarecer que princípios e regras são espécies do gênero norma, o que ficou estabelecido a partir dos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy (ESPÍNDOLA, 2002, p. 66), que muito contribuíram para a diferenciação de regras e princípios, assim, afirma-se categoricamente que ambos são verdadeiras normas jurídicas.

Aqui, pede-se *vênia* para destacar o que dispõe Humberto Ávila (2004, p. 22), acerca das normas, pois para o mesmo, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”.

Posto isso, passa-se à análise pormenorizada da diferenciação entre princípios e regras.

No entendimento de Celso Ribeiro Bastos, os princípios são definidos:

Os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos [...] servem simultaneamente como objeto de interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa (BASTOS, 1997, p. 80).

Ao passo que Alexy define as regras da seguinte forma:

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

De acordo com Ronald Dworkin, a diferença entre princípios e regras jurídicas basicamente possui natureza lógica. Ou seja, os dois conjuntos de

padrões apontam decisões particulares com relação à obrigação jurídica em circunstâncias específicas, porém, distinguem-se no que tange à natureza da orientação que proporcionam. Às regras são aplicadas o “tudo ou nada”, assim dados os fatos estipulados pela regra, a regra então é válida, devendo ser aceita, ou não é válida em nada contribuindo para a decisão.

Evidenciando esse “tudo ou nada” a partir de um exemplo bastante simples, Ronald Dworkin preleciona que se verifica facilmente o funcionamento das regras em algum empreendimento regido por elas, como um jogo:

No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o batedor que errou três bolas não será eliminado se o pegador [catcher] deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra. (DWORKIN, 2007, p. 40)

A partir do exemplo do jogo de beisebol, fazendo uma ponte e trazendo-o para o direito, verifica-se a regra jurídica então, de que um testamento, por exemplo, se não é assinado por três testemunhas é inválido. Deste modo, sendo o testamento assinado por duas testemunhas apenas não será válido. Ainda que a regra tenha exceções, carecerá de precisão e será incompleto simplesmente enunciar a regra sem dispor quais são as suas exceções. Quanto mais as exceções forem dispostas, mais completo será o enunciado da regra.

E é exatamente isso que diferencia as regras dos princípios.

Para Dworkin, à luz do “tudo ou nada”, ou a regra é válida e sua consequência normativa é ser aceita, ou ela não é considerada válida (ÁVILA, 2004, p. 28), assim, diante da colisão entre regras aplicando-se apenas uma delas, a outra é inválida e não terá aplicação naquele caso.

As regras possuem um enunciado objetivo que se dirigem restritivamente às situações às quais se destinam, ou seja, as regras são mais

restritas em relação aos princípios que são mais flexíveis, com certo grau de abstração aplicando-se às mais diversas situações.

Os princípios, ainda, contêm fundamentos que embasam a decisão a ser tomada, mas não estabelecem de forma determinada a decisão, como as regras, os princípios devem ser ponderados com fundamentos de outros princípios. A esse respeito, ÁVILA:

Os princípios, ao contrário das regras, possuem, uma dimensão de peso (dimension of weight) demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca a validade. (ÁVILA, 2004, p. 28).

Verifica-se deste modo, que os princípios caracterizam-se por uma “estrutura aberta”, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, e são relativizados diante do surgimento de novas regras à medida que a sociedade evolui.

Por isso, a idéia de que diante da colisão entre princípios, analisar-se-á os fundamentos que os embasam, conjugando-os com outros fundamentos de outros princípios, o que significa que a aplicação de um não faz com que o outro se torne inválido, os princípios dispõem de pesos diferenciados que variam diante do caso concreto.

Diferentemente do que acontece com as regras, conforme entende Ávila (2004, p. 28), “no caso da colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida.”

No entendimento de Robert Alexy, diferenciar princípios e regras não é apenas e tão somente basear-se no modo de aplicação (do “tudo ou nada”) proposto por Dworkin, é preciso analisá-los sob dois aspectos distintos: quanto à colisão, e a diferença quanto à obrigação que instituem:

Quanto à colisão, à medida que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia. (ÁVILA, 2004, p. 30)

No que tange a diferença quanto à obrigação que instituem:

Já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes. (ÁVILA, 2004, p. 30)

E a partir dessa evolução, a doutrina de Humberto Ávila dispõe que os princípios se aplicam em vários graus conforme as possibilidades normativas, definindo-os como “mandamentos de otimização”. E que as regras foram criadas para ser obedecidas, ou seja, é determinado fazer exatamente aquilo exigido por ela. (ÁVILA, 2004, p. 29-30). Para isso, estabeleceu alguns critérios para diferenciação entre princípios e regras:

De acordo com o critério hipotético-condicional, as regras contêm uma hipótese e uma consequência que predeterminam uma decisão. Ao passo que os princípios indicam apenas e tão somente o fundamento que deve ser utilizado pelo aplicador da norma, para que futuramente encontre-se a regra que melhor se encaixe ao caso concreto. (ÁVILA, 2004, p. 30)

O critério quanto ao modo final de aplicação entende que para as regras, se aplica a forma do “tudo ou nada”. E que os princípios devem ser aplicados de forma gradual, não determinam absolutamente a decisão, devem ser conjugados com outros fundamentos de outros princípios. Essa classificação, no entanto, necessita ser aperfeiçoada, pois, apenas se justifica quando questões como a validade e o sentido dos fatos estiverem superados, tendo em vista que as especificidades das regras surgem diante de sua interpretação. (ÁVILA, 2004, p. 39)

Pelo critério do conflito normativo, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, possível de ser solucionado declarando inválida uma das regras, ou criando-se uma exceção. E quanto aos princípios, ocorrendo a colisão, solucionar-se-á a questão mediante a ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. (ÁVILA, 2004, p. 31)

Finalmente, diante dos critérios apresentados verifica-se que é possível ainda aperfeiçoar os modos de aplicação desses critérios de distinção, com o objetivo de firmar sua validade.

Destarte, conclui-se que os princípios estabelecem normas finalísticas que apontam para um Estado Ideal a ser perseguido, ao contrário do que acontece com as regras que determinam um comportamento a ser obedecido e é expressamente previsto. Conforme o entendimento de Humberto Ávila, as regras possuem “eficácia de trincheira”, são normas rígidas, duras, que estabelecem obrigações a serem cumpridas (ÁVILA, 2004, p. 83).

O presente estudo até agora, centrou-se basicamente na análise do dever que se impõe de promover a realização de um Estado Ideal, há que se ponderar ademais, o modo como esse dever vem a ser aplicado, e é nesse ínterim que tem origem os postulados normativos, ultrapassando o campo das normas, atingindo o âmbito das metanormas.

Os postulados normativos estruturam a aplicação do dever de promover um fim, não descrevem comportamentos, limitam-se a estruturar as normas que os descrevem, ordenando e relacionando a aplicação dos princípios e das regras, por meio de elementos e critérios que não são específicos (ÁVILA, 2004).

Alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e de critérios específicos: a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento; a concordância prática exige a realização máxima de valores que se imbricam; a proibição de excesso proíbe que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia (ÁVILA, 2004, p. 96-97).

É cada vez maior o destaque dado pelo ordenamento jurídico ao postulado da proporcionalidade, também chamado de princípio da proporcionalidade, é tido como o meio mais adequado à aplicação de princípios e regras:

A proporcionalidade como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico (ÁVILA, 2004, p. 113).

Ao tratar acerca da colisão de princípios, o problema pode facilmente ser resolvido com o sopesamento dos mesmos, diante das particularidades referentes à demanda, com o objetivo de se perceber qual princípio terá maior aplicabilidade naquele determinado caso, pautando-se na congruência que deve haver entre a medida adotada e a finalidade da norma.

No entanto, insta salientar que ambos os princípios permanecem válidos no ordenamento jurídico, excluindo-se apenas para efeito de aplicação naquela situação específica.

Segundo os ensinamentos de Wilson Steinmetz, o fundamento em que se baseia todo o ordenamento jurídico, é estruturado no princípio da proporcionalidade:

[...] a teoria dos princípios e a metodologia é aquela que se estrutura no princípio da proporcionalidade, sobretudo no princípio da proporcionalidade em sentido estrito – este último também chamado ponderação de bens (STEINMETZ, 2004, p. 203).

A escolha do princípio que deve ser adotado diante da situação específica é promovida por um procedimento que observa a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Isso significa dizer que se faz necessário verificar se o princípio utilizado é adequado quanto à finalidade a que se destina, se é necessário como forma mais eficaz diante de outras possibilidades e se é proporcional em sentido estrito, de modo a causar o menor prejuízo possível à segurança jurídica.

4 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais encontram suas raízes durante a Antiguidade na modificação da visão do homem experimentada por São Francisco de Assis, o primeiro a libertar o homem que antes estava submisso às regras do mundo, conforme preleciona Paolo Grossi. O homem franciscano encontra na caridade, tanto quanto no amor, na vontade e no querer, a característica fundamental de seu ser e a mais harmônica independência da sua realidade.

Posteriormente, por volta do século XVII, filósofos como Thomas Hobbes, Montesquieu, John Locke, Jean Jacques Rousseau, dentre outros ao seu tempo, em que pesem diferentes ideias e teses defendidas; todos colocam o homem como cidadão ativo na sociedade em que habita, pregando sua liberdade enquanto cidadão, titular de direitos e deveres. Utilizando a teoria do contrato social, esses autores defendem a organização do estado comparando-o a um contrato, onde o homem por sua capacidade de gerir seu próprio destino é um ser livre, titular de direitos que quando introduzido no Estado busca a proteção e o reconhecimento desses direitos. Eis a origem do que se conhecem hoje como direitos humanos (LUIZI, 2003, p. 102).

No entanto, esses direitos continuaram sendo apenas idealizados por muitos anos, passando a ser positivados juridicamente em documentos legislativos, tomando proporção universal somente em 1789 com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França. Dando origem também à 1ª geração de direitos humanos, os direitos da liberdade, nos moldes dos ideais iluministas.

No século XVIII com a Revolução Industrial emergiram os direitos sociais, chamados de direitos da massa operária, defendidos por Karl Marx e Friedrich Engels que objetivavam uma sociedade igualitária. Ganhando a Europa e, em seguida, o mundo. Ao fim do século XIX e início do século XX, surgiram deste modo, os direitos humanos da 2ª geração, com o intuito de corrigir as desigualdades sociais e exigir do Estado práticas materiais capazes de tutelar esses direitos humanos. Diferentemente dos direitos humanos da 1ª geração, que

consistiam em exigir do Estado apenas e tão somente atividade limitadora de seu poder.

Os direitos humanos da 3ª geração, por sua vez, derivados do pós-guerra, diante dos grandes avanços por que passaram a ciência e a tecnologia, destinam-se a proteção de bens sociais importantes para os seres humanos. São os direitos da solidariedade nas palavras de Luiz Luisi, “direitos como aos de um sadio ambiente natural, ao desenvolvimento equilibrado, à comunicação, destinam-se à preservação do patrimônio comum da humanidade” (LUIZI, 2003, p. 107).

Assim, sutilmente afirmou Paulo Bonavides, que os direitos da 3ª geração não têm por objetivo atingir “especifica e diretamente a proteção de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado, mas tem como destinatário o próprio gênero humano como momento expressivo de sua formação, como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2003, p. 569).

Notadamente, vê-se que o direito penal é chamado a tutelar esses novos direitos, de modo a criminalizar as ações desenfreadas contra o meio ambiente, os abusos dos recursos tecnológicos, bem como o uso da internet para a prática de crimes e os danos advindos do uso da energia nuclear. Em resumo, os direitos humanos se tornaram patrimônio jurídico da humanidade, pois com o passar dos séculos, tornou-se o direito da coletividade.

4.1 Sobre as Garantias Fundamentais

Enquanto os direitos são declaratórios, as garantias são assecuratórias, no entanto ambos coexistem e interagem entre si.

As garantias, nos dizeres de Nucci, são fixadas pelo Estado em sua relação com o indivíduo, dispostas a assegurar a instrumentalidade e o valor dos direitos. E, de certo modo, não deixam de ser direitos se se considerar que a efetivação das garantias deve passar pelo crivo do ordenamento jurídico e nele estar previsto.

Desta feita, as garantias constituem-se em criações do Estado Democrático de Direito com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais e assegurar a proteção do indivíduo.

Nesse aspecto, milita Guilherme Nucci, citando Jorge Miranda:

Os direitos representam só por si certo bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. (NUCCI, 2010, p. 76).

Os direitos são inerentes à própria existência humana e impõem ao Estado o seu respeito e a sua proteção, como o direito à integridade física, à vida e à liberdade, entre outros. As garantias, por sua vez, têm o cunho de assegurar a instrumentalidade e o valor dos direitos na relação do Estado com o indivíduo. Para melhor compreensão, vem a calhar o exemplo de Nucci:

Para que se possa tolher o direito à liberdade de ir e vir, deve-se respeitar o devido processo legal, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. (NUCCI, 2010, p. 76)

Além de normas assecuratórias, as garantias são também normas instrumentais aptas a garantir os direitos declarados. A ordem jurídica as disponibiliza com o fim de evitar lesão aos direitos declarados, ou em caso de lesão minimizar os seus efeitos e, ainda, fazer com o que o sujeito possua a capacidade de exigir não só do Estado, como de outros indivíduos também, o respeito a esses direitos declarados.

4.2 Dos Fundamentos dos Direitos do Homem

Segundo Norberto Bobbio, que brilhantemente trata da definição e dos fundamentos dos direitos do homem, no que tange à fundamentação dos direitos do homem, não se fala num problema filosófico, mas político, quando afirma que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto, o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 1992, p. 24).

O consagrado autor destaca em sua obra a concepção histórica dos direitos do homem, que se originam gradualmente, a partir de determinadas circunstâncias, e pertencentes a uma época e lugar. O rol dos direitos do homem se modifica constantemente de modo a se adequar à realidade vivida em cada tempo, ou seja, às condições históricas do momento a que pertencem.

Acerca dos direitos fundamentais, Bobbio traz três teses afirmando os direitos naturais serem direitos históricos, nascidos no início da era moderna e que progressivamente se tornou um dos principais indicadores do progresso histórico.

Quanto aos fundamentos dos direitos do homem, em um primeiro momento acreditou tratar-se de direitos absolutos, ideia preconizada pela ilusão do fundamento absoluto dos jusnaturalistas; estes colocavam alguns direitos acima da possibilidade de qualquer discussão, por tratar-se de direitos derivados da natureza do homem. No entanto, não são necessárias maiores digressões sobre as críticas já apontadas à corrente naturalista, e assim, após anos de discussão, Kant conseguiu finalmente reduzir os direitos irresistíveis a um qual seja, a liberdade (BOBBIO, 1992, p. 17).

Hoje, porém, não há que se falar na busca pelo fundamento absoluto, sabe-se que qualquer busca por argumentos que provem que existam direitos absolutos, é desprovida de qualquer consistência, pois não existem direitos absolutos.

Passando à análise da expressão “direitos do homem”, em sua acepção, Bobbio considera a expressão bastante vaga e incapaz de definir exatamente o que seriam esses direitos. As definições trazidas até hoje, são

tautológicas, “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, tratando apenas sobre o estatuto proposto para esses direitos, ou desprezando seu conteúdo “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”, ou ainda, quando adiciona o conteúdo, uma definição com termos avaliativos: “direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização” (BOBBIO, 1992, p. 17). Tais definições, alvos de diversas polêmicas, porém todas sem solução, haja vista que saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou desenvolvimento da civilização é no mínimo uma discussão sem fim.

Os direitos do homem, na visão de Bobbio, integram uma classe variável, como demonstra a história.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (BOBBIO, 1992, p. 18)

De modo claro, Bobbio demonstra que o que é fundamental numa determinada época, pode não sê-lo em outra época, mudam-se as civilizações, mudam as culturas. E, para isso, o autor se vale do relativismo, um dos mais fortes argumentos, em favor dos direitos do homem, não há que se temer o relativismo.

Nesse mesmo contexto, além de variável e mal definível, a categoria dos direitos do homem é ainda, heterogênea. Compreendendo os direitos humanos da Declaração dos Direitos do Homem, muitos desses estatutos são diversos entre si, alguns atingindo até mesmo um nível de incompatibilidade, pois certos direitos são válidos em qualquer situação e para todos os homens. Daí o porquê não deveria falar-se em fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, dada a grande variabilidade entre eles.

Assim, poucos são os direitos ditos fundamentais que não entram em colisão com outros também fundamentais e que imponham, ao fim, a opção por um em detrimento do outro. Por vezes, optar por um e negar o outro direito é uma

decisão bastante arriscada, tendo em vista que ambos possuem boas razões que os justifiquem.

A escolha deve pautar-se pela imposição de limites a um dos dois direitos em concorrência, salvaguardando também parte dos dois, como por exemplo, a Constituição italiana, que prevê o resguardo aos bons costumes, segundo a lição de Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 21).

Deste modo, é possível concluir que os direitos fundamentais possuem base tão diversa entre si, que não podem ser fundamentados da mesma forma. Sobretudo, esses direitos não devem ter um fundamento tão absoluto que não pudesse ser adotada uma justificativa legítima para sua restrição.

Deve-se reconhecer que existe de fato, uma crise dos fundamentos, é incontestável a sua existência. No entanto, conforme já tratado neste trabalho, não se trata de buscar um fundamento absoluto com o objetivo de superá-la, o problema é um pouco mais complexo.

Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos”, sugere que a busca pela solução dessa crise se dê perante a análise de cada caso concreto, com os *vários fundamentos possíveis*, acompanhada com o estudo das ciências históricas e culturais, verificando as condições e as situações nas quais um direito ou outro pode ser concretizado. E leciona, ainda, que:

O problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. O filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. (BOBBIO, 1992, p. 24)

Isso significa que os direitos do homem possuem um problema filosófico que não deve ser analisado individualmente, mas conjuntamente com estudos dos problemas históricos, econômicos, sociais e psicológicos ligados à sua concretização. Não se trata de justificar os direitos do homem, mas de protegê-los na forma como deve ser feito.

4.3 O Conflito entre Direitos Fundamentais e Seus Limites

Os direitos fundamentais, apontados como essenciais à existência digna do ser humano, tem como uma de suas características principais a sua limitabilidade.

Norberto Bobbio, de modo objetivo já previa que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, o que posteriormente foi corroborado por outros autores como Wilson Steinmetz, que sustenta ser a limitação a esses direitos decorrentes da própria sociabilidade humana (STEINMETZ, 2001, p. 17).

Posto que, à medida que a sociedade muda, a história muda e é dever do direito acompanhar essa mudança, delineando um novo cenário jurídico que se adeque às condições da época.

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

É certo que os limites derivam da positividade dos direitos fundamentais, e assim, possuem limitação material, segundo Friederich Müller, citado por Steinmetz, “a limitação desses direitos fundamentais é determinação desses limites; ela determina o alcance material do direito de liberdade respectivo [...] cada direito fundamental encontra seu limite lá onde termina o seu alcance material” (STEINMETZ, 2001, p. 19).

A colisão de direitos fundamentais, por vezes, ocorre pelo simples fato de que esses direitos são normas que não possuem hierarquia entre si, pois integram um extenso rol que é protegido de forma harmônica com outros valores constitucionais.

Deste modo, quando restar caracterizada hipótese de conflito de direitos fundamentais deve o intérprete utilizar a razoabilidade coordenando os bens jurídicos em conflito, e assim procurando evitar a anulabilidade total de uns

em relação aos outros, primando sempre pela busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto da Carta Magna com suas finalidades.

Neste sentido, defende Moraes:

Faz-se mister, ainda que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e atendam 'ao critério da razoabilidade'. Em outros termos, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos. (MORAES, 2003, p. 48)

O saudoso professor J.J. Canotilho milita sobre o tema conceituando a colisão de direitos fundamentais de forma bipartida:

Considera-se existir uma **colisão autêntica de direitos fundamentais** quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. (CANOTILHO, 1997, p. 1229)

Em um primeiro plano, Canotilho trata da colisão autêntica, na qual os direitos propriamente ditos colidem entre si. E em segundo plano, no que tange à colisão em sentido impróprio, abordando o confronto entre os direitos fundamentais e os bens jurídicos da comunidade constitucionalmente com caráter de bens da comunidade.

Por sua vez, Steinmetz também estabelece três propostas de solução à colisão de conflitos de forma bipartida, qual seja, a forma racional e intersubjetiva controlável.

A primeira, caracterizada como subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas é um procedimento metódico insuficiente e inadequado, conforme o próprio autor. (STEINMETZ, 2001, p. 212)

A segunda, conhecida como teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional de Muller, reza que “verdadeiros limites de direitos

fundamentais são apenas aqueles instituídos mediante reserva da lei” e assim, “na colisão, o que há é uma sobreposição de âmbitos de vigência, a ser solucionada por uma norma de decisão, resultante da soma e síntese do programa normativo e do âmbito normativo” (STEINMETZ, 2001, p. 212).

Por fim, a terceira proposta metodológica trata sobre a estrutura formal do princípio da proporcionalidade, tomando por base a ponderação de bens, que conforme o próprio Steinmetz conclui é um procedimento aberto, o que possibilita “seu resultado ser racionalmente fundamentado” (STEINMETZ, 2001, p. 215).

Dessa forma, o saudoso autor ao analisar os métodos apresentados, finaliza:

A colisão de direitos fundamentais, in concreto, tem que ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade e fundamentação mediante argumentação jusfundamental. (STEINMETZ, 2001, p. 216)

No que tange às modalidades de colisão, verifica-se que por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos, cabendo harmonizar eles através de uma redução proporcional no âmbito de aplicação deles – redução bilateral -, ou apenas de um dos interesses, desde que se torne inviável a redução na aplicação de ambos – colisão com redução unilateral. Ou ainda, existirão casos em que a realização de um dos direitos em conflito é excludente da concretização do outro, caso em que deve ser aplicada a colisão excludente.

A colisão com redução bilateral consiste em uma limitação de ambos em benefício dos direitos fundamentais em conflito, conferindo tratamento harmônico aos direitos em colisão.

Ao passo que na colisão com redução unilateral, ao invés de fazer-se uma relativização dos direitos em conflito, procede-se a relativização de apenas um deles quando do exercício conjugado de direitos fundamentais, e não dos dois como na redução bilateral, e assim, restaria completamente aniquilado o outro direito.

Na colisão excludente, o exercício de um dos direitos termina por excluir o outro, o que significa dizer que não é possível a realização concomitante dos direitos em colisão, impõe-se analisar qual direito fundamental se expõe a um perigo de lesão mais grave no caso concreto. É de rigor destacar, todavia, que a colisão excludente é uma situação excepcional e que só deve ser utilizada se se tornar inviável a aplicação dos métodos anteriores, considerando que os direitos em conflito são de igual natureza e o exercício de um termina por tolher o exercício do outro.

Para Alexy, a colisão ocorre quando algo é vedado por um princípio e permitido por outro, e nesta situação um dos direitos em conflito deve recuar, o que não significa dizer que um será considerado nulo pelo exercício do outro em todos os casos, apenas naquele caso concreto (BONAVIDES, 2009, p. 278-279).

No mesmo sentir, Canotilho leciona que as normas que consagram direitos fundamentais destinam-se a proteger determinados bens ou domínios existenciais, e esses se apresentam de várias formas, como o âmbito de proteção, o domínio normativo, o pressuposto de fato dos direitos fundamentais, por exemplo.

Essas normas consagradoras garantem ou protegem os direitos fundamentais como dados reais, que configuram direitos subjetivos, de prestação, processuais e procedimentais, de instituto e garantias institucionais. Para que se tenha funcionalidade à proteção, criam-se liberdades, prestações, instituições e procedimentos (CANOTILHO, 1997, p. 1222-1223).

Conforme Steinmetz em sua obra *Colisão de Direitos Fundamentais*, o desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais, na legislação infraconstitucional se materializa de duas formas: restrição e configuração. E as duas se apresentam na forma da lei, atuando o legislador mediante normas legais restritivas e conformadoras (STEINMETZ, 2001, p. 27).

Dessa forma, a colisão entre direitos fundamentais facilmente é resolvida através da aplicação de princípios ao caso concreto. Contudo, o problema maior nasce quando há colisão entre princípios.

A colisão entre princípios resolve-se por meio da ponderação entre os valores envolvidos, devendo prevalecer aquele que possibilite resultado mais acertado para a decisão.

Assim, cabe ao intérprete do direito analisar e interpretar a norma-princípio de modo a considerar todos os valores em questão, e ao fim optar por aquele que melhor se aplicar ao caso concreto.

5 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade teve seus primeiros traços delineados em estudos no século XVIII, com o objetivo de limitar o poder do Estado, seguindo os ideais iluministas, tutelando pela liberdade individual. O critério da proporcionalidade compreendeu nessa época as áreas administrativa e penal. A proporcionalidade pregava a harmonia e proporcionalidade das penas em relação aos delitos correspondentes.

Muito antes de se imaginar a existência de um princípio da proporcionalidade com a configuração atual, já havia indícios de uma idéia de proibição de excessos, a partir de filósofos como Aristóteles, citado por Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 178):

Aristóteles, um organizador, um homem extremamente meticuloso que queria pôr ordem nos conceitos dos homens, ao expressar, no que concerne, principalmente, às virtudes do homem e à política, a necessidade de moderação e o abandono do exagero, oferece a noção de “meio termo” e de “justa medida”, que trazem ínsita a noção de proporcionalidade.

No século XIX, a proporcionalidade passou a integrar o direito administrativo, apresentando-se na inevitabilidade de limitação legal da arbitrariedade do poder executivo.

Contudo, apenas no século XX, após a Segunda Guerra Mundial é que o princípio da proporcionalidade começou a ganhar a concepção moderna que temos hoje, principalmente, porque a doutrina e a jurisprudência constitucional da Alemanha lhe conferiram hierarquia constitucional, a fim de controlar o poder de polícia da Era Hitler, na esfera administrativa da Alemanha. Com esse princípio, segundo o professor Bonavides, nasceu também um novo Estado Democrático de Direito resultado da necessidade de instaurar na ordem social os direitos da segunda e terceira gerações (BONAVIDES, 2010, p. 394).

Para parte da doutrina, deriva do Estado de Direito o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade em sentido amplo

(*Übermassverbot*), ao passo que para outra parte é original do conteúdo dos direitos fundamentais, ou ainda decorrente do princípio do devido processo legal.

O princípio da proporcionalidade, a partir da década de 70 começou a ganhar status constitucional, vinculando-se ao Direito Constitucional pela via dos direitos fundamentais. Assim, com o passar dos anos, o estudo da proporcionalidade integrou-se aos direitos de personalidade do homem, nos casos em que se faz necessária a limitação dos direitos fundamentais quando opostos em situações onde o interesse coletivo deve prevalecer. Nesse momento é que ele auferiu extrema importância na doutrina e na jurisprudência, cativando prestígio e sendo amplamente difundido como outros princípios, principalmente o princípio da liberdade individual, exemplo utilizado por Bonavides (2010, p. 395):

Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual.

Neste jaez, notou-se que a norma, por seu caráter abstrato e genérico, quando inserida no caso concreto, poderia atingir finalidades diversas não idealizadas pelo legislador do país em questão. Daí a necessidade dessa norma harmonizar-se com o restante do campo normativo-dogmático para então atingir o real objetivo almejado.

Alguns autores como Penalva, afirmam ser a proporcionalidade bem mais que um critério, uma regra ou um elemento de juízo tecnicamente útil para afirmar consequências jurídicas. Estabelece que “é princípio consubstancial ao Estado Democrático de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados” (BONAVIDES, 2010, p. 395).

Os critérios de definição acerca do princípio da proporcionalidade não são cristalinos, tampouco o esclarecem.

Inicialmente, é de rigor destacar que não há na doutrina nem na jurisprudência qualquer nomenclatura uniforme que defina o princípio da proporcionalidade, impende aqui trazer à baila, acerca do princípio da proporcionalidade, a brilhante definição trazida por Sylvia Marlene de Castro Figueiredo:

A palavra proporcionalidade está ligada ao “caráter do que é proporcional”, e proporcional, significa o que “está em proporção”. Proporção denota a ideia de “conveniência, harmonia, simetria, disposição regular, conjunto harmônico”. O termo “proporcionalidade”, portanto, faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta. (2005, p. 173-174)

Trata-se de um princípio que contribui significativamente para a conciliação entre o direito formal e o material de modo a subsidiar exigências de transformações sociais muito rápidas, e juridicamente indomáveis caso carecesse de presteza o novo axioma constitucional. A regra da proporcionalidade prevê que o juiz, na qualidade de executor da justiça, ascenda sobre o legislador, contudo, sem enfraquecer o princípio da separação dos poderes, uma vez que o princípio que fora dirigido aos emanados do Poder Executivo, passou a equilibrar igualmente os demais poderes.

Outro não é senão, o magistério de Paulo Bonavides (2010, p. 399):

Com efeito, a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantêm de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade tem por escopo fundar a relação entre fim, meio e situação de fato. A partir da instauração doutrinária do segundo Estado Democrático de Direito, o juiz adquire um espaço mais liberal e amplo no que tange à tarefa que lhe é incumbida de examinar e estabelecer o controle de aplicação das normas, possuindo também uma esfera aberta, principalmente em matéria constitucional, através das noções de

conformidade e compatibilidade. Permitindo a introdução do princípio da proporcionalidade, enquanto método interpretativo, na seara da compatibilidade, justamente pelo fato dela ser ainda mais aberta e flexível.

A colisão entre direitos fundamentais verifica-se de diversas formas. Podendo existir o conflito entre direitos fundamentais idênticos, ou entre direitos fundamentais distintos, bem como conflitos entre direitos individuais, nomeados pela doutrina “conflito horizontal”. Há casos ainda, em que também existem conflitos onde de um lado situa-se um direito individual e do outro um direito coletivo, denominado pela doutrina de “conflito vertical”. Tanto em um quanto em outro caso, faz-se necessária a intervenção estatal, ora na tutela do agente em face de terceiro (conflito horizontal), ora na tutela do indivíduo frente aos atos do próprio poder público.

Convém ressaltar que não há uma definição uniforme sobre a proporcionalidade, tomando como exemplo o sistema americano da *commowlaw*, cuja prática jurisprudencial lastreia todo o ordenamento, o Direito tem um papel perspicaz no que tange à limitação dos atos do legislador e do administrador, utilizando-se do termo “razoabilidade” dos atos governamentais (BARROS, 2000, p. 60). Ao passo que a doutrina alemã faz utilização dos termos “proporcionalidade” e “proibição de excessos”, como traz a lição de Gilmar Mendes (1990, p. 43).

Resta evidenciado que a nomenclatura conferida ao instituto em questão ocupa posição secundária, Importando mesmo que sua aplicação se dê em perfeita simetria com seu teor.

A partir de todo o exposto até o presente momento, vê-se nitidamente que o princípio em tela, prima pela relação perfeita entre o critério empregado e o fim almejado. Ou seja, que as vantagens obtidas na situação fática sejam superiores aos prejuízos referentes à limitação de outros interesses.

Consoante já colecionado, o princípio da proporcionalidade pauta-se pela busca de uma relação entre meio – objetivando a decisão normativa per si -, e fim – atingindo esse objetivo por meio da limitação. De tal forma que se faz necessária a existência de uma relação racional e ao mesmo tempo proporcional, precisando ser adequada, necessária e racional.

Para melhor compreensão acerca do ideal de justiça e da medida justa, importante destacar a seguinte lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

Meio e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins. (2003, p. 263)

Fato é que, os princípios coexistem, porém, em algum dado momento eles vão acabar colidindo-se, assim como os direitos fundamentais também acabam se esbarrando e entrando em conflito, haja vista tanto um quanto outro não ser absoluto.

Por vezes, dessa forma, cabe ao intérprete da norma fazer a ponderação dos valores em conflito sempre que um indivíduo ao exercer o seu direito venha a lesar outrem, e essa ponderação se concretiza por meio do uso do princípio da proporcionalidade. Compete ao intérprete da norma, seja ele o magistrado ou não, atribuir a solução mais justa ao conflito, objetivando o menor prejuízo possível, buscando compreender diante da análise de determinado caso concreto a solução mais justa, ou seja, qual direito fundamental possui maior valia. Tendo em vista que, em se tratando de conflitos de direitos fundamentais, a hierarquia normativa é a mesma para os direitos em questão.

Daí a importância do princípio da proporcionalidade, pois quando é feita esta ponderação de valores, o magistrado colabora com a busca pela solução mais justa possível.

Não sendo outro, senão o pensamento de Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos. (BONAVIDES, 2010, p. 425).

No entanto, cumpre esclarecer que o princípio da proporcionalidade não tem por função pôr na mão do intérprete da norma uma incontrolada posição de livre-arbítrio ou poder, o intérprete está sim adstrito à busca da solução mais justa ao caso telado, seu livre-arbítrio deve ser lastreado pela ponderação dos valores em questão.

Como bem colecionada está a lição de Bonavides, neste sentir:

Aqui, o princípio da proporcionalidade já não é aquela fórmula vazia – tão incriminada por Forsthoff – que punha na mão do aplicador da lei uma esfera incontrolada e incomensurável de livre-arbítrio, possibilitando a justiça específica do caso particular e quebrando, ao mesmo passo, o rigor das regras abstratas contidas na lei. O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor. (BONAVIDES, 2010, p. 427)

Ademais, o princípio da proporcionalidade coopera significativamente com a conciliação do direito formal com o direito material, tanto que a doutrina objetiva consolidá-lo como regra fundamental de apoio e tutela dos direitos e garantias fundamentais, por se referir a uma garantia fundamental e princípio geral de direito.

No que tange à ponderação de valores, nomeadamente entre o interesse sacrificado frente ao interesse coletivo, deste modo é necessário considerar a disposição da Constituição, a fim de que o ganho com a proteção do interesse público seja capaz de vencer o dano da limitação.

Deveras, o interesse coletivo aqui, alude aos direitos fundamentais, como sacramentado no artigo 1º da Constituição Federal, assim, a aplicação incorreta do termo pode acabar gerando injustiça que se projeta no desrespeito aos direitos fundamentais. Ou seja, naquele caso em que a limitação se faz necessária para a tutela de outros bens que aludem ao interesse coletivo, que gozam de mesma proteção legal que o interesse individual. Cumpre ao magistrado suprir a

deficiência democrática da política que deu origem à norma, determinando os valores inerentes a ela, ele está vinculado aos direitos fundamentais.

Também conhecido como princípio da proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, possui algumas características que o diferem da proporcionalidade em sentido estrito, como a exigência do exame da relação entre meios e fins.

Insta trazer, neste ponto os dizeres de Raquel Denize Stumm:

A expressão “princípio da proibição do excesso” é aplicável no âmbito do controle legislativo, onde suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes, questionando a adequação dos atos legislativos aos fins explícitos ou implícitos das normas constitucionais. As valorações do legislador não podem ser isoladas, elas têm de ser relacionadas com outras valorações que estão por detrás da lei e imprimem o seu cunho ao Direito. (STUMM, 1995, p. 78-79)

Desta forma, de clareza solar, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem por objetivo inibir e neutralizar os abusos cometidos pelo Poder Público no desempenho de suas funções, conceituando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais (FIGUEIREDO, 2005, p. 224).

Em sua dimensão material, a norma estatal se ajusta à cláusula que consagra o princípio do *substantive due process of law*, pois não transmite nenhum conteúdo de irrazoabilidade, auxiliando gentilmente ao postulado da proporcionalidade. Trata esta cláusula de coibir os efeitos malignos originados do abuso de poder legislativo, traduzindo a idéia de que a prerrogativa de legislar conferida ao Estado empresta atribuição jurídica substancialmente limitada.

No mesmo sentido, corroborando o esposado até aqui acerca do Princípio da Proporcionalidade, é de rigor trazer ao lume, os ensinamentos do Ministro do Pretório Excelso, Gilmar Ferreira Mendes, citado por Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 224):

VOTO: (...) Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no

desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem ‘não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)’ de tal modo que ‘Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)’ (Gilmar Ferreira Mendes, A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, p. 475). (...)” (STF, TRIBUNAL PLENO, ADIMC 1407/DF, Ministro Relator: Celso de Mello, D.J., 24.11.00, p. 86, j. 07.03.1996, Reqte.: Partido Comunista do Brasil – Pc do B Reqdo.: Presidente da República Reqdo.: Congresso Nacional Votação: Por maioria, vencido o Min. Ilmar Galvão. Resultado: Indeferida).

Nesta seara de ideias, o princípio da proporcionalidade compõe um princípio da interpretação constitucional, haja vista o subsídio que empresta à orientação do intérprete da norma na busca pela solução da situação fática jurídica, por meio da ponderação dos bens em oposição.

O princípio da proporcionalidade, pois, oportuniza ao intérprete da norma que estabeleça qual dos interesses contrapostos deve preponderar diante de determinada situação, conforme melhor acolha as características da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, através do princípio da proporcionalidade que se oportuniza a nutrição da força normativa da Constituição, com o repúdio aos atos normativos que a enjeitem.

Contudo, assim como ocorre com outras constituições de outros Estados Democráticos de Direito, o princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente na Constituição de 1988. No entanto, é inegável ainda que tácita, a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, prestando auxílio significativo na interpretação das regras existentes, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

Destarte, é de rigor salientar que o princípio da proporcionalidade dá suporte a vários princípios constitucionais dispostos no ordenamento. Notável, por

exemplo, sua introdução na seara do Princípio do Devido Processo Legal, justamente por atuar como obstáculo aos atos dotados de arbitrariedade e irrazoabilidade, impondo restrições de caráter ritual à atuação do poder público (MENDES, 2001, p. 17).

Acerca da razoabilidade, brilhantemente Barroso e Mendes, consideram que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade são idênticos; fungíveis (Barroso) ou intercambiáveis (Mendes), eis o motivo porque postulam o *due process of Law* como fundamento normativo do princípio da proporcionalidade. Ou ainda, outros autores como Bandeira de Melo, que por sua vez, os definam de forma separada, aduzindo que o princípio da proporcionalidade se trata de uma faceta, um aspecto específico do princípio da razoabilidade (STEINMETZ, 2001, p. 185).

Sob outro ponto de vista, há ainda Humberto Ávila, que aponta diferenças quando da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois ao passo que o princípio da proporcionalidade faz referência a bens jurídicos ligados a fins, o princípio da razoabilidade refere-se a um juízo com relação à pessoa atingida (ÁVILA, 2004, p. 175).

À luz dos argumentos de Ávila de que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não se confundem, Steinmetz sustenta o princípio da proporcionalidade ser o mais adequado para a solução da colisão entre direitos fundamentais (STEINMETZ, 2001, p. 192).

Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade é possível face a qualquer ato emanado do poder público desproporcional ao objetivo almejado, o que por sua vez, torna notável, portanto, a complementaridade frente ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

De fato, o princípio da proporcionalidade não está disposto de modo expresso e objetivo na Lei Maior, no entanto, cumpre destacar que o interesse público que enseja sua aplicação encontra-se tatuado no artigo 1º, lastreando os dois princípios mais importantes para o Estado Democrático de Direito: o princípio da cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, de rigor destacar novamente os ensinamentos de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo:

O fundamento do princípio da proporcionalidade encontra-se centrado no Estado de Direito regado pelo princípio da constitucionalidade, pela supremacia da Constituição, o qual além de tutelar a liberdade dos cidadãos, assume o compromisso de corresponder à realidade social mediante a concretização de objetivos plasmados no Texto Fundamental. (FIGUEIREDO, 2005, p. 196)

Por fim, mas não menos importante, e justamente por traduzir a máxima da igualdade, necessário se faz, lembrar que o princípio da proporcionalidade guarda íntima relação com o princípio da isonomia. O primeiro presta obséquio ao segundo com a finalidade de reequilibrar os vínculos que se apresentam em desigualdade expressa, desigualdade essa capaz de causar dano irreparável à obtenção da justiça.

Nesta senda, resta evidenciado que ainda que não haja previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal, suas premissas encontram-se enraizadas por todo o ordenamento jurídico.

Como bem esposado pelo saudoso Paulo Bonavides:

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional (BONAVIDES, 2010, p. 434).

Destarte, imperioso salientar que a contribuição do princípio da proporcionalidade atua também na conciliação entre o direito formal e o direito material. A doutrina, por sua vez, objetiva cimentar referido princípio como regra fundamental de sustentáculo e tutela dos direitos e garantias fundamentais, por tratar-se de uma garantia fundamental e um princípio geral de direito.

A partir dos estudos de Bonavides, verificou-se a existência de três elementos que orientam a aplicação do princípio da proporcionalidade, quais sejam: pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, conforme se analisará adiante.

Além, ainda, de possuir uma “dupla face”, conforme o entendimento de Ingo Sarlet, “atuando concomitantemente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção aos

direitos fundamentais, bem como critério para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção (2009, p. 397).

Neste jaez, através da proibição de excessos, o princípio da proporcionalidade age direta e legitimamente em face do indivíduo, ao passo que por meio da proibição da proteção deficiente ou princípio da infraproteção, atua em prol do Estado.

5.1 Dos Subprincípios da Proporcionalidade

Portanto, com seus subprincípios, o princípio da proporcionalidade aufere extrema importância da interpretação essencialmente constitucional, por traduzir-se em um mandamento de otimização, na busca incansável pela solução mais adequada possível para a situação fática.

É o primeiro passo para a exata compreensão do princípio da proporcionalidade, a identificação e a análise de seus subprincípios, pois essa operacionalização criada pela doutrina alemã sistematiza a aplicação e o conhecimento do princípio que em um primeiro momento parece indeterminado.

Como já mencionado, o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*); princípio da necessidade, também conhecido por princípio da exigibilidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*). Mas, antes de passar à análise dos subprincípios, é importante mencionar que, quando se trata de limitação dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade pressupõe a organização da relação meio-fim, cujo fim é o objetivo perseguido pela limitação e o meio é a própria decisão normativa, limitadora que tende a tornar possível o fim pretendido (STEINMETZ, 2001, p. 149)

Neste jaez, ainda diz Wilson Steinmetz que consiste o princípio da proporcionalidade em dispor que a relação entre o fim que se almeja e o meio

empregado seja proporcional, racional, de modo a não ser arbitrária, nem mesmo excessiva (STEINMETZ, 2001, p. 149).

Em outras palavras, portanto, entre o meio e o fim há a obrigação de que haja uma relação adequada, necessária e proporcional.

5.1.1 Subprincípio da adequação

Segundo o princípio da adequação, objetiva-se que o meio deve ser adequado ao fim desejado, também conhecido pela doutrina como princípio da conformidade, da validade, da pertinência ou da idoneidade.

Não é outra senão a lição de Canotilho:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público seja apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim (2003, p. 262).

De acordo com o princípio da adequação, necessário se faz analisar se a medida adotada na limitação de um direito fundamental tem tal finalidade, pois não há que admitir-se qualquer lesão a um direito fundamental, se esta medida não se revelar apropriada ao resultado pretendido. Compete ao legislador infraconstitucional, portanto, moderar as liberdades individuais com vistas a alcançar fins legítimos.

Neste ponto cabe a indagação, quando um meio é adequado? Para se obter uma possível resposta, merece destaque a lição de Steinmetz:

O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam o meio e o fim e que, empiricamente, identifiquem-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental (STEINMETZ, 2001, p. 149).

Sob a ótica do controle de constitucionalidade da restrição, através do princípio da adequação, não é sempre que haverá um único meio idôneo capaz de atingir o objetivo desejado, pode haver vários meios para se atingir o fim pretendido.

E neste sentido o juízo de adequação não afirma se determinado meio é capaz ou não, é mais eficaz ou não para se atingir certa finalidade, ou seja, não trata sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, limitando-se a apenas dizer se determinado meio é ou não idôneo e apto.

5.1.2 Subprincípio da necessidade

O juízo da necessidade impõe ao legislador o dever de invadir o menos possível a esfera do indivíduo, conforme dispõe a máxima do Tribunal Constitucional alemão: “o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo, extraindo-a do caráter de princípio das normas de direito fundamental” (STUMM, 1995, p. 79).

Assim, à solução adotada pelo legislador cumpre o dever de provar ter sido a única e melhor possibilidade para que se obtivesse êxito na conquista de determinado fim com o menor prejuízo possível ao indivíduo.

Também conhecido na literatura constitucional como princípio da intervenção mínima, da menor ingerência possível, da exigibilidade, o subprincípio da necessidade caracteriza-se pela escolha, diante de vários meios idôneos, daquele que seja menos prejudicial à realização do direito fundamental (STEINMETZ, 2001, p. 151).

Deste modo também entende Canotilho que “com base no subprincípio da exigibilidade, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível para a obtenção de determinado fim.” (1998, p. 262)

Almeja que ao se fazer a escolha do meio, este deva ser concomitantemente eficaz e mais harmonioso aos indivíduos, ou seja, com a menor desvantagem possível.

Como também estima ainda, que o princípio da exigibilidade não questiona a opção da medida absolutamente necessária, mas indaga-se acerca da medida relativamente necessária, o que significa dizer, argumentando sobre o legislador adotar outro meio igualmente eficiente com a menor desvantagem aos cidadãos (FIGUEIREDO, 2005, p. 191).

Na mesma seara, de rigor destacar os ensinamentos de Canotilho (1998, p. 262):

Por força do princípio da proporcionalidade, no controle jurisdicional do ato administrativo deve-se observar se a medida adotada não desbordou, na prática, os limites necessários para a implementação daquela necessidade administrativa, pois o sacrifício de direitos privados em excesso não é justificado para a implementação do interesse público.

Face ao esposado, tomando por base o princípio da necessidade, inegável para que a medida adotada seja aceita, a demonstração de sua necessidade ao alcance do interesse público visado, não devendo, portanto, exceder os limites indispensáveis à finalidade que se destina.

5.1.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, no que tange ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, de rigor estabelecer que este tutela a ideia de “medida justa”, haja vista que além de lastrear os juízos de adequação e necessidade, forçoso analisar se tal restrição a determinado direito fundamental compartilha o ideal de justiça.

Também conhecido como proporcionalidade material, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu* zela pela perfeita e harmônica relação do fim com o meio, pautando-se pela justiça, examinando a relação de racionalidade entre a decisão normativa e a finalidade que almeja.

Assim, referido princípio demanda reciprocidade razoável na relação meio-fim (Steinmetz, 200, p. 152).

No mesmo sentido, convém destacar a lição colecionada de Canotilho:

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim (1998, p. 263).

Trata-se do princípio da justa medida, em essência o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, ao contrário do que acontece com os juízos de adequação e de necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito origina-se a partir dos direitos fundamentais, como mandados de otimização, no entendimento de Alexy, segundo as possibilidades jurídicas (STEINMETZ, 2001, p. 153).

Não é demais dizer que o princípio da proporcionalidade *strictu sensu* assemelha-se e muito com a ponderação de valores trazida por Alexy:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito se confunde com a pragmática da ponderação ou lei de ponderação, na medida em que constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre os meios (STUMM, 1995, p. 80).

Logo, cumpre ao princípio questionado, sopesar se a vantagem atingida com a restrição de determinado direito fundamental é realmente maior que o prejuízo decorrente desta restrição, diante da situação fática jurídica.

Neste jaez, ainda que a medida seja adequada e necessária, se ela não for razoável, não estará de acordo com os requisitos do princípio da proporcionalidade porque eivada pela inconstitucionalidade.

Deve-se levar em conta todo o conjunto que compõe a situação telada, e é neste ponto que se introduz o princípio da proporcionalidade propriamente dito, no meio utilizado diante da situação fática jurídica.

Desta feita, cabível a reflexão acerca do tema do presente trabalho, colocando-se um uma balança: de um lado a inviolabilidade dos direitos do advogado frente a indícios suficientes de envolvimento com crime organizado e de

outro lado a busca por uma tutela da coletividade efetiva, bem como o envolvimento de outros princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa e o devido processo legal, que lado mostra-se mais importante diante do caso concreto?

Logicamente, a coletividade é necessariamente quem deve sobressair face ao individual, como se passa a analisar mais a frente, o Estado deve garantir as liberdades individuais aos cidadãos de modo aos cidadãos cumpre o dever de evitar que o Estado cometa excessos em função das liberdades individuais, considerando que o Estado possui mais poder em relação ao cidadão.

5.2 Da Proibição da Infraproteção (Princípio da proporcionalidade pró-Estado): a outra face da proporcionalidade

É nítido que o princípio da proporcionalidade tomou proporções gigantescas, passando a ocupar posição de evidência no Direito Constitucional contemporâneo, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, nas hipóteses de restrição legislativa e colisão (STEINMETZ, 2001, p. 145).

Atualmente, a valorização dos princípios, especificamente do princípio da proporcionalidade, lhes confere o dever de nortear o ordenamento jurídico na busca de solução para os conflitos.

Conforme o que já esposado até aqui, o princípio da proporcionalidade tutela a coletividade contra os excessos do Estado, tendo sido criado, inclusive com esse objetivo. E dessa forma, cumpre ao Estado agir lastreando-se pela proporcionalidade, o que ratifica a idéia de que sua atuação, portanto, é limitada.

Cabe, portanto, ao operador do direito utilizar adequadamente os princípios objetivando de modo primordial a justiça, mesmo que nem sempre legítimas, em razão das investidas do Poder Público, e, por vezes, até dos particulares, quando se tratar de defender os direitos fundamentais.

De outra sorte, é de rigor ainda destacar que ao princípio da proporcionalidade, é inerente a proibição de certa proteção além do que é necessário, perfazendo a proibição da proteção em excesso, qual seja, é dever do Estado-juiz atuar dentro dos limites impostos quando o assunto em pauta é a caça a uma solução por meio de uma medida justa.

Nesta senda, o princípio da proporcionalidade apresenta duas facetas de extrema importância para a dogmática constitucional, quais sejam a proibição do excesso e a proibição de proteção insuficiente (proibição da infraproteção). Ambas embasadas de acordo com os subprincípios da proporcionalidade, conforme a doutrina constitucionalista, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Pois o princípio da proporcionalidade tratou de cuidar dos casos em que o Estado acabava excedendo o seu direito de punir, desprezando o princípio da proporcionalidade.

Pela adequação deve verificar-se a equidade entre a medida estatal e o fim que se quer, pois entre todos os meios possíveis, há que ser feita a escolha por um meio necessário que seja ao mesmo tempo eficaz e atinja o menos possível restrição aos direitos fundamentais. E com relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, consubstancia-se na ponderação propriamente dita, ou seja, na manutenção do equilíbrio.

Neste sentir, deriva justamente da proporcionalidade os dois gêneros garantistas, quais sejam, a proibição da proteção em excesso (negativo) e a proibição da proteção deficiente (positivo). O devido processo legal, sem o qual ninguém será processado, é um exemplo clássico no que concerne à limitação estatal e encontra-se tatuado na Lei Maior, no inciso LIV do artigo 5º.

O Estado quanto ao seu dever de proteção bem como de concessão de tutelas, na seara de atuação positiva, está adstrito ao dever de intervir sempre que necessário, repressiva ou preventivamente, a fim de garantir a efetivação dos seus deveres. Por outro lado, nítido que seus agentes correm o risco de cometer excessos e acabar violando direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse sentido cumpre trazer à lume os ensinamentos de J.J. Canotilho (1997, p. 265):

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

De acordo com Bonavides, além de tutelar o cidadão face aos excessos do poder estatal, o princípio da proporcionalidade tem ainda como função resguardar os direitos e liberdades constitucionais, apto ainda a precaver-se da arbitrariedade do Estado, o cidadão e a sociedade de modo geral, nos seguintes termos:

A lesão ao princípio da proporcionalidade é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos (BONAVIDES, 2010, p. 435).

Conclui-se de acordo com o colecionado, que os meios que buscam o fim devem primar pela proteção do indivíduo no que tange à atuação abusiva estatal. Pois assim, vedando o excesso, está em rigor, objetivando uma proteção justa que guarde relação com os princípios do Estado Democrático de Direito e com a nossa Lei Maior, moderando a intervenção estatal para que não consubstancie excessos no *jus puniendi*.

Comumente, o princípio da proporcionalidade é visto apenas sob a ótica da noção de proibição de excesso. No entanto, esta é apenas uma de suas facetas, conforme a lição de Feldens “o desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, ou seja, como deveres de proteção, tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a proibição de infraproteção ou de proteção deficiente a um direito inequivocadamente reconhecido como fundamental” (FELDENS, 2005, p. 108).

Neste ponto, chegamos até o princípio que guarda maior relação com a temática do presente trabalho, que é o princípio da proibição da proteção deficiente ou proibição de infraproteção, que está diametralmente oposto à proibição de excessos.

O princípio da proteção deficiente, conhecido também como princípio da proporcionalidade na vertente pró-Estado, consubstancia-se na proteção da coletividade àquelas situações onde o Estado não cumpre com seu dever de proteção. Imperioso mencionar que desde a instituição da vida em sociedade, a coletividade abriu mão de parte da sua liberdade ao Estado que se comprometeu a proporcionar à coletividade a proteção adequada.

Por sua vez, a violação ao princípio da proibição da proteção deficiente verifica-se no momento da não-atuação do Estado, omitindo-se.

De rigor destacar a lição trazida por Lecir Maria da Silva Leiria, em seu artigo “O artigo 28 da Lei 11.343/06 à luz do princípio da proibição da proteção deficiente”:

De acordo com a proibição da proteção deficiente, as medidas tutelares tomadas pelo legislador no cumprimento de seu dever prestacional no campo dos direitos fundamentais deveriam ser suficientes para oportunizar proteção adequada e eficaz, bem como estarem assentadas em averiguações cuidadosas dos fatos relevantes e avaliações justificáveis. (LEIRIA, “O artigo 28 da Lei nº 11343/06 à luz do princípio da proibição da proteção deficiente”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2381, 7 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14144>>. Acesso em: 29 set.2013).

De acordo com o princípio da proibição da infraproteção, o Estado se compromete não apenas e tão somente a observar os direitos do agente frente às investidas do poder estatal, mas principalmente assegurar os direitos fundamentais contra violação praticada por terceiros. Permite ao operador do direito determinar se certo ato omissivo do Estado viola direito fundamental. Na esteira deste entendimento, pensando na busca e apreensão em escritório de advocacia, cujos indícios apontam o envolvimento do profissional com o crime organizado, de rigor que a inviolabilidade do escritório, preceito fundamental do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sofra certa limitação com a finalidade de combate ao crime organizado.

Neste jaez, o princípio da proibição da proteção deficiente tem o condão de auxiliar na determinação da medida do dever de prestação legislativa, restringindo a atuação do legislador pela proibição da proteção excessiva em relação ao sujeito e sua liberdade, e ainda, pela proibição da proteção deficiente

cujo sujeito deva ser tutelado. Necessário se faz retirar da proibição excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se principalmente na discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima (LEIRIA, 2009, s.p.).

Tanto nos tribunais brasileiros como na doutrina de modo geral, a interpretação do princípio da proporcionalidade como proteção deficiente ainda não possui ampla aplicabilidade, utilizado em poucas situações fáticas jurídicas para solucionar casos de colisão de direitos fundamentais. Embora seja consagrado na corte alemã, notadamente encontra resistência forte nos tribunais nacionais.

À guisa de exemplo, cumpre destacar o voto do nobre Ministro do Pretório Excelso Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 418376-5, cujo princípio da proibição da infraproteção fora debatido no plenário do Supremo:

[...] Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade [...] a proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. [...] conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas. (**RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO**, Recurso Extraordinário n. 418.376-5, DJU 23.03.2007)

Depois de sedimentados os liames do princípio da proibição da proteção deficiente, de rigor afirmar que este não tem por objetivo apenas limitar o legislador, mas principalmente conferir ao intérprete da lei recursos que determinem a atuação efetiva e rigorosa do Estado na tutela pelos direitos fundamentais.

Neste sentido, seguindo o magistério de Ingo Sarlet, a aplicação da proporcionalidade à luz da proibição da proteção deficiente deve seguir o mesmo critério da análise trifásica, ab initio verificando se a medida escolhida é adequada para satisfazer de modo perspicaz o bem tutelado, após, busca analisar se há outra

forma de proteção que seja eficientemente capaz de proteger o bem tutelado, intervindo, contudo, da menor forma possível nos bens de terceiros, e por último, sondar se o impacto dos riscos remanescentes após a aplicação das medidas protetivas é tolerável frente à ponderação com a necessidade de preservação de outros direitos e bens fundamentais (2012, p. 409).

Assenta ainda, Sarlet em sua obra *Constituição e Proporcionalidade* que “exageros, para mais ou para menos, configuram irretorquíveis violações ao princípio” (Revista de Estudos Criminais, 2003, s.p.).

Forçoso concluir, de acordo com o princípio em tela, que o Estado não deve agir de modo exorbitante, muito menos atuando de forma insuficiente na obtenção de seus objetivos.

6 DA ATIVIDADE DA ADVOCACIA

A Revolução Francesa é sem dúvida um marco histórico e político na humanidade, pois a partir do ideal dos revolucionários foi possível derrubar a era do absolutismo, no qual grande parte da população vivia na miséria, enquanto eram explorados pelos nobres que ostentavam seu poder e luxúria. Por vezes, buscar um regime de exceção com o fim de implantar um regime onde imperaria a liberdade, igualdade e fraternidade, custaria a vida de milhares de pessoas e terminaria por gerar nos revolucionários um ideal ditador.

Posteriormente, com a Segunda Guerra Mundial, outro regime de exceção restou estabelecido, e com este, de um lado a necessidade de um defensor corajoso capaz de enfrentar todas as resistências para exercer suas funções, e de outro lado a agonia dos acusados. Ou seja, restou evidenciado que não é possível a verdadeira justiça sem se reconhecer o direito de defesa do acusado.

No entanto, o direito de defesa tem origem na antiguidade, historicamente o Direito se confunde com a história da própria advocacia que é uma das atividades mais antigas da história. À guisa de exemplo, tem-se Jesus Cristo que em muitas passagens da Bíblia Sagrada atua como representante da Justiça Divina, como ao defender a mulher adúltera perante os escribas e fariseus (JOÃO, 8: 2-12).

Contudo, foi na Grécia Antiga que a advocacia tomou a forma mais próxima de como é conhecida no mundo jurídico atual, através do pensamento de filósofos como Platão e Sócrates, acerca da persuasão e da retórica, e ainda do sofisma de Protágoras.

De acordo com Mamede, o advogado consubstancia-se em uma condição necessária para a efetivação dos fundamentos, dos objetivos fundamentais e dos princípios da República, como preconizado na Lei Maior em seus artigos 1º a 4º. O advogado é um instrumento privilegiado do Estado Democrático de Direito, cuja defesa da ordem jurídica é confiada, assim como da soberania nacional, da cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores

sociais maiores e ideais de justiça, asseverando ainda, que seu trabalho e seus conhecimentos são elementos indispensáveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre da pobreza e do desrespeito aos que se encontram à margem da sociedade, da independência nacional, bem como da prevalência dos direitos humanos (2008, p. 08).

Ao profissional da advocacia incumbe a função de lutar pelo Direito. Derivado do latim *advocatus*, o advogado é compreendido como assistente chamado perante a justiça, ajudante, defensor (MAMEDE, 2008, p. 09).

De rigor destacar, que o fato de ser advogado não faz um indivíduo maior, ou melhor, menor ou pior do que outro, como qualquer profissional de outra área. A bem da verdade, o advogado é um “protetor”, como milita Mamede no mesmo sentido:

O advogado é um servidor da sociedade, permitindo a cada pessoa apresentar-se perante o Estado, bem como perante outras personalidades de Direito Privado, postulando suas pretensões jurídicas e exercitando seus direitos, é, portanto, aquele que intercede a favor. É marcado em sua atividade por essa parcialidade: ele é essencial em sua atuação. Seu trabalho é justamente dar expressão técnica à pretensão de seu representado, permitindo que esta se revista de forma jurídica, hábil a ser aceita ou refutada pelo Judiciário. (MAMEDE, 2008, p. 10)

Entre as características principais da advocacia destaca-se a parcialidade, porquanto o advogado ao proceder à defesa adequada dos interesses de seus clientes, objetiva não a verdade dos fatos, mas a decisão mais favorável, devendo dentro de seus interesses, pautar-se, porém, pelos limites da licitude e da razoabilidade e eticidade.

Resta patente, que o profissional da advocacia é instrumento indispensável à administração da justiça, conforme preconiza a Constituição Federal em seu artigo 133, sendo ainda, inviolável por seus atos e manifestações inerentes ao exercício da profissão, respeitando sempre os limites da legalidade.

6.1 Dos Direitos e Prerrogativas, da Ética e das Inviolabilidades do Advogado

No que tange à função social, é também dever do advogado atuar como agente nas transformações sociais, operando na defesa daquilo que denota o melhor para a sociedade (SILVA, 2000, p. 44).

Nesta senda, em razão de ser essencial à administração da justiça, o advogado no exercício profissional é titular de direitos e prerrogativas contidos no artigo 6º, bem como o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, nos incisos de I a XX. Direitos esses que evidenciam tamanha responsabilidade no exercício da profissão, relacionados à causa que defende em nome de seu cliente, bem como a necessidade do respeito à legalidade e à democracia no ambiente social em que convive.

Neste sentido, de rigor trazer à baila a lição de José Carlos Sousa Silva:

O advogado precisa desses direitos para melhor exercer a sua profissão, enfrentando poderosos, que, no exercício do poder, praticam, às vezes, abuso, excesso e desvio, em desrespeito à legitimidade, à legalidade, danificando direito das pessoas sob sua responsabilidade. Não é fácil advogar diante dos que abusam, ou excedem de poder e para isso, o advogado precisa da titularidade dos direitos e prerrogativas previstos no artigo 7º da Lei n. 8.906/1994. (2000, p. 48)

No entanto, os direitos do advogado não devem ser confundidos com as suas prerrogativas, pois ao tratar dos direitos, estar-se-á diante do direito subjetivo, cujo advogado é titular, trata-se da faculdade que a lei lhe assevera para agir, reagir e realizar; ao passo que tratar das prerrogativas, fala-se nos privilégios inerentes àquele que exerce especificamente a função da advocacia (SILVA, 2000, p. 48).

De acordo com o Estatuto da Ordem, em seu artigo 6º, não há hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, tampouco subordinação, porquanto entre os mesmos há um dever recíproco de consideração e respeito, tendo em vista que no âmbito das relações judiciárias não

há hierarquia, mas funções próprias cujos membros possuem competência e poderes apropriados (MAMEDE, 2008, p. 147).

O direito à liberdade profissional também se encontra enraizado no artigo 4º do Código de Ética, estabelecendo ser dever do advogado, zelar por sua liberdade e independência profissional.

No inciso II do artigo 7º do Estatuto da Ordem, é também direito constitucional do advogado a inviolabilidade de seu escritório e das informações lá contidas, com o intuito de proteger o direito de liberdade também com o seu cliente, de modo a proporcionar ao mesmo a melhor forma de ser defendido.

Assegurado ainda, ao advogado direito à prisão especial, conforme previsão do § 3º do artigo 7º do Estatuto, posto que o ordenamento reza que os crimes praticados no exercício da profissão e nos limites dela terão tratamento especializado, assim, a prisão em flagrante do advogado proceder-se-á apenas se se tratar de crime inafiançável.

Atesta o inciso IV do artigo 7º do Estatuto que é direito do advogado comunicar a seccional da OAB em caso de prisão em flagrante, e se necessário a mesma oferecerá auxílio.

Ainda com relação ao direito de prisão especial, o inciso V prega que até o trânsito em julgado, é assegurada ao advogado Sala de Estado-Maior, após condenação passada em julgado, fica submetido à Lei de Execuções Penais.

De outra sorte, de modo não menos importante, o inciso VI diz que ao advogado guarda-se o direito de livre ingresso em repartições públicas, judiciárias ou não, segundo Mamede, é inerente à sua atividade prestar “imediato suporte jurídico” (2008, p. 161).

Considerando o inciso VI que permite o livre acesso do advogado em repartições públicas, o inciso VII do artigo 7º institui a permanência do advogado nos órgãos indicados no inciso anterior, de modo que não pode ser impedido de lá permanecer.

Por sua vez, o inciso VIII dispõe sobre a permissão do advogado a dirigir-se diretamente aos magistrados, nas salas ou gabinetes, independente do

agendamento prévio de horário ou outra condição imposta ao profissional da advocacia.

Outro direito inerente ao advogado, talvez o principal deles, é o direito de manifestar-se, elencado nos incisos IX a XII, sempre no intuito de defender o respeito à norma jurídica. O uso da palavra é tão importante ao advogado, que de acordo com o Estatuto da OAB, constitui-se em uma prerrogativa do advogado.

No âmbito do exercício da advocacia, é assegurado ao profissional o direito ao exame e vista dos autos, conforme disposição trazida pelos incisos XIII a XVI do artigo 7º, cabendo nesse caso, um ponderação quanto à esse direito, pois tratando-se de circunstância que justifique a manutenção dos autos em cartório, secretaria ou repartição não será permitido ao advogado retirá-los.

Imperioso destacar aqui, a vitória alcançada pela advocacia no tocante à Súmula Vinculante nº 14 do STF, que assevera o acesso aos inquéritos policiais, inclusive os sigilosos, ao advogado, corroborando além da autonomia, a independência da Ordem dos Advogados face ao Estado, por vezes indispensável à justiça o trabalho desempenhado pelo profissional.

Nos termos do inciso XVII do artigo 7º, é inerente ao advogado também, ser publicamente desagravado quando ofendido em razão de sua de profissão ou no exercício dela. Destarte, o desagravo não obsta eventual responsabilidade na seara criminal.

Com relação ao inciso VIII, o artigo 7º firma ainda, o direito de utilizar dos símbolos privativos da profissão de advogado.

Por sua vez, no inciso XX do artigo 7º, o Estatuto da OAB dispõe como prerrogativa do advogado a permissão de retirar-se do recinto onde se encontre aguardando o pregão judicial, em razão do atraso da autoridade que deva a ele presidir, depois de decorridos trinta minutos do horário designado, através de comunicação protocolizada em juízo. Ou seja, o exercício de tal direito condiciona-se à comunicação do juízo (SILVA, 2000, p. 48).

Portanto, para o exercício de seus direitos, o advogado deve pautar-se de forma culta e prudente, e principalmente ética, jamais ostentando desnecessariamente suas prerrogativas.

Neste íterim, considerando o prestígio da atividade desenvolvida, merece destaque ainda, a salvaguarda do sigilo profissional no exercício da advocacia, como bem observado nas palavras de Gladston Mamede “respeitar a confiança, ser fiel ao cliente é um dever do advogado”, sendo a confiança um dos pilares que sustenta o trabalho do advogado, “um ouvinte privilegiado das intimidades de seu cliente” (2008, p. 186). De acordo com o Código de Ética e Disciplina, em seu artigo 19 está previsto o dever do advogado no resguardo ao segredo profissional e as informações privilegiadas que lhe foram confidenciais. Afirmando ainda:

Não se deve compreender por demanda apenas a representação judicial; o sigilo abarca toda e qualquer representação, judiciária, civil ou administrativa. Mesmo na prestação de serviços advocatícios no plano das relações privadas, negociais, está abarcada pelo poder/dever de guardar sigilo, a justificar a prerrogativa de recusar-se a depor, no inciso XIX do artigo 7º. (MAMEDE, 2008, p. 187)

Resta evidenciado, desse modo, que o sigilo profissional guarda íntima relação com a ética. Em outras palavras é dever do advogado agir lastreando-se pela ética.

Por vezes, deve o advogado levar a sério o sigilo profissional quando do exercício da advocacia, pois o seu desrespeito pode culminar em infração disciplinar administrativa e até mesmo penal.

Encontra-se preceituada no Estatuto da OAB também a ética do profissional da advocacia, no artigo 31, determinando o dever do advogado em portar-se de modo que o torne merecedor de respeito tal que colabore para o prestígio da classe e da advocacia (SILVA, 2000, p. 55).

A Ordem dos Advogados do Brasil possui um compromisso muito sério e respeitoso com a ética, de modo que ordena que o profissional da advocacia comporte-se de acordo com suas regras, impondo este dever no texto do artigo 33 do Estatuto, a partir do termo “cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina, que regula seus deveres para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do

patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares” (SILVA, 2000, p. 55)

Necessário se faz trazer a lume, o brilhante magistério de Ruy de Azevedo Sodré citado por José Carlos Sousa Silva:

A ética profissional do advogado consiste, portanto, na persistente aspiração de amoldar sua conduta, sua vida, aos princípios básicos dos valores culturais de sua missão, seus fins, em todas as esferas de suas atividades. (SILVA, 2000, p. 55-56)

Desta feita, o profissional da advocacia deve pautar-se pelas exigências da ética, pois, assim, além do prestígio no meio social, na condição de operador do Direito e por meio do importante papel que representa perante não só a advocacia e a Ordem, mas a sociedade de modo geral, é que se torna possível a efetivação da justiça.

Destarte, com o advento da Lei nº 11.767/2008 a Ordem dos Advogados do Brasil adquiriu mais um instrumento de extrema importância para a atividade da advocacia, qual seja: a inviolabilidade do escritório profissional, referindo-se não apenas e tão somente ao local físico, como também suas correspondências e instrumentos de trabalho.

Trata-se de fundamento constitucional, preconizado pela Lei Maior em seu artigo 133, em razão de ser o advogado essencial à administração da justiça. Verifica-se tal inviolabilidade refletida no Estatuto da Ordem, que em seu artigo 7º, inciso II dispõe a inviolabilidade do escritório de advocacia, bem como dos instrumentos inerentes ao seu trabalho, das correspondências desde que relativas ao exercício da advocacia profissional.

Convém destacar que o Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito que é, tem por base a soberania e a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, assim, busca o legislador o respeito aos modelos político e jurídico, consolidados nos fundamentos da República.

No entanto, uma excelente estrutura que funciona bem, sendo garantida por órgãos como o Judiciário e Ministério Público, não era o suficiente,

daí a necessidade de se constitucionalizar a advocacia. Não é outro senão o ensinamento de Gladston Mamede:

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

Assim, conclui-se que a prerrogativa da inviolabilidade do escritório de advocacia é justificada pela essencial função do advogado à Justiça e ao Direito.

6.2 Da Inviolabilidade do Escritório de Advocacia e suas exceções

Acerca da inviolabilidade do escritório de advocacia, assenta Mamede:

O conceito é, portanto, negativo: guarda em seu ventre a ideia de excepcionalidade: muitos são os caminhos e os destinos que se pode atingir; há, porém lugares aos quais os caminhos não levam, sítios inacessíveis, impenetráveis. (MAMEDE, 2008, p. 38)

O conceito da inviolabilidade traduz-se naquilo que não pode ser feito, que é impraticável, evidenciando assim, sua excepcionalidade, ou seja, juridicamente dispõe sobre lugar inacessível, trata-se de instituto que estabelece tratamento específico delineando o critério da excepcionalidade, para o qual correspondem situações predispostas na Lei Maior.

Remete à outorga de valor jurídico considerado essencial pelo legislador, avaliando a preservação em si mesma, através da mera definição de ilegalidade, em detrimento da importância do bem cuja proteção deve ser resguardada, pois há uma relação íntima com a necessidade de se preservar o mínimo indispensável e, portanto, inviolável para que se estabeleça o Estado Democrático de Direito.

Por vezes, a convivência em sociedade exige que se estabeleça um determinado comportamento humano. Assim, as normas foram criadas para estabelecer balizas ao poder de atuação dos indivíduos, regras gerais cujos preceitos definem o que é lícito e o que é ilícito, por exemplo, “as regras que orientam (positiva e negativamente) o comportamento humano, inserem-se determinadas situações específicas, prevendo situações excepcionais” (MAMEDE, 2008, p. 38).

Substancialmente, a inviolabilidade é compreendida como um “recorte que se sobrepõe aos espaços comuns e habituais”, pois concebe casos específicos cujo comportamento que seria repreensível (ilícito) é compreendido como lícito (justificável), diante de implicações que sobrepujam as condições gerais (MAMEDE, 2008, p. 39).

Inexorável à previsão de uma qualidade de inviolabilidade proceder a uma avaliação, sob a ótica de um espectro de valores, embasado pela preponderância de determinados objetivos político-sociais em detrimento de outros.

De fato, não é tarefa fácil estabelecer uma situação carecedora de tamanha proteção jurídica como a inviolabilidade, é preciso que o legislador, antes de qualquer coisa, reconheça que toda excepcionalidade acaba por enfraquecer o Direito, principalmente quando injustificada. No entanto, quando justificada, deve ser compreendida como um eficaz instrumento do sistema, apto a garantir a efetividade do mesmo.

A inviolabilidade deve ser vista como uma prerrogativa de extrema importância ao bom exercício da advocacia, e não como um privilégio do advogado, em razão da disposição trazida pelo artigo 2º do Estatuto da Ordem definindo a advocacia como serviço público e função social.

O que se pretende demonstrar por meio desta pesquisa, é que as prerrogativas devem prestar-se ao múnus profissional, jamais atender a interesses desproporcionais, tampouco a imunidade penal, afastando-se da ordem constitucional.

Muito pelo contrário, a inviolabilidade foi constituída não para agredir terceiros, nem gerar danos à ordem pública, também não é instrumento para o

advogado utilizar-se da má-fé, mas para a boa-fé, para resguardar o direito do profissional no exercício de sua atividade laborativa.

A propósito, neste sentido bem elucida o respeitável Gladston Mamede:

A previsão da inviolabilidade, portanto, não é uma autorização para que o advogado faça o que bem quiser que litigue contra a lei e a verdade. (MAMEDE, 2008, p. 53)

À baila deste entendimento, a inviolabilidade do escritório de advocacia deve atender às exigências da boa-fé, bem como da pertinência (técnica e temática) e por fim, de modo não menos importante, a proporcionalidade. Em outras palavras, a prerrogativa da inviolabilidade deve sofrer limitações.

Conforme já esposado, as inviolabilidades que resguardam a atividade da advocacia encontram supedâneo na Lei Maior e admitem exceções.

Pois bem, a atividade profissional desenvolvida pelo advogado atua diretamente na seara da efetivação dos direitos e garantias dos indivíduos, assegurada a todos pela via constitucional. Assim, ao profissional são confiadas informações íntimas por meio do que seria possível chamar de um pacto de confiança.

Neste diapasão, seria extremamente danosa ao trabalho do advogado a insegurança da sociedade sobre seu trabalho, aquilo que lhe é dito ou documento que lhe é entregue.

Consoante já salientado acima, em 2008, a Ordem dos Advogados alcançou mais uma de suas prerrogativas, com o advento da Lei nº 11.767, constante do inciso II do artigo 7º do Estatuto da OAB, o respeito à inviolabilidade do escritório de advocacia, ou do local de trabalho, bem como de seus instrumentos, arquivos, dados, correspondências, comunicações, desde que inerentes ao exercício da advocacia.

É fato que, nem todos os membros da classe fazem jus à honradez e prestígio do múnus da advocacia, para a tristeza da Ordem e dos demais colegas,

pois nos últimos anos, vem ocorrendo lamentáveis episódios envolvendo advogados com a prática de delitos.

Crimes esses, praticados sob a capa da inviolabilidade das prerrogativas profissionais, ocultando provas, causando empecilhos ao poder de polícia e driblando o poder público.

Daí a necessidade de um dispositivo que, simultaneamente continuasse tutelando pelos profissionais de bem, mantendo a inviolabilidade, e autorizando exceções à regra, capaz de dar ensejo à merecida punição ao profissional envolvido com a criminalidade.

Frente a essa situação, surgiu a Lei nº 11.767 de 2008 que alterou os termos do artigo 7º do Estatuto da Advocacia, disciplinando a inviolabilidade do escritório profissional, com o intuito de pôr fim ao abuso cometido pelos profissionais em razão de suas prerrogativas.

Convém destacar de acordo com o princípio da igualdade, que ninguém está acima da lei, perante ela, todos são iguais; o juiz, o promotor, bem como os membros do poder executivo, tampouco o advogado, nenhum deles está em posição de superioridade à lei. De modo que, nenhuma regra é absoluta, conforme dito alhures, não o seria também as prerrogativas da inviolabilidade.

Assim, a Lei 11.767/08 trouxe consigo as hipóteses em que, excepcionalmente é permitida a violação ao escritório do advogado.

A forma de violação prevista pelo Estatuto da OAB procede-se por meio do instrumento judicial de busca e apreensão, diante de indícios suficientes de autoria e materialidade da prática de crime pelo advogado, que devidamente fundamentada será expedida por juiz competente e realizada na companhia de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, atendendo ao princípio do devido processo legal, bem como vetando ainda o acesso a documentos e objetos de clientes do profissional averiguado e de demais instrumentos ligados ao múnus profissional, como expresso no texto do artigo 7º, § 6º do Estatuto.

Excetuada ainda, a hipótese de o cliente estar sendo investigado juntamente com o advogado, por disposição trazida pelo § 7º do artigo 7º do mesmo *Codex*.

Observa-se que o requerimento ao juiz, deve ser pormenorizado e embasado pela presença de indícios de autoria e materialidade do crime, para que o magistrado determine a busca e apreensão.

Assim, cabe à Polícia Judiciária ou ao Ministério Público o requerimento que enseje a quebra da inviolabilidade, pois, no mais das vezes, a busca e apreensão realizada pela Polícia, sem a autorização do juízo estará eivada pela nulidade, porquanto, toda e qualquer prova obtida sem autorização será considerada ilícita.

Neste sentir, cumpre novamente, trazer à baila o douto magistério do ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no Habeas Corpus nº 91610 BA (Operação Navalha):

As autoridades policiais deveriam ter informado à relatora do processo no STJ sobre o equívoco, para que pudesse ser delimitado o objeto do mandado judicial de busca e apreensão. Pois um escritório de advocacia pode ser alvo de busca e apreensão, mas para que as provas sejam consideradas válidas é necessário que a polícia observe os limites impostos pela autoridade judicial. De tal modo que, um Mandado Judicial de busca e apreensão em escritório de advocacia não pode ser expedido de forma genérica, em aberto, sem objeto definido, mas sim de modo delimitado, restrito ou fechado. **(RELATOR MINISTRO GILMAR MENDES, Habeas Corpus n. 91610 BA, Julgamento em 16/08/2007).**

Neste ponto, além de lesar a inviolabilidade, estar-se-á violando direito fundamental previsto na Constituição da República, pois a mesma veda expressamente a admissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, no inciso LVI do artigo 5º.

Ademais, verifica-se com a alteração dos dispositivos em comento que a inviolabilidade do escritório de advocacia, é uma prerrogativa assegurada ao múnus profissional, que, no entanto, deve ser quebrada quando de seu abuso, o advogado opta, não por contribuir com a justiça, mas em corrompê-la e obstruí-la, utilizando dessas prerrogativas para a prática delituosa.

Convém ressaltar, porém de modo não menos importante, que o dispositivo, após o advento da Lei 11.767 não tornou o escritório vulnerável a qualquer tipo de busca e apreensão, o que terminaria por descaracterizar o Estado Democrático de Direito, a inviolabilidade se dispõe atualmente a estabelecer limites

aos excessos cometidos pelos profissionais que utilizam suas prerrogativas de má-fé, não deixando de lado, de modo algum, o sigilo profissional, para que não se quebre o pacto de confiança para com seu cliente. Permanece em sigilo todos os outros documentos, dados, informações e instrumentos do advogado inerentes aos seus clientes, o mandado de busca e apreensão é limitado apenas às situações que indicam a materialidade e autoria na prática de crimes.

6.2.1 Das situações que dão ensejo à quebra da inviolabilidade do domicílio profissional do advogado

De acordo com a Lei nº 11.767 de 2008, as situações que autorizam a quebra da inviolabilidade do escritório profissional do advogado, para que seja realizada a busca e apreensão são: i) na hipótese em que o advogado é o investigado; ou ii) na situação em que o cliente é investigado e no escritório se adentra com o fim de apreender documento que constitua elemento do corpo de delito.

Assim, na primeira situação é o próprio advogado por meio de sua conduta ilícita quem dá ensejo à busca, podendo ser acusado tanto da autoria como da participação no crime investigado.

Ao passo que na segunda hipótese, embora o advogado não esteja envolvido com a prática do crime, objetiva-se com a busca, localizar e apreender prova que é integrante da conduta cometida que se encontra sob a guarda do profissional.

Desta feita, em que pese à diferença entre as prerrogativas e as inviolabilidades, esboçada durante a exposição acima, de rigor delinear os pontos que as acentuam, neste ponto com clareza diligencia Luiz Flávio Gomes:

Quando o advogado concorre para a prática de atos ilícitos ou quando exerce sua profissão criminosamente, não há dúvida que pode ser objeto de investigação. Ele não conta com imunidade absoluta. Atos contrários ao exercício da profissão não são atos acobertados pela inviolabilidade da profissão. De qualquer modo, quando se investiga o advogado, jamais qualquer cliente pode ser prejudicado ou afetado (§ 6º citado), salvo se ele

é partícipe ou coautor do delito do advogado - § 7º (GOMES, 2009, **Limites da Inviolabilidade do Advogado – Lei 11.767/2008**).

Assim, cristalinamente, nota-se que as prerrogativas são conferidas, pura e tão somente por lei para ser utilizadas como instrumento de defesa em favor do múnus profissional, em respeito ao mandamento da Carta Magna, definindo o advogado como indispensável à administração da justiça. Não se confundindo com as inviolabilidades (imunidade penal), que não é aplicável ao advogado, para que não se fira o princípio da igualdade, pois não é dada imunidade penal àqueles que exercem criminosamente sua profissão.

7 CRIME ORGANIZADO

De acordo com estudos realizados pelo Instituto de Criminologia de Cape Town, na África do Sul, estima-se que desde a Guerra Fria, o crime organizado passou a ser uma ameaça global, sem precedentes na história, individualmente. (DANTAS, 2002, s.p.)

Trata-se de um fenômeno social bastante complexo e difícil de ser combatido, podendo ser compreendido como um grupo, organizado estruturalmente com a finalidade de simples obtenção de recursos financeiros e poder por meio de atividades ilegais, utilizando-se de meios tecnológicos e da globalização, frequentemente recorrendo à intimidação de terceiros e ao medo.

7.1 A Origem do Crime Organizado e sua Definição

De início, é possível pensar na origem do crime organizado a partir da desorganização dos poderes estatais, que abrem as portas ao desenvolvimento das atividades ilícitas organizadas ao redor do planeta.

Contudo, ainda que complexa a conceituação sobre o crime organizado, inadmissível pautar-se a este pensamento do homem mediano. Assim, atentando-se a sua origem, de rigor considerar a complexidade, haja vista que o tratamento dado pelo ordenamento jurídico de cada país é diferente quando o assunto é o crime organizado.

Interessante, desta forma, analisar as organizações criminosas ao longo da história, pois possuem traços comuns entre si, surgindo no século XVI como forma de proteção ao abuso de poder por parte de quem detinha muito poder, como fator histórico de comprovação temos o terrorismo (vertente do crime organizado) dos anarquistas franceses contra Napoleão III em 1.855.

Posteriormente, de igual destaque no universo das organizações criminosas, com nomenclaturas diferenciadas, por sua vez, surgem as Tríades

chinesas, as Máfias italianas e, ainda, as Yakuza no Japão, que remontam ao crime organizado pelo mundo. Note-se que o fortalecimento das atividades ilícitas praticadas por essas organizações, contava com o apoio de autoridades corruptas. (SILVA, 2009, p. 03)

No Brasil o surgimento de organizações criminosas remonta ao surgimento do movimento conhecido como *cangaço* que atuou no sertão nordestino entre os séculos XIX e XX, se empenhava em contestar o coronelismo e os grandes fazendeiros e para isso cometendo os mais variados crimes sobre a égide de uma organização hierárquica. E ainda, o marco inicial das associações organizadas a partir da instituição da lei das contravenções penais, que tipificou o chamado “jogo do bicho”, um jogo de azar que em meados do século XX, foi criado com o fim de angariar fundos para salvar os animais do Jardim Zoológico do Rio Janeiro, pelo Barão de Drumond, cuja ideia era, em síntese, sortear prêmios por meio do recolhimento de apostas. (BARROS, 2004, p. 27)

Muito bem empreendida, a ideia despertou o interesse de organizações que amparadas pelo manto da ilegalidade e corrompendo as autoridades, movimentavam um mercado altamente rentável com as apostas. Em seguida, com o surgimento da loteria esportiva, autorizando as apostas juridicamente, o “jogo do bicho” perdeu sua força nos dias atuais. E, obviamente, não se pode olvidar do movimento dos Comandos, organizações extremamente violentas, que se levantaram quando o Estado perdeu o controle interno dos presídios superlotados, que atualmente aterrorizam o país e põe em xeque a segurança nacional. (BARROS, 2004, p. 27)

Estima-se que o que permitiu a instituição do crime organizado foi o abuso de poder por parte de quem o detinha, ou seja, das autoridades públicas, bem como a corrupção dessas autoridades políticas na época.

Atualmente, o crime organizado é puramente capitalista agindo de maneira supra estatal submetendo a sociedade desprotegida às suas imposições ficando a mercê das vontades de criminosos estruturalmente organizados com armamentos pesados, que por meio de suborno e aproveitam-se das falhas do poder público para atuar, buscando tão somente o enriquecimento puramente ilícito.

Nesse sentido, bem elucidada Maria Leonor Assunção em seu artigo “Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada”:

Os membros das organizações criminosas actuam numa pragmática específica, têm atrás de si um aparelho mais ou menos sofisticado, capaz de protegê-los, desde logo, face às entidades com competência em matéria de investigação dos crimes por eles cometidos e, assim, lhes garantir a impunidade, e de criar uma imagem de facilitação da actividade criminosa e de eficácia, geradora de sentimentos de fidelidade ao direito e aos valores que ele tutela, cuja aquisição e reforço funcionam como elemento dissuasores da prática de crimes, como ensina a moderna teoria dos fins das penas. (ASSUNÇÃO, 2003, p. 96)

Há uma preocupação internacional com o crime organizado, tendo em vista a gigantesca proporção alcançada pelos ilícitos internacionais ligados ao tráfico de drogas, de armas, corrupção de agentes públicos estrangeiros trabalhadores das fronteiras e da lavagem de dinheiro, fato esse que leva os países a se organizarem de modo a cooperar uns com os outros no intuito de combater o crime organizado.

Conforme bem acentuado pelo magistério dos promotores de justiça Silvio Antonio Marques e Adriana Ribeiro Soares de Moraes:

O Ministério Público, a polícia, o Poder Judiciário e outros órgãos estatais, por isso, devem se preparar e se articular para combater as organizações criminosas, os agentes públicos corruptos e os lavadores de dinheiro que atuam em diversos países. Nos âmbitos civil e administrativo, são imprescindíveis medidas que propiciem a perda de bens de origem criminosa e a recuperação de ativos subtraídos dos cofres públicos. (MARQUES e MORAIS, 2009, p. 09)

A exata definição de crime organizado é controversa e complexa, por vezes, não se concretiza nem mesmo no direito comparado; dadas as divergências de nação para nação, assim recorrendo ao ordenamento jurídico brasileiro verifica-se a Lei nº 9.034/95, onde se encontra certa omissão quanto à definição do crime organizado, os tipificando analogamente aos crimes de associação criminosa e quadrilha ou bando do Código Penal. Ainda com a revogação expressa do artigo 1º desse dispositivo legal pela Lei nº 10.271/01, o problema quanto à definição legal do crime organizado ainda não se convalidou, pois a nova lei apenas distinguiu

associação criminosa e dos crimes de quadrilha e bando e enunciou o crime organizado deixando de tipificá-lo. Atente-se então que o conceito de crime organizado para o ordenamento jurídico brasileiro está todo e completamente aberto, sendo uma anomia, e mais precisamente nas precisas palavras de Luiz Flávio Gomes (2010, s.p.):

Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade).

Nesse contexto, visando elucidar questões como a definição das associações criminosas, bem como os meios de obtenção das provas, e o procedimento criminal das infrações correlatas, no dia 02 de agosto deste ano de 2013, foi editada a Lei 12.850/2013.

Inexorável destacar que a referida lei veio em um excelente momento, porquanto traz mudanças significativas no panorama dos meios de prova, e revoga totalmente a Lei 9.034/95, colocando à disposição do aparato estatal métodos eficazes de combate à criminalidade que ganha cada dia mais força.

Em seu artigo 1º, no § 1º a Lei nº 12.850/2013 dispõe o conceito de criminalidade organizada:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

No entanto, lamentavelmente, o legislador restringiu o conceito associação criminosa apenas àqueles que se associarem com o fim de praticar infrações cujas penas sejam superiores a quatro anos de prisão; excluindo assim, os que se organizam para a prática de contravenções como o “jogo do bicho”, por exemplo. E ainda, abre certo precedente para a corrupção, segundo Francisco Sanni Neto, considerando-se que também está de fora do enquadramento pela nova lei uma “quadrilha que se organize estruturalmente com escopo de fraudar

licitações, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”. (NETO, 2013, s.p.)

Além disso, em seu bojo, mais precisamente no artigo 15, a nova lei trata sobre o acesso do delegado de polícia, por seu poder requisitório, *independentemente de autorização judicial*, a dados cadastrais do investigado, como qualificação pessoal, filiação, bem como endereços mantidos pela Justiça Eleitoral, provedores de internet, instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, não necessitando mais de autorização judicial para fazê-lo.

Outra mudança substancial de acordo com a nova lei é a possibilidade de infiltração de policiais na fase da investigação das organizações criminosas, nos termos do artigo 3º, inciso VII e artigo 10. Que será admitida mediante demonstração de indícios de associação para a criminalidade organizada, necessitando também apontar o alcance das tarefas dos agentes, qualificação das pessoas investigadas (se possível) e a impossibilidade de se produzir a prova através de outros meios. Em suma, concretizar-se-á a infiltração em *ultima ratio*, quando não dispuser de outros meios aptos para a produção de provas contra o crime organizado.

Por vezes, entende-se completamente razoável tal medida, considerando os riscos deste procedimento, embasado pelo princípio da proporcionalidade, como bem assenta Francisco Sannini Neto (2013, s.p.):

Considerando a Lei 9.296/96, que trata das interceptações telefônicas, esta também estabelece que este procedimento só poderá ser realizado quando não for possível a obtenção de provas por outros meios, qual dos procedimentos investigativos deve ser adotado em primeiro lugar? A infiltração de agentes ou a interceptação telefônica? Em princípio, entendemos que a infiltração de agentes deve ser subsidiária à interceptação telefônica, especialmente em virtude do risco que este procedimento acarreta aos agentes policiais. Num confronto entre o direito de privacidade do investigado e o direito a vida ou integridade física do policial, deve prevalecer este último, inclusive com base nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Feitas estas considerações, salta aos olhos, sem nenhuma sombra de dúvida, que a Lei 12.850/2013 institui mudanças positivas e prósperas que certamente serão eficazes no combate ao crime organizado no cenário nacional.

7.2 Do Crime de “Lavagem de Dinheiro”

Também chamada de branqueamento de capitais no direito comparado, compreende-se como “lavagem de dinheiro” o ato de transformar os lucros obtidos pelas atividades ilícitas como se fossem fundos resultados de operações comerciais legais e corriqueiras do dia a dia.

Trata-se de questão suma importância para o crime organizado que necessita legalizar “lavar” o dinheiro obtido de forma ilícita “suja”. Acredita-se que a expressão *money laundering* - “lavagem de dinheiro” seja fruto do mafioso *Al Capone*, segundo consta, ele, como o chefe do crime organizado em 1.928 comprou uma rede de lavanderias em Chicago, a qual seria apenas a fachada legal para que pudessem ser feitos depósitos de notas baixas – usuais em lavanderias, mas que na verdade era o dinheiro obtido com a exploração da prostituição, jogos, extorsão e a venda de bebidas alcoólicas na época interdita pela Lei Seca Americana.(BARROS, 2004, p. 37)

Valendo-se da teoria dos frutos da árvore envenenada, destarte os lucros obtidos através das atividades ilícitas são os frutos de uma árvore que nunca serão bons, sempre estarão envenenados, exatamente neste ponto com o objetivo de tornar os frutos envenenados em frutos bons surge a “lavagem de dinheiro” que não é literalmente isto e sim a atividade que legitima os lucros ilícitos. Dada atividade não é dos dias atuais, portanto, se camufla em múltiplas facetas dificultando o Estado a desmascará-las.

Dentre os métodos de lavagem de dinheiro temos: a conversão (ou placement), a dissimulação (ou *empilage*) e a integração dos lucros (*integration*). (BARROS, 2004, p. 43)

A primeira conhecida internacionalmente como *placement*, de acordo com Marco Antonio de Barros, consubstancia-se na “aplicação dos ativos ilícitos em espécie (dinheiro sujo) no sistema financeiro e econômico, mediante a troca (conversão) de moeda em casas de câmbio, depósitos bancários e etc., corresponde essa ocultação ao objetivo de encobrir a natureza ilícita desses recursos”. (BARROS, 2004, p. 44)

A segunda, por sua vez, consiste na lavagem de dinheiro propriamente dita cujo acúmulo de investimentos busca “maquiar a trilha contábil dos lucros provenientes do crime antecedente”, por meio de sofisticados meios eletrônicos para diluir a origem ilícita do dinheiro. (BARROS, 2004, p. 44)

Por fim, conclui-se a “lavagem de dinheiro” na terceira fase, onde a integração caracteriza-se pela reinserção dos lucros e bens ilicitamente obtidos “na economia legal, sem levantar suspeitas ou outorgar-lhes uma aparência de legitimidade em relação a sua origem”, nessa fase o dinheiro já se encontra limpo. (BARROS, 2004, p. 44)

Assim, concretiza-se através de cheques administrativos e cheques pessoais; por ordens falsas de pagamentos; operações bancárias em espécie, procedimentos usuais em movimentações de conta corrente; operações bancárias internacionais, contrabando de moeda, faturas falsas de importação e exportação, transação imobiliária com falsa declaração, inusitada alteração patrimonial de empregado ou de representante de pessoa jurídica, mutação de recursos, mescla de recursos legítimos e ilícitos e, ainda, outras capazes de demonstrar a astúcia e habilidade, impregnados pelo dolo de se usufruir legalmente de um patrimônio ilícito. Nesta busca desenfreada em esconder o enriquecimento não lícito do estado, os criminosos tem como grande apoio os “Paraísos Fiscais”.

7.2.1. “Paraísos fiscais”

Destarte, “paraísos fiscais” é como são chamados os países com baixa tributação, ou seja, que interferem o menos possível nas transações comerciais que se operam no seu território, quando o assunto é o recolhimento de tributos.

Nesse sentido, preleciona com perceptibilidade Marco Antonio de Barros:

Paraíso Fiscal é a denominação que tem sido atribuída a país que não interfere ou, quando muito, interfere minimamente, no plano tributário, nas

atividades e transações comerciais e financeiras de caráter internacional, permitindo que elas se realizem em seu território, sem que, de tais operações, se origine a costumeira obrigação de recolhimento de tributo. São os Países de baixa tributação. (BARROS, 2004, p. 82)

O ápice dos “paraísos fiscais” é o investimento em outros países e a transferência de recursos para os mesmos, contudo, sem que se constitua um ilícito penal. Considerando-se o princípio da legalidade apregoado no rol da Carta Magna de 1988, “*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta ou certa*” (a lei que define crime tem que ser uma lei precisa), as operações financeiras transnacionais encontram amparo legal, salvaguardando o princípio da liberdade empresarial de conduzir os negócios, de forma que, as tributações recolhidas sejam as mais baixas possíveis, dado que não se impõe a ninguém a obrigatoriedade de adotar medidas mais onerosas do que as prestações tributárias. (BARROS, 2004, p. 82)

No entanto, verifica-se a existência de um desvio de finalidade quanto ao princípio da liberdade empresarial, o que não deve de forma alguma ser aceito quando o mesmo se encontra desvinculado de sua finalidade com o objetivo claro de converter ativos ilícitos.

No quadro dos países considerados “paraísos fiscais” constam: Caribe e América Central; Europa, Extremos Oriente e Pacífico dentre outros territórios. Esses países são considerados não cooperantes no combate ao crime organizado e à lavagem de capitais, pois não implementaram medidas efetivas de combate à lavagem de capitais. (BARROS, 2004, p. 83)

Países não cooperantes não destinam recursos para criar medidas que sejam capazes de combater o crime organizado, porque tais medidas dificultam suas transações.

Destarte, o Brasil não integra este grupo dos paraísos fiscais, muito embora possua várias fronteiras inclusive com paraísos fiscais; pois não abre mão do combate às organizações criminosas, em razão das leis que regem os seus mercados financeiros serem rígidas e eficientes com o poder de intervir e dificultar toda e qualquer modalidade criminosa que age obscuramente ao Estado Democrático de Direito, por meio da Lei de “Lavagem de Capitais”.

7.2.2. A prevenção como medida frente à “lavagem de capitais”

Desde o início da vida, o ser humano é instruído a trabalhar mais com a prevenção do que com o efetivo combate de frente, portanto, falar-se em prevenção diante dos problemas cotidianos seja por uma pessoa, por uma sociedade ou até mesmo por uma nação, trabalhar prevenindo e não remediando é sempre a postura mais justa a se cumprir.

Porém, considerando-se os alarmantes campos alcançados pelo crime organizado no que tange à lavagem de dinheiro, atualmente é preciso que além das medidas preventivas, sejam adotadas, principalmente medidas de repressão ao crime.

Nesta acepção, bem esclarece Pacífico Rodríguez Villar e Mateo Germán Bermejo (2001, p. 80):

Las actividades de prevención y de represión comparten elementos importantes. En primer lugar, ambas parten de una descripción común de las acciones básicas que constituyen la conducta no deseada. En segundo lugar, las actividades represivas tienen un efecto preventivo a futuro. La mayoría de las personas y empresas tratan de evitar las conductas penadas para no tener problemas legales e, cuando menos, calculan la probabilidad de una sanción como un riesgo propio de su actividad. En lo que se refiere a la sanción no cabe duda de que cumple una función represiva al aplicársele a quien violó la norma pero, a su vez, su amenaza genera un importante efecto preventivo; la mayoría de las personas se abstienen de realizar conducta penada (lo que no implica desconocer que la amenaza de sanción a veces no es el mejor camino para prevenir la realización de una conducta).²

² Tradução livre: “As atividades de prevenção e repressão possuem importantes elementos. Em primeiro lugar, baseiam-se tanto a uma descrição comum das ações básicas que constituem o comportamento indesejado. Em segundo lugar, atividades de aplicação têm um efeito preventivo no futuro. A maioria das pessoas e empresas evita as condutas puníveis para não ter problemas jurídicos e, pelo menos, calcular a probabilidade de uma sanção como a sua própria atividade de risco. No que diz respeito à sanção, sem dúvida, que desempenha uma função repressiva, a seu pedido, que violou a norma, mas, por sua vez, a ameaça gera um efeito preventivo significativo, a maioria das pessoas se abstém de comportamento punível (o que não é para negar que a ameaça de punição, por vezes, não é a melhor maneira de prevenir a realização de um comportamento).

Daí, a necessidade de se criar mecanismos para a prevenção e detecção da lavagem de dinheiro com o intuito de atingir, por vezes a base do crime organizado, tais mecanismos devem ser eficazes para dismantelar esse estrutura organizada que se desvanece dos olhos do Estado, voltados à três aspectos relevantes: identificação dos clientes, conservação de registros das operações e de documentos de identificação e informações sobre indícios de transações suspeitas às autoridades competentes para que se efetue a investigação.

Há longo tempo, a estratégia de tropas militares para dizimarem efetivamente seus inimigos era interferir nos suprimentos essenciais à subsistência deles e com isso causar sua falência. Neste diapasão, tendo em vista que o crime organizado é o inimigo do Estado, cabe então aplicar esta estratégia de combate militar para açoitá-lo atingindo o seu âmago, aquilo que é essencial para a sua subsistência, ou seja, a “lavagem de dinheiro” (SOUZA, 2012, s.p.).

É preciso que o Estado muna-se com todas as armas permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro apoiado no Direito Comparado para vedar o enriquecimento ilícito e cessar o medo causado pelo crime organizado. E é diante desse quadro que surge no ano de 1998 a Lei 9.613, com o intuito de combater o crime de lavagem de capitais.

7.2.3. A Lei nº 9.613/98, a primeira medida de combate ao crime organizado

Hodiernamente, dados os acontecimentos a expressão “O crime não compensa” vem se esvaecendo, pois a lavagem de capitais apresenta condições propícias ao acúmulo legal de capitais ilegais, o que desperta o interesse de seres humanos ambiciosos.

Nesse contexto surge a Lei 9.613/98 visando o combate a lavagem de dinheiro como forma de coibir, principalmente o crime organizado. Essa lei tipifica algumas figuras penais especiais, de fora do Código Penal, esta lei não se limitou a apenas definir o crime de lavagem de capitais, ela tratou também de medidas assecuratórias instituindo a U.I.F. – Unidade de Inteligência Financeira, e o

C.O.A.F. – Conselho de Controle das atividades financeiras, que é o órgão responsável pelo sistema de monitoramento das atividades suspeitas. Ela instituiu ainda, a criação de Varas Especiais para processarem e julgarem os crimes de lavagem de dinheiro, bem como criou mecanismos de cooperação internacional fazendo com que o Brasil fosse extremamente cooperativo com o sistema internacional de combate à lavagem de dinheiro.

O legislador optou por castigar com pena de 3 a 10 anos o ato de ocultar valores do poder do Estado por meio de uma enumeração exaustiva que discernisse sobre crimes graves, inclusive os praticados pelo crime organizado.

Ab initio, a Lei 9.613/98 é um texto legal autônomo que favorece um prenúncio punitivo próprio, visando alcançar em toda sua extensão o objeto material da lei. Porém, em uma análise mais detida de rigor estabelecer que a criação de Lei Penal fora do Código Penal contribui para um modelo político-criminal fragmentado e frágil que causa uma hermenêutica deficiente do texto de lei, produzindo efeitos duvidosos nos aplicadores do direito.

Com efeito, a criação da lei 9.613/98 foi um grande salto para o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, havia necessidades que o legislador não foi capaz de suprir num primeiro momento, como por exemplo: o legislador não abordava claramente no tocante a persecução do crime de lavagem de dinheiro, na sua investigação o que tornava a lei ineficaz, assim, o bem tutelado que era a proteção da sociedade no sentido político e econômico não foi protegido pelo escudo da Justiça.

Delineada, portanto, a necessidade de uma lei que fosse capaz de suprir as lacunas deixadas pela Lei 9.613/98, sendo editada em 2012, a Lei 12.683 de 03 de março de 1998.

7.3 A Nova Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.683/2012)

Com a necessidade de se ampliar as medidas efetivas de combate à lavagem de dinheiro, o legislador edita a Lei 12.683/12 dispondo inúmeras

alterações ao texto da Lei 9.613/98 trazendo, mas eficácia a esta e inovando tanto no campo penal quanto no processual penal.

À luz da reforma legislativa vê-se uma nova perspectiva para o combate ao crime organizado, porém, esta reforma excedeu os limites principais que regem o direito penal, princípios estes como o da proporcionalidade e o da intervenção mínima, que se clarificam ao observarmos que o novo texto legislativo ampliou a toda e qualquer delito ou contravenção penal, a premissa de ser antecedente do crime de lavagem de capitais confundindo a mente do aplicador do direito que deve ponderar ao aplicar a pena mínima ou máxima apregoada em lei.

Cabe, assim, ao juízo de ponderabilidade instituir penas mais graves aos delitos que agridam bens jurídicos relevantes tutelados pelo direito penal, caso estas sejam indispensáveis a manutenção do Estado Democrático de Direito. Ainda, para se atingir o fim de proteção deve o Estado se utilizar dos meios menos gravosos aos direitos individuais.

À vista disso, a nova lei de combate à lavagem de dinheiro que visa agredir o crime organizado, institui no ordenamento jurídico brasileiro uma espécie de Lei e Ordem que executa o princípio da legalidade de maneira severa e plena.

O novo texto legislativo versa sobre a obrigatoriedade de pessoas físicas - Advogados, Cartorários, Contadores, Corretores de imóveis entre outros, comunicarem as autoridades competentes informações sobre as operações realizadas pelos seus clientes e em não o fazendo, poderá recair sobre ele a possibilidade de incorrer crime de lavagem de capitais. Nesse contexto, especialmente no caso dos advogados, de rigor destacar os ensinamentos, por vezes, perspicaz de Jéssica Ferracioli:

No cotidiano profissional da advocacia, dois aspectos merecem destaque: a) no caso da não comunicação das atividades suspeitas de seus clientes às autoridades, o advogado pode responder como partícipe do crime de lavagem praticada por terceiro, caracterizada pela omissão, além de caracterizar responsabilidade administrativa; e b) dependendo da procedência dos honorários advocatícios, é possível que o advogado incorra em lavagem de dinheiro devido ao recebimento de recursos provenientes de crime. Aqui é preciso ressaltar que o advogado, afastado de dolo, que agir conforme os preceitos concernentes à sua atividade profissional, zelando pela defesa técnica do seu cliente está protegido pelo dever de sigilo atrelado ao exercício da atividade profissional, de modo que não pode ser sujeito obrigado a comunicar atividades suspeitas de

seus assistidos às autoridades. (FERRACIOLI, Jéssica. **Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Lavagem**, 2013)

Contudo, há que se destacarem certos pontos, pois, inadmissível admitir que o profissional agindo acobertado pelo sigilo de suas ocupações “trabalhe como delator” para as autoridades devido a uma coação Estatal.

De outra volta, cabe assentar que a nova Lei é atual e eficiente, posto que em muitos aspectos, o legislador soube com louvor triunfar sobre o crime organizado, como quando amplia o rol das pessoas que devem prestar esclarecimentos, instituiu autoridades, a delação da lei, deu pleno acesso a dados cadastrais de pessoas ao Ministério Público, bem como das autoridades policiais e a cooperação internacional no combate à lavagem de dinheiro. Porém para tal feito, o Estado necessitou dilacerar princípios há muito instituídos, o Estado se sacrificou no seu âmago, naquilo que por muito tempo foi motivo de lutas para obtenção de conquistas.

Por fim, o Estado se viu obrigado a sacrificar um bem maior, garantidos pela Carta Magna, como o sigilo, por exemplo, tal como a intimidade também, para asseverar o combate à lavagem de dinheiro com o objetivo claro de bloquear e frear as atividades do crime organizado até que o mesmo se dizime por completo.

Neste íterim, vê-se a reforma da Lei 9.613/98, na nova roupagem da Lei 12.683/12 como um expressivo avanço do Brasil no combate não só ao branqueamento de capitais, mas à criminalidade organizada de modo geral.

8 DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

É por meio das provas que as partes buscam reconstruir a verdade dos fatos no processo penal, sendo a prova a essência do processo.

Através das provas é que o juiz vai formar sua convicção para a melhor aplicação do Direito diante da situação fática jurídica. Como bem sedimentado por Giovanni Brichetti citado por Fernando da Costa Tourinho Filho:

A finalidade do Direito Processual em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica. Tal fim se alcança por meio das provas que conduzem e se valoram segundo as normas prescritas em lei. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 233)

Antes de qualquer coisa, a prova é compreendida pelos elementos que as partes ou o próprio Juiz produzem com o condão de, dentro do processo, estabelecer certos fatos; é fazer outros conhecer uma verdade já conhecida por nós, logicamente, dentro dos limites impostos pela Carta Magna.

8.1 Do Conceito e do Fundamento da Prova

Segundo a fórmula latina do verbo *probare*, a prova vem do latim *probatio*, que se traduz em provar, experimentar, demonstrar, aprovar, examinar, testemunhar. Dellepiane, citado por Tourinho Filho assenta que “provar um fato é estabelecer no processo a sua existência, é demonstrar que existiu antes ou que existe na atualidade”. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 234)

Assim, de acordo com o Direito Processual, o direito de provar é uma atividade desenvolvida pelas partes

Estabelecer a verdade real é de suma importância para o processo penal, sendo este seu principal objetivo, pois não é admitida a verdade formal no Processo Penal brasileiro, tanto que a premissa da verdade real tornou possível a

criação e utilização de meios alternativos para a obtenção de provas, ainda que sem a devida previsão em lei para o fim.

No processo penal, a prova tem por escopo combater as transgressões à ordem pública descritas no tipo penal, visando aplicar as sanções cabíveis ao conflito entravado.

Em outras palavras, o principal objetivo da prova é no sentido de formar a convicção do juiz acerca dos elementos necessários para que ele julgue a lide, assim, é preciso que ele conheça a existência do fato cuja causa versa, e é neste ponto que entra em cena o papel da prova, pois através dela é que esse fato será levado ao juiz, convencendo-o da sua existência e circunstâncias em que ocorreram.

Neste ínterim, elucida Fernando da Costa Tourinho Filho:

É o juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, para tanto, ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara ao de um historiador que procura, com os meios de que dispõe, reconstruir fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 234)

Ademais, nota-se que podem ser utilizados quaisquer meios de prova, contanto que não resulte lesão ou ameaça a direitos e garantias fundamentais das partes e de terceiros envolvidos, subsistindo à prova o dever de ser apta a condenar aproximando-se ao máximo da realidade, com uma fina linha de erro, de modo a fornecer supedâneo para que o magistrado forme sua convicção.

Portanto, se as provas não são devidamente produzidas, não serão aptas a demonstrar a ocorrência ou não do fato, considerando que o ônus de demonstrar os fatos controvertidos, caberá àquele que os alegou, de acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal. Nesta senda, à acusação cabe a demonstração por meio de prova dos fatos constitutivos; ao passo que à defesa incumbe a demonstração dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos à pretensão do autor e, ainda, os fatos relevantes devem ser provados por aquele que os alegou.

A produção probatória guarda compromisso sério com o ordenamento jurídico, mormente com a Constituição Federal e seus princípios, mas somente caberá ao magistrado dizer se a prova é apta ou não a demonstrar a existência do fato, fazendo juízo de valor convencendo-o de sua decisão.

As provas têm o condão de formar esse livre convencimento do juiz, de acordo com o artigo 155 do Código de Processo Penal, cuja convicção será formada por meio da apreciação das provas produzidas nos autos, sendo-lhe, todavia, vedado utilizar-se apenas das provas produzidas durante a investigação, para formar sua convicção, tendo em vista que o fundamento das provas no direito processual penal é instruir o processo na reconstrução pela verdade dos fatos e motivar o convencimento do magistrado.

No entanto, o artigo 5º da Lei Maior, em seu inciso LVI, juntamente com o artigo 157, caput, do Código de Processo Penal fazem uma limitação à produção probatória, pois rezam a inadmissibilidade das provas derivadas de meios ilícitos, como se passa a analisar.

8.2 Princípio Constitucional da Vedação das Provas Ilícitas

Porquanto se admite como meio de prova, tudo aquilo que seja capaz de comprovar a verdade que se busca no processo.

De acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil, são admitidos todos os meios legais, mesmo que não especificados no Código, assim como os moralmente legítimos, são aptos a provar a verdade dos fatos.

Na lição de Paulo Rangel, citado por Nestor Távora “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”. (2010, p. 350)

Há que se fazer uma ponderação, no que tange à taxatividade, que segundo Tourinho, “a tendência hoje, é no sentido de se abolir a taxatividade, tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente

contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana”. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 240)

Dessa forma, em um primeiro momento, não há em matéria processual nenhuma restrição quanto aos meios de prova, com exceção para aqueles que atentam contra a dignidade da pessoa humana e os moralmente reprováveis. Por vezes, essas limitações advêm de mandamento constitucional e do direito material, de acordo com a disposição do inciso LVI, do artigo 5º da Carta Magna, vedando-se as provas ilícitas.

De rigor destacar aqui, sobre a definição de prova ilícita, o magistério de Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 109):

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. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, de acordo com Guilherme Nucci, “fundamenta-se em fatores de ordem ética e mantenedores da imparcialidade do Estado na condução do devido processo legal”. (NUCCI, 2010, p. 322)

Referido princípio alude à proibição de fazer uso de provas maculadas por um vício em sua origem, pois extraídas por meio ilícitos, visto que as provas destinam-se a demonstrar a verdade para formar o convencimento do juiz.

Objetiva esta garantia constitucional reprimir que se mantenham no conjunto probatório, aqueles elementos conseguidos de forma ilícita, não interessando se a prova é de conteúdo relevante à lide, se possui baixo ou alto grau de confiabilidade, há que ser extraída dos autos, sendo decretada sua nulidade, cabendo até mesmo sanção posteriormente em razão da ilicitude praticada.

De outra volta, cumpre não se olvidar que não há razão de ser para a existência de um processo com todas as garantias asseguradas pela Constituição,

com direito ao contraditório e a ampla defesa, juiz imparcial, atendendo à publicidade e constituído de acordo com as inúmeras regras garantistas; se o seu núcleo probatório está eivado pela ilicitude.

Inexorável, portanto, a idoneidade das provas produzidas para o convencimento do juiz, visando demonstrar a autenticidade das alegações das partes, aproximando-se ao máximo da realidade fática na reconstrução da verdade real.

Trata-se ainda, de uma forma de estabelecer a justiça, pois admitir um ilícito com o fim de punir outro ilícito constitui além de uma afronta ao Estado Democrático de Direito, a própria injustiça em si.

Neste sentido, milita Guilherme Nucci:

O julgamento justo se perfaz na exata medida em que o juiz se vale de provas sérias e escorreitas, sem vícios, mormente os de natureza criminosa. (NUCCI, 2010, p. 323)

As provas são constituídas por argumentos, exames, razões, confirmações, verificações, e esses, em regra, não são ilícitos em si mesmos. A finalidade principal da vedação é combater a forma de alcançar a prova de modo ilícito, ainda que a prova seja formada por elemento idôneo, pois se obtida *por meio ilícito*, será nula.

Como bem exemplificado por CYRINO em seu trabalho de conclusão de curso (2012, p. 33):

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.

Porquanto, impensável uma lide penal ilimitada, destituída de parâmetros, cujos meios fossem justificados pelos fins, admitindo provas ilícitas.

No mesmo sentido, cumpre ainda elucidar, ainda, os ensinamentos de Nestor Távora (2010, p. 350):

Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

Neste jaez, a vedação constitucional não se presta à *formação* da prova ilícita através de meios juridicamente aceitos, mas presta-se, à obtenção da prova lícita, por meio de instrumentos ilícitos, sendo essa prova materialmente ilícita e processualmente ilegítima, devido a sua natureza.

O que claramente se verifica pelo magistério de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Diante de uma confissão obtida mediante tortura, prova embrionariamente ilícita, cujas informações deram margem a uma busca e apreensão formalmente íntegra, é imperioso reconhecer que esta busca e apreensão está contaminada, pois decorreu de uma prova ilícita. Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro. (TÁVORA, 2010, p. 352)

Nesta linha, são igualmente inadmissíveis as provas resultantes daquelas que são originariamente ilícitas, também conhecidas como provas ilícitas por derivação; uma espécie de prova que é válida material e constitucionalmente, todavia, não admitida pela doutrina se lograda através de meios ilícitos, conforme se passa à análise.

8.3 Das Provas Ilícitas por Derivação

De acordo com a Teoria dos Frutos Envenenados, originária da Suprema Corte norte-americana, cujo nome é *Fruits of the Poisonous Tree*, a prova ilícita produzida seria então a árvore contaminada, que, por consequência, infectará

todos os frutos dela decorrentes, ou seja, as provas. É este também o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, embora haja discussão entre os Ministros do Pretório Excelso a respeito dessa teoria.

Pela corrente majoritária, há que se desprezarem as provas legítimas e lícitas apenas com base no fato de estas, derivarem de uma única prova ilícita. Por óbvio, adotou-se a teoria da proporcionalidade nesse aspecto, pois se trata de exclusão apenas e tão somente daquela prova obtida por meios ilícitos, permanecendo as demais que não devem ser contaminadas.

Em contrapartida, a corrente minoritária preconiza a tese de que a teoria da árvore dos frutos envenenados concede eficácia ao princípio constitucional que veda a obtenção de provas ilícitas, e assim, inadmissíveis também, as provas que surgem através desta.

Nesta linha, convém destacar que não há consenso na doutrina, tampouco na jurisprudência acerca do tema. Em todo caso, o que não se pode perder de vista é que o processo penal deve ter por escopo a garantia da ordem pública e a segurança à coletividade.

8.4 Admissibilidade Processual das Provas Ilícitas em Favor do Réu

Em contrapartida, de rigor destacar o conflito de direitos e garantias fundamentais, travado entre a vedação da prova ilícita e o direito constitucional de defesa do acusado.

Assim, tem-se que a vedação das provas ilícitas é um postulado geral que a ser buscado pelas partes, contanto que não esbarre em outro princípio do processo penal cujo interesse do réu é que deve prevalecer.

Nesse aspecto, diligencia Guilherme Nucci:

A produção de prova ilícita tem por resultado, como regra, a sua eliminação do processo. Porém, caso se trate de prova indispensável para garantir a absolvição do acusado, demonstrando seu estado natural de inocência, jamais se pode desprezá-la. (NUCCI, 2010, p. 324)

Verifica-se que a proibição da prova obtida por meio ilícito não pode ser utilizada pelo Estado em face do acusado, pois se constitui numa garantia do particular contra o Estado.

Aos operadores do Direito, incumbe a tarefa de assegurar um processo que preserve a inocência do indivíduo até que seja possível demonstrar-se o contrário, sua culpa.

A esse respeito, bem esclarece Paulo Rangel (2012, p. 467):

É admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

O que se admite, portanto, é a utilização da prova obtida por meios ilícitos em favor do acusado, e não o contrário, tendo em vista que a finalidade maior do processo é a efetivação da justiça. Ora, não pode o Estado delinquir para buscar punir delinquentes, de acordo com as premissas constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Entre outros motivos, é lícito ao acusado utilizar-se de provas ilícitas quando se trata de provar sua inocência, porque o direito à liberdade é uma garantia constitucional inerente ao ser humano e, portanto, acima da garantia constitucional e processual que veda a utilização da prova ilícita.

Destarte, é por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade que o acusado pode socorrer-se da prova ilícita mantendo seu estado de inocência, para que o processo, ao final, tenha valor útil à sociedade.

8.5 Princípio da Proporcionalidade na Aceitação da Prova Ilícita

A proporcionalidade, que ganhou contorno na jurisprudência e doutrina alemãs, conforme anteriormente esposto, atua como regra de exclusão, excepcionalmente para se permitir a utilização das provas obtidas ilicitamente.

Com efeito, a Carta Magna dedica um capítulo aos direitos e garantias fundamentais, assegurando proteção aos direitos dos indivíduos, sabe-se, também, que essas normas têm como destinatário toda a coletividade, assim, é impossível garantir a todos os mesmos direitos, por vezes, o exercício de um direito de um, vai acabar impedindo outro ou terceiro de exercer seu direito.

Criada com o intuito de conciliar interesses relevantes com direitos e garantias individuais, a teoria da proporcionalidade, no âmbito processual penal, prega segundo Renato Brasileiro:

O Poder Público, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. (LIMA, 2011, p. 919)

O princípio da proporcionalidade tem por escopo a razoabilidade dos atos praticados pelo Estado para se combater os excessos. Nesta linha, tem-se de um lado o *jus puniendi* estatal e a forma correta de produção de provas, e de outro lado o *status libertatis* do acusado, que pretende demonstrar sua inocência; devendo este bem prevalecer, utilizando-se da prova, ainda que ilícita em benefício do réu. (TÁVORA, 2010, p. 359)

Assim, considerando dois lados diametralmente opostos, dispostos e assegurados pela Lei Maior, restam as indagações sobre o que é mais importante: a segurança ou a intimidade? A presunção de inocência ou o direito de punir? O contraditório e a ampla defesa ou a liberdade? A saúde ou o devido processo legal?

Imperioso destacar que o conflito de interesses é uma realidade presente, mas que remonta os primórdios da existência humana, em razão da convivência social.

Por vezes, é através da proporcionalidade e sua ponderação de bens e interesses que se resolvem esses conflitos entre os princípios constitucionais igualmente relevantes.

Notadamente, trata-se de questão das mais complexas do direito processual penal, tendo em vista a impossibilidade de fixação de qualquer critério, por menor que seja para o aproveitamento da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade.

Ora, a vedação da utilização das provas obtidas por meio ilícito considerando-se garantia absoluta, poderá estabelecer catastrófica situação de desproporção aceitando a proteção conferida ao direito individual violado, qual seja, a produção da prova ilícita, em detrimento da garantia do direito da vítima do crime. (OLIVEIRA, 2008, p. 321)

Fato é que, o acusado pode valer-se do princípio da proporcionalidade e utilizar provas ilicitamente obtidas com o fim de provar sua inocência (*pro reo*).

À guisa de exemplo, supondo que um indivíduo é acusado injustamente, não possuindo meios lícitos de defender-se, encontra na interceptação telefônica ilegal um meio de demonstrar sua inocência. Veja que mesmo ilícita, a prova é capaz de evitar que um inocente seja injustamente acusado, e faz uso da mesma, que embora possua natureza ilícita, em se tratando de vedação constitucional da prova obtida ilicitamente face à liberdade, ponderando-se qual valor possui maior relevância para o ordenamento jurídico, obviamente, a liberdade. Assim, por meio da aplicação da proporcionalidade, o acusado pode valer-se dessa prova.

No entanto, não se pode deixar de ter em mente que comparando os valores constitucionais à luz do princípio da proporcionalidade, tomando por base o exemplo da interceptação telefônica, porém, sob outra ótica, qual seja em desfavor do acusado de um crime de extorsão mediante sequestro, crime grave que gera riscos à saúde, segurança, ao patrimônio e principalmente à vida, novamente

utilizando a ponderação, o que deve ser considerado mais importante, a privacidade ou outras garantias individuais? A liberdade do delinquente ou o direito individual da vítima?

Vê-se claramente que inadmissível deixar de se condenar um criminoso por vezes perigoso, que oferece risco à sociedade, frente a uma prova que ele obteve ilicitamente.

Se assim o fosse, todos os sequestradores deveriam ser soltos, deixando a sociedade à margem de criminosos que certamente praticariam sequestros e outros crimes trazendo riscos a outros valores tão ou mais importantes que o direito à intimidade e à segurança, por exemplo.

Nesta senda, de rigor trazer à baila, novamente o magistério de Guilherme Nucci, que com o costumeiro acerto que lhe é peculiar, milita no sentido de que devem ser avaliadas as provas ilícitas e sua admissibilidade no processo penal, bem como a aplicação do princípio da proporcionalidade diante do caso concreto, afirmando:

Noutras palavras, obtida a prova por meio ilícito dever-se-ia ponderar para qual fim é destinada: se voltada à apuração de um crime gravíssimo ou para a apuração de um crime comum ou de pouca importância. Tratando-se da primeira situação, poder-se-ia utilizar a prova, em nome da segurança jurídica, condenando-se o réu; cuidando-se da segunda hipótese, considerar-se-ia inadmissível a prova, absolvendo-se o réu. (NUCCI, 2010, p. 326)

A teoria da proporcionalidade, amplamente aceita, assim, não deve ser utilizada para todos os casos, há sim que fazer-se também uma ponderação caso a caso, analisando os pormenores da situação fática jurídica telada. Pois, há que se sopesar a razoabilidade entre o sacrifício de um direito em detrimento de outro, considerando que o capítulo dos direitos e garantias da nossa Lei Maior reveste-se de garantismo voltado principalmente ao combate da prepotência e do abuso estatal, e não o contrário, estando o Estado desprotegido, portanto.

Destarte, ainda que vedada a utilização de provas obtidas ilicitamente, de acordo com o que preconiza a doutrina, tem-se utilizado do princípio da

proporcionalidade em casos excepcionais, dentre os quais estão os de gravidade maior.

Com os olhos voltados às lacunas deixadas pela lei que instituiu a busca e apreensão em escritório de advocacia, especialmente nos casos de envolvimento com o crime organizado, de suma importância, portanto, a utilização do princípio da proporcionalidade, como se verifica a seguir.

9 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME ORGANIZADO FRENTE À NOVA LEI DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI n° 12.683/2012)

A Lei n° 12.683/2012 empreende significativa reforma na Lei 9.613/1998, e representa o progresso do Brasil no combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado, à corrupção e outros delitos de natureza grave ligados às organizações criminosas.

Segundo Vladimir Aras, a nova lei de lavagem de dinheiro visa principalmente “a prevenção de crimes graves, a sanidade do sistema financeiro e da ordem econômica, a segurança do Estado e da sociedade e o aperfeiçoamento da persecução de infrações penais de grande relevância, pelos seus impactos sociais deletérios e repercussões negativas, no plano doméstico e no espaço transnacional”. (ARAS, 2012, s.p.)

Hodiernamente, o fenômeno da globalização econômica tornou possível por meio da eliminação das barreiras à livre circulação de pessoas tal como de valores a interação entre pessoas, o rápido transporte de bens pelo planeta e a difusão da internet, instrumentos que se colocados em mãos erradas são hábeis para a criminalidade. À medida que diminuía o óbice aos negócios internacionais legítimos pelo globo, aumentavam as vantagens para os negócios ilícitos das organizações criminosas, pois inúmeras as facilidades para ambos.

Forçoso destacar que o combate contra a criminalidade exige especial atenção do ordenamento jurídico, mormente em relação aos gigantescos danos que podem derivar das ações de criminosos, porquanto desprotegido está tanto o ordenamento jurídico como a sociedade de modo geral.

Neste sentido, bem ilustra Flávio Eduardo Turessi:

A relação umbilical existente entre a criminalidade organizada e a visível desestruturação política, social e econômica da sociedade moderna reclama do ordenamento jurídico novos e eficientes mecanismos de atuação, vale dizer, novas técnicas de investigação, sob pena de se assistir, num futuro próximo, à falência irreversível do aparato preventivo-repressivo do Estado. (TURESSI, 2013, p. 232)

Por vezes, as associações criminosas estão espalhadas ao redor do globo, daí a necessidade de uma atuação efetiva de cooperação internacional entre os países como modo de frear a atividade desses grupos. No entanto, a dificuldade reside no fato de que esses grupos possuem uma estrutura de clandestinidade muito bem organizada, mormente em relação à legitimação de capitais ilícitos, pois exploram o sistema financeiro legítimo para legitimá-los.

O crime organizado é hoje, assunto de preocupação mundial, representando uma ameaça à economia mundial, à segurança da sociedade, o desenvolvimento nacional e outros bens jurídicos relevantes.

Mas então como combater um mal cujas raízes são praticamente impossíveis de se ver a olho nu diante da dificuldade de se vincular o produto do crime de lavagem ao dinheiro ilícito derivado de crimes que o antecedem?

Como já esposado anteriormente, é preciso lastrear-se mais pela prevenção ao branqueamento de ativos do que por sua repressão, justamente pela dificuldade de obtenção de provas que corroborem a conduta ilícita das associações criminosas.

Neste íterim, dada a estrutura complexa e bem organizada dessas associações criminosas, faz-se o uso do princípio da proporcionalidade na luta frente ao crime organizado.

Nessa linha de intelecção, obtempera Eduardo Araújo da Silva:

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

De clareza solar que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado então, não apenas e tão somente para proteger os direitos dos indivíduos, que, salienta-se, continua protegido, mas também deve ter por escopo prevenir

abusos e sacrifícios desmedidos dos direitos envolvidos tanto individuais como coletivos, respeitando, obviamente os princípios constitucionais que regulam a relação processual.

Com relação a este aspecto, de rigor trazer à baila os ensinamentos de Maria Luiza Schafer Streck (2007, p. 102):

Portanto, o Estado Democrático de Direito, não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas também, uma defesa contra qualquer poder social de fato. Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de “ir longe demais” (*Übermassvebot*), em contraponto com a proibição de “fazer muito pouco” (*Untermassvebot*), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes.

Ademais, é por meio do juízo de ponderação que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal no sentido de que o direito à intimidade não é absoluto em razão de estar elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais, e invoca o princípio da proporcionalidade para moderar essa limitação.

Neste cenário é que nasce a Lei 12.683/12, pois inadmissível o absoluto respeito estatal aos direitos fundamentais individuais, ao contraditório e à ampla defesa, em atenção à Carta Magna e ao Pacto de San José da Costa Rica, ao passo que o crime organizado ganha fronteira a torto e direito pelo país e pelo mundo.

Trata-se de uma lei que embora deixe a desejar em pequenos pontos, nasceu para o efetivo combate ao crime de lavagem de dinheiro, por vezes, um crime de difícil repressão, por viver escondido sob o manto clandestino da ilegalidade, alimentando-se da fragilidade do aparato estatal para subsistir.

Os direitos e garantias fundamentais devem sim ser respeitados, mas devem ser respeitados pelo juízo da proporcionalidade à luz dos critérios de adequação, necessidade e razoabilidade.

Neste diapasão, cumpre trazer à baila o magistério sempre acertado de Robert Alexy (2008, p. 117):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência do sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Com efeito, não se deve deixar de ter em mente que é a sociedade que está desprotegida, como já salientado, assim, a questão da lavagem de dinheiro, bem como do crime organizado de modo geral, é alarmante no quadro nacional, e traz consequências sérias à sociedade, porquanto de um lado estão o “desemprego, vultosos prejuízos econômicos para empresários e investidores, diminuição dos índices de desenvolvimento humano, corrupção e insegurança pública e redução da arrecadação de impostos e de investimentos em educação e saúde. De outro lado está o enriquecimento ilícito e a utilização indevida de valores oriundos de graves crimes”. (ARAS, 2008, s.p.)

De fato, não é suficiente só a punição criminal dos agentes para se combater a lavagem de dinheiro, cabe aos órgãos estatais unir esforços tanto para o bloqueio de bens promovendo as medidas judiciais de sequestro ou arresto, bem como a decretação da perda dos valores oriundos dessas atividades ilícitas.

Necessário ainda, ponderar que em todo caso, há que se fazer uma análise profunda da situação fática jurídica, verificando quais os direitos postos em embate e até que ponto é razoável o sacrifício de um direito em detrimento de outro. Posto que, tanto a sociedade como o indivíduo devem ser protegidos, ambos possuem garantia constitucional de ter seus direitos assegurados, principalmente direitos como a segurança, por exemplo.

Nesta senda, não se pode olvidar que para combater o crime organizado e a lavagem de dinheiro, no que tange à proteção dos indivíduos que é o fim perseguido, devem ser utilizados os meios menos gravosos aos direitos individuais também.

Importante para o tema em estudo destacar reportagem publicada pelo jornal O Estado de São Paulo, no dia 11 de outubro, sobre a maior investigação sobre o crime organizado feita no país. Iniciada em 2010 e encerrada

em janeiro de 2013, a investigação que durou cerca de três anos consistiu em trabalho árduo e unindo forças, tanto que a denúncia foi assinada por 23 promotores do Estado de São Paulo. A investigação foi efetuada por meio de escutas telefônicas dos integrantes da facção criminosa PCC, o Primeiro Comando da Capital, devidamente autorizadas pela autoridade competente e comprovam que os criminosos controlam a facção de dentro das penitenciárias, controlando cada passo das atividades realizadas fora. Estima-se que essas organizações sob comando de Willians Herbas Camacho, vulgarmente conhecido como Marcola, controlam 90% das unidades prisionais do estado, possuem uma estrutura complexa e cuidam desde o faturamento da facção, passando por drogas, armas e dinheiro sujo, até das vítimas que são alvos das próximas investidas³.

Com efeito, diante da investigação realizada pelo Ministério Público, delineado está cada contorno deste cenário preocupante do crime organizado, que assola o país atualmente.

Assim, é preciso enxergar, sobretudo, que os direitos fundamentais não devem ser tratados com absolutismo na esfera de limitação do poder estatal em face do indivíduo. Mais do que isso, é preciso levar a sério a criminalidade organizada, pois diante do atual cenário, é o Estado quem se encontra desprotegido em razão de seus arcaicos métodos de investigação criminal lutando contra inimigos que dominam as tecnologias de ponta e investem pesado para proteger suas atividades ilícitas, só assim será possível conseguir combater a criminalidade organizada de igual para igual.

³ Jornal Hoje, 2013. **Investigação do Ministério Público Mapeia o Crime Organizado no Brasil.** Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/10/investigacao-do-ministerio-publico-mapeia-crime-organizado-no-brasil.html>. Acesso em 12.out.2013.

10 DA BUSCA E APREENSÃO

Debruçando-se sobre o tema central do presente trabalho monográfico, que tem por objeto de estudo a busca e apreensão em escritório de advocacia, de rigor trazer um breve esboço acerca do presente instituto como introdução e passando à análise pormenorizada da busca e apreensão em escritório de advocacia, a prerrogativa da inviolabilidade e a hipótese em que é autorizada a quebra da mesma.

Segundo o entendimento de Nestor Távora, “a busca tem por objetivo encontrar objetos ou pessoas, ao passo que a apreensão é a medida que a ela se segue.” (TÁVORA, 2010, p. 433)

No âmbito criminal, previsto no artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal, o instituto da busca e apreensão subdivide-se, assim, a busca consiste na diligência que procura encontrar o que se deseja, enquanto a apreensão consubstancia-se na constrição, no acautelamento de um objeto ou pessoa. Possui natureza jurídica de medida cautelar, e é destinada à produção de um meio de prova para o processo, visando assegurar a utilização do elemento probatório na demanda ou evitar o seu perecimento. (TÁVORA, 2010, p. 433)

Acerca da busca e apreensão, Eugenio Pacelli acrescenta que a medida, é cautelar com relação à questão probatória e a segurança de pessoas, e excepcional porque resulta na “quebra da inviolabilidade do acusado ou de terceiros, tanto no que se refere à inviolabilidade do domicílio quanto no que diz respeito à inviolabilidade pessoal”. (OLIVEIRA, 2008, p. 369)

Dispondo ainda:

Por isso, somente quando fundadas razões, quanto à urgência e à necessidade da medida, estiverem presentes, é que se poderá conceder a busca e apreensão, tanto na fase de investigação como no curso da ação penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 369)

Resta patente, desta feita que o instituto em voga, qual seja, visa justamente à medida de constrição do bem com o fim especial de salvaguardar ou garantir o direito sobre a coisa ou a pessoa.

10.1 Busca e Apreensão em Escritório de Advocacia

A Lei nº 11.767/2008 foi editada sob forte pressão da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como do Ministério Público da União, além da sociedade de modo geral, dispõe sobre a relativa inviolabilidade dos escritórios de advocacia.

Sob a égide da referida lei, ganha contorno dois lados diametralmente opostos, como anteriormente dito, tem-se de um lado a proteção que deve ser garantida ao sigilo profissional e ao múnus da defesa, e na contramão, quer-se evitar que em nome do sigilo, os advogados façam de seu escritório um templo impenetrável para cometimento de crimes.

Nesse sentido, obtempera Paulo Rangel (2012, p. 157-158):

Em se tratando do confronto entre a *defesa técnica/direito de liberdade* x o *interesse social na investigação criminal*, há que se encontrar um ponto de equilíbrio entre os dois direitos que se contrastam entre si. Não há dúvida de que o advogado, no exercício do seu mister profissional, tem que ter prerrogativas inerentes à inviolabilidade do seu escritório, mas também não há dúvida de que não pode usar dessa prerrogativa para tornar seu escritório um lugar seguro para o cometimento de empreitadas criminosas.

Assim, de acordo com o disposto no § 2º do artigo 243, a busca e apreensão em escritório de advocacia não permitirá a apreensão de documentos que estejam em poder do defensor do acusado, exceto se este constituir elemento do corpo de delito.

De modo que a inviolabilidade será quebrada, procedendo-se a busca e apreensão, nas hipóteses em que restar comprovada a existência suficiente de indícios de autoria e materialidade da prática de manobra delituosa pelo profissional da advocacia. Importante destacar ainda, que o mandado de busca e

apreensão deverá ser específico e pormenorizado, conforme o § 6º do artigo 7º do Estatuto da OAB, sob pena de nulidade.

A este respeito, imperioso colecionar novamente o magistério de Paulo Rangel (2012, p. 159):

O mandado de busca e apreensão expedido contra o escritório de advocacia tem uma peculiaridade exigida em lei: deve ser específico e pormenorizado. Em outras palavras: é única e exclusivamente para ser cumprido no escritório do advogado ou local de trabalho e deve descrever ou expor com detalhes, pormenores, esmiuçar, detalhar, minuciar o que será objeto de busca e apreensão. Se o mandado determinar a apreensão de computadores, por exemplo, não poderão ser apreendidos livros-caixa. Se o for, a diligência ultrapassou os limites da ordem judicial e será nula de pleno direito.

Requerido pela Polícia Judiciária ou pelo ilustre representante do Ministério Público, o mandado de busca e apreensão deverá ser expedido por decisão fundamentada do magistrado atendendo às especificações do Estatuto da OAB, devendo ainda, sua execução ser acompanhada por representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não há óbice, portanto, à realização da busca e apreensão quando seja o profissional investigado, desde que cumpridas as exigências legais, sendo expedida e executada a medida cautelar de busca e apreensão no escritório do advogado, no entanto, de rigor destacar que caso não especificados os objetos que devem ser apreendidos, o mandado tornar-se-á prova ilegítima.

10.2 A Busca e Apreensão em Escritório de Advocacia Frente ao Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado

Inegavelmente, a Lei nº 11.767/2008 continua protegendo o múnus profissional do advogado, porquanto o protege de intervenções policiais no exercício de sua atividade profissional.

De outra sorte que, simultaneamente, autoriza a busca e apreensão em escritório de advocacia, em asilos profissionais cujos advogados transpõem a linha entre seu cliente acusado e o crime, sendo conivente, por vezes até partícipes de seus clientes. (RANGEL, 2012, p. 161)

Imprescindível ao livre exercício da advocacia a garantia do indivíduo face aos abusos por parte do poder estatal. Em contrapartida, corroborada está a necessidade de ordem fundamentada do juiz, porquanto impossível colocá-lo acima da proteção penal de direitos fundamentais de mesmo valor.

No que concerne à busca e apreensão em escritório de advocacia, verifica-se a exigência de uma atuação conjunta tanto da Polícia como do Ministério Público, e essa força-tarefa, por vezes, é a arma mais eficiente da justiça no embate contra o crime organizado.

Enganam-se os que pensam que a previsão da inviolabilidade trazida pela Lei nº 11.767/2008 dispõe sobre a inviolabilidade com o fim de proteger criminosos que se utilizam dessa prerrogativa para a prática de crimes graves.

Ocorre na verdade, exatamente o contrário, a lei foi criada com o objetivo de tornar eficaz a inviolabilidade, limitar a busca e apreensão àqueles casos excepcionais cujos advogados estejam de fato envolvidos com o crime organizado, sendo coniventes com seus clientes e fazendo do seu asilo profissional um local seguro para cometer crimes e assegurar sua impunidade.

A Lei 11.767/08 quer sim combater o crime organizado e punir os membros da Ordem que estejam com ele envolvidos, contanto que seja mantido e intacto o direito ao sigilo do advogado no exercício de suas funções, para que não se coloque em risco a relação de confiança existente entre o profissional e o seu cliente, violando assim, garantia constitucional do advogado.

Obviamente, todos têm direito à defesa, trata-se de prerrogativa constitucional, sendo ainda, o profissional da advocacia indispensável à administração da justiça, segundo preconiza a Carta Magna, mas até onde vai esse direito de defesa? Até que ponto o escritório de advocacia deve ser impenetrável?

Nesta senda, à guisa de exemplo, traz-se à lume trecho da escuta telefônica de advogados de membros da facção criminosa PCC, na recente investigação concretizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, onde

uma advogada fala com seu cliente sobre um plano para reunir recursos negados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo aos membros da facção, como pedidos de concessão do regime semiaberto e levar esses recursos até a Suprema Corte. Afirmando que seu irmão “foi chamado para trabalhar com um ministro, o (Ricardo) Lewandowski”.

Embora a reportagem diga que na investigação não restou comprovado que a conversa ocorreu, fato é que em 2010, o Supremo Tribunal Federal realmente barrou a contratação de um assessor após ser alertado pelo Ministério Público de São Paulo que o mesmo era irmão de uma advogada de membros do PCC – Primeiro Comando da Capital, e que mesmo não tendo comprovado a ligação do assessor com a facção criminosa, o fato de ser irmão da advogada já suscitava indícios para colocar as autoridades em alerta⁴.

É exatamente contra ações criminosas como estas que o instituto da busca e apreensão autoriza a quebra da inviolabilidade do escritório de advocacia, quando evidente o envolvimento do profissional da advocacia com o crime organizado. Não para violar o sigilo profissional, mas para investigar crimes.

Notadamente, os advogados têm e devem mesmo ter a prerrogativa do seu sigilo profissional, para exercer de forma digna as funções constitucionais que lhes foram conferidas, afinal, ele é ferramenta fundamental à efetivação da justiça, no entanto subsiste o seu dever de agir com ética.

Ora, se o advogado pratica crimes por si mesmo, ou oculta produtos de crimes, mais do que poder, é dever dos órgãos públicos o investigar e processar. Verificada, obviamente a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade para que se adentre seu escritório de advocacia.

No que concerne ao procedimento de busca e apreensão, trata-se de uma operação conjunta, onde cabe à Polícia a parte estratégica da ação, a segurança e a forma como será desenvolvida a operação, ao Ministério Público, por sua vez, na qualidade de titular da ação penal, cabe analisar os documentos e materiais que deverão ser apreendidos e sua relação com o crime investigado.

⁴ (Reportagem Publicada pelo jornal O Estado de São Paulo, 11.out.2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17%2cMI188263%2c21048-Advogados+de+membros+do+PCC+tentam+levar+casos+dos+criminosos+ao+STF>>. Acesso em 15.out.2013)

Olhando atentamente para a questão do sigilo profissional do advogado e violação de prerrogativas constitucionais é preciso socorrer-se do postulado da proporcionalidade sob a ideia da proibição da infraproteção ou da proteção deficiente, que trilha a favor de uma proteção justa que seja condizente com as demais normas do ordenamento jurídico e o Estado Democrático de Direito, considerando que este se obriga a garantir e assegurar aos cidadãos os direitos e garantias a eles inerentes.

Nitidamente, o foco central do princípio da proporcionalidade tutela a sociedade contra os excessos que durante séculos foram praticados pelo Estado, fortalecendo o entendimento de que a ação estatal deve atuar dentro dos limites impostos e objetivar uma medida justa.

Nesta senda, ainda que o poder estatal seja limitado pela lei, primando pelos direitos fundamentais individuais, cumpre não olvidar que há uma coletividade, ainda, que necessita uma tutela efetiva, mormente frente ao crime organizado, por encontrar-se desprotegida.

Aliás, no mesmo vértice, com didática, diligência Flávio Eduardo Turessi (2013, p. 243):

Não basta, pois, que se identifique nos direitos fundamentais apenas sua tradicional função negativa de limitação do poder estatal face ao indivíduo. Isso é muito pouco quando se é preciso combater, com seriedade, crime organizado. É preciso mais. Devemos desvendar nos direitos fundamentais sua face oculta, vale dizer, deles retirar seu oculto véu revelador de uma face voltada à proteção de bens jurídico-penais.

Neste trilhar, a forma pela qual se busca efetivar os direitos fundamentais garantidos à sociedade, inexorável, portanto, o sacrifício de alguns direitos individuais com o fim de que a sociedade de modo geral seja protegida.

Especialmente frente ao crime organizado e a lavagem de dinheiro dada a dificuldade de se combater um inimigo voraz que planeja e executa crimes de toda espécie sumindo com os vestígios, ou seja, não deixam provas cabais para que se identifique os envolvidos e os condene.

Assim, com a devida vênia, os direitos da sociedade estão acima da lei e merecem proteção estatal, de acordo com o princípio da proibição da proteção

deficiente, ainda que tais ações do Estado acabem por suprimir certos direitos dos criminosos envolvidos.

No entanto, não se deve perder de vista que diante do atual cenário, não só a sociedade, mas o Estado também se encontra em posição de desigualdade face à criminalidade organizada, que utiliza dinheiro produto de crime, compra objetos ilícitos, sonegam, ameaçam e praticam manobras que somem com as provas aptas a condená-los, o que dificulta e muito a ação estatal.

Por vezes, o Estado está adstrito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, pois não se iguala aos criminosos contra quem está lutando, por isso o embate é desigual.

Neste horizonte, considerando todo o supedâneo fornecido, e objetivando a proteção da sociedade, perfeitamente possível, portanto, a busca e apreensão em escritório de advocacia, sendo ao profissional assegurada a garantia do devido processo legal, bem como de todas as outras prerrogativas que o ordenamento lhe confere. Desde que, obviamente expedido pela autoridade competente, específico e pormenorizado.

Notadamente, há uma zona cinzenta de tensão entre o direito à liberdade, intimidade e privacidade do indivíduo, e o poder punitivo estatal. E é exatamente em face deste embate que se verifica a colisão de princípios e a imprescindibilidade da ponderação.

Comprova-se, assim, a necessidade dos órgãos públicos unirem forças, a partir de uma estrutura sólida e organizada apta a verificar, entender e agir com eficiência, visando o combate à criminalidade proporcionando à coletividade maior bem estar.

Resta patente, da análise realizada, que os direitos individuais devem ser restringidos, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, a fim de que efetivamente garantam-se outros bens e valores igualmente fundamentais elencados na Constituição Federal.

11 CONCLUSÃO

Ao final do estudo elaborado, verifica-se a existência de um conflito entre a proteção da justiça e a segurança do Estado, a ação estatal deve sim ser limitada de modo que se preservem os direitos individuais, contudo, deve se pautar conforme o dever de proteção dos direitos da coletividade, para que o Estado não seja omissivo. Assim há que se fazer uma ponderação dos valores e princípios em conflito, sob a ótica da proporcionalidade.

De fato, o papel do advogado é imprescindível à efetivação e manutenção do Estado Democrático de Direito, no entanto, nem sempre foi reconhecida tal importância com relevância merecida.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que o Estado finalmente reconheceu o advogado como essencial à administração da justiça. Em seguida reconhecendo garantias especiais que devem ser concedidas ao profissional para que ele seja, de fato, a figura representante da justiça, dentre estas se destacam o sigilo profissional e a inviolabilidade do escritório de advocacia, ponto central abordado no presente trabalho.

Prerrogativas instituídas com o escopo de manutenção do equilíbrio entre o poder punitivo estatal e o direito de defesa que é conferido ao cidadão, e não apenas a ele, mas também do advogado.

No entanto, é salutar destacar que na análise elaborada há dois lados diametralmente opostos, pois de um lado há o dever estatal de garantir a defesa adequada dos indivíduos e o acesso à justiça, e de outro as prerrogativas conferidas ao advogado não devem servir de base para imunidade profissional plena.

A própria Ordem dos Advogados tem se empenhado na ponderação, buscando um equilíbrio, porque ao mesmo tempo que devem ser garantidos os direitos da classe, devem ser erradicadas as práticas abusivas. Inadmissível que criminosos que se julgam advogados, utilizem dos privilégios da profissão para a prática delituosa.

Nesta senda, as disposições trazidas pela Lei n. 11.767/2008 de modo algum ofendem as prerrogativas inerentes aos profissionais, de outra sorte, filtrando profissionais criminosos que não honram a dignidade da advocacia.

Forçoso concluir, dessa forma, que o profissional que se presta à efetivação da justiça, não deve confundir o exercício da advocacia com a prática de crimes, mormente em face do crime organizado, passando a atuar junto aos criminosos e deixando tanto o Estado, quanto a sociedade à mercê da criminalidade.

Assim, à luz do princípio da igualdade, oportuno destacar que ninguém está acima da lei, como já exposto alhures, nem juízes, promotores, nem advogados, devendo todos ser tratados igualmente. De clareza solar, portanto, a inadmissibilidade do advogado valer-se de norma que enseja privilégios ao exercício da advocacia com benefícios ligados a interesses afastados do múnus profissional.

É através do princípio da proporcionalidade que objetiva-se a limitação do poder estatal, pautando-se pela razoabilidade da violação de direitos fundamentais. Consciente de que nenhum direito é absoluto, hodiernamente, o princípio da proporcionalidade, especificamente sob a ótica da vertente da proibição da infraproteção, mais do que limitar a atuação estatal para que direitos fundamentais não sejam violados, é dever do Estado a tutela dos bens jurídicos constitucionalmente garantidos.

De acordo com tal análise, chegamos até o ponto central do presente trabalho, ou seja, através da máxima da proporcionalidade na vertente da proibição da infraproteção buscar alternativas eficazes no combate ao crime organizado.

Destarte, os advogados, de fato necessitam da prerrogativa do sigilo profissional para bem exercer as funções constitucionais dos seus clientes, o que o ordenamento não pode jamais permitir, é que ele se utilize dessas prerrogativas que lhes são conferidas para unir-se ao crime organizado.

Notadamente, há uma inversão dos valores constitucionalmente previstos, pois no cenário atual é o Estado que está completamente desprotegido face ao crime organizado, quando, na verdade, este deve ser a parte mais forte na

relação, reprimindo veementemente as arbitrariedades cometidas pelos criminosos que colocam toda a coletividade em risco.

Nesta esteira de entendimento, não basta que se identifique nos direitos fundamentais apenas sua função limitativa ao poder estatal, sem sombra de dúvida, isso é demasiado pouco para se combater com seriedade o crime organizado.

Assim, se o advogado oculta em seu local de trabalho, provas de crimes, aptas a desestruturar uma associação criminosa, da qual ele também é integrante, logicamente, diante de indícios suficientes de seu envolvimento com atividades ilícitas ligadas ao crime organizado e a branqueando capitais, de forma a tornar lícito aquele dinheiro, criando óbice à atividade do Estado; ele deixa de agir com ética, atuando como criminoso.

Em outras palavras, com isso, ele deixa de ser advogado no momento em que atua como criminoso, não justificando a inviolabilidade do seu escritório profissional, autorizando a busca e apreensão em escritório de advocacia. Desde que o mandado seja específico e pormenorizado e as provas apreendidas relacionem-se com o cliente envolvido estando o advogado em conluio com este, lhes sendo concedido o devido processo legal, e que a busca se efetue diante da presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Diante do atual cenário da criminalidade organizada no país, medidas como essas são fundamentais para se manter o equilíbrio e a ordem, pois cumpre ao Estado Democrático de Direito não apenas e tão somente a garantia dos direitos fundamentais individuais, mais do que isso, é preciso que o Estado atue como tutor da coletividade, unindo forças no combate à criminalidade organizada, de maneira bem estruturada, objetivando a segurança e o bem estar da sociedade.

Por todo o exposto, forçoso concluir que o crime organizado merece atenção especial do aparato Estatal, sendo a união dos órgãos públicos a forma mais plausível de analisar, entender e agir contra a ação dos criminosos, unir forças no combate à criminalidade requer atenção para os limites impostos pela lei, para não se igualar ao inimigo, atuando de forma perspicaz na luta contra a criminalidade organizada, fundamentando-se pelo princípio da proibição da infraproteção.

BIBLIOGRAFIA

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

ARAS, Vladimir. **A Investigação Criminal na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigacao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro> Acesso em 09.out.2013.

ARAS, Vladimir. **Sistema Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos**.

Disponível em: www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1697.html. Acesso em: 13.out.2013.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor. **Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada**. Algumas reflexões. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. 4ª edição rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Marco Antônio de Barros. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas: com comentários à Lei 9613/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BERMEJO, Mateo Germán; VILLAR, Pacífico Rodríguez. **Prevención Del Lavado de Dinero en el Sector Financiero**. Editorial Ad-Hoc – Buenos Aires, 2001.

BÍBLIA, Sagrada Cristã. Rio de Janeiro: Barsa, 1965. **Evangelho de João**, Capítulo 8, versículos 2-12.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

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

BRASIL. **Lei 11.767 de 07 de agosto de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm>. Acesso em: 10.out.2013.

BRASIL. **Lei 12.683 de 09 de julho de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em 10.out.2013.

BRASIL. **Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em 10.out.2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CYRINO, Juliana Melo. **Busca e Apreensão em Escritório de Advocacia**. 2012. 74 f. Monografia (Bacharelada em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente, 2012.

DANTAS, George Felipe. **A escalada do crime organizado e o esfacelamento do Estado**. Rede Internacional de Comunicação CTA-JMA. Análise Financeira, 2002. Disponível em: <http://www.analisefinanceira.com.br/artigos/crime_estado.htm>. Acesso em: 28.set.2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**/Ronald Dworkin; tradução Nelson Boeira. – 2ª Edição – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre - Livraria do Advogado, 2005.

FERRACIOLI, Jessica. **Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Lavagem**.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI174774,61044-aspectos+polemicos+da+nova+lei+de+lavagem>> Acesso em 09.out.2013.

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

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites da inviolabilidade do advogado - Lei nº. 11.767/2008**. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1076221/limites-dainviolabilidade-do-advogado-lei-n-11767-2008>. > Acesso em 02.out.2013.

_____. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95**.

Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=928> Acesso em 06.out.2013.

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

GLOBO, Jornal Hoje. **Investigação do Ministério Público Mapeia o Crime Organizado no Brasil**. Publicado em 11.10.2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/10/investigacao-do-ministerio-publico-mapeia-crime-organizado-no-brasil.html>>. Acesso em 12.out.2013.

JURÍDICAS, Migalhas. **Advogados de Membros do PCC Tentam Levar Casos dos Criminosos ao STF**. Publicado em 14.10.2013 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17%2cMI188263%2c21048-Advogados+de+membros+do+PCC+tentam+levar+casos+dos+criminosos+ao+STF>> Acesso em 14.out.2013.

LEIRIA, Lecir Maria da Silva. **O artigo 28 da Lei nº 11343/06 à luz do princípio da proibição da proteção deficiente**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2381, 7 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14144>>. Acesso em: 29 set.2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I/Renato Brasileiro de Lima. - Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES, Jefferson Renosto. **A “Nova” Inviolabilidade dos Escritórios de Advocacia**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11641/a-nova-inviolabilidade-dos-escritorios-de-advocacia>>. Acesso em 02.out.2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 3ª Ed. rev. e amp. – São Paulo: Atlas, 2008.

MATHEUS, Bianca Tortola Rodrigues. O Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado Frente à **Busca e Apreensão em Escritório de Advocacia**. 2011. 65 f. Monografia (Bacharelada em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira Ministro Relator. **Habeas Corpus nº 91610 BA (Operação Navalha)**. Julgamento em 16/08/2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776352/medida-cautelara-no-habeas-corpus-hc-91610-ba-stf>>. Acesso em: 02.out.2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Busca e Apreensão em Escritórios de Advocacia**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 29.Ago.2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/4215. Acesso em 15.out.2013.

MORAIS, Adriana Ribeiro Soares de; MARQUES, Silvio Antonio. **Noções sobre Cooperação Jurídica Internacional**. Edições APMP – 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª Edição – Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20ª Edição – São Paulo: Atlas, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva – 1980.

SANINNI NETO, Francisco. **Nova Lei de Organização Criminosa (Lei 12850/13) – Primeiros Comentários**. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/08/14/nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-1285013-primeiros-comentarios/>>. Acesso em 10.out.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª edição; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência** – Revista de Estudos Criminais, ano 03, n.12, 2003. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em 29 set.2013.

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

SILVA, José Carlos de Sousa. **Ética na Advocacia**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000.

SOUZA, Gustavo Costa de. **A Estratégia como Autoafirmação: Uma Análise do Caso da Economia Chinesa à Luz da Sociologia da Modernização**.

Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/dissertacoes_e_teses/Gustavo_Costa_de_Souza.pdf>. Acesso em 11.out.2013.

STF, Tribunal Pleno, **Recurso Extraordinário nº 418.376-5 Mato Grosso do Sul**. Relator para o acórdão o Min. Marco Aurélio, DJU de 23.03.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>> Acesso em: 29.set.2013.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

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

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Livraria do Advogado, 1995.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

ANEXO A

LEI Nº 11.767, DE 7 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.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

.....

§ 5º (VETADO)

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

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

§ 8º (VETADO)

§ 9º (VETADO)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de agosto de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA
Tarso Genro
José Antonio Dias Toffoli

ANEXO B

LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012.

Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

Art. 2º A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado);

VI - (revogado);

VII - (revogado);

VIII - (revogado).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

.....

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

.....

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” (NR)

“Art. 2º

.....

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

III -

.....

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.” (NR)

“Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição

dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o **caput** deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º.

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.” (NR)

“Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.” (NR)

“Art. 6º A pessoa responsável pela administração dos bens:

.....

Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens sujeitos a medidas assecuratórias serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.” (NR)

“Art. 7º

I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

.....

§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2º Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação.” (NR)

“Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º praticados no estrangeiro.

.....

§ 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.” (NR)

“CAPÍTULO V

DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE”

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

.....

Parágrafo único.

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

.....

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

.....

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores;

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.” (NR)

“Art. 10.

.....

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

.....” (NR)

“Art. 11.

.....

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e

b) das operações referidas no inciso I;

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

.....

§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do **caput** aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º.” (NR)

“Art. 12.

.....

II - multa pecuniária variável não superior:

a) ao dobro do valor da operação;

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou

c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

.....

IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

.....

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo:

.....

II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10;

.....” (NR)

“Art. 16. O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado.

.....” (NR)

Art. 3º A Lei nº 9.613, de 1998, passa a vigorar acrescida dos arts. 4º-A, 4º-B e 11-A e dos arts. 17-A, 17-B, 17-C, 17-D e 17-E, que compõem o Capítulo X - Disposições Gerais:

“Art. 4º-A. A alienação antecipada para preservação de valor de bens sob constrição será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério

Público ou por solicitação da parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal.

§ 1º O requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os detém e local onde se encontram.

§ 2º O juiz determinará a avaliação dos bens, nos autos apartados, e intimará o Ministério Público.

§ 3º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% (setenta e cinco por cento) da avaliação.

§ 4º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, adotando-se a seguinte disciplina:

I - nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal:

a) os depósitos serão efetuados na Caixa Econômica Federal ou em instituição financeira pública, mediante documento adequado para essa finalidade;

b) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou por outra instituição financeira pública para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas; e

c) os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal ou por instituição financeira pública serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição;

II - nos processos de competência da Justiça dos Estados:

a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira designada em lei, preferencialmente pública, de cada Estado ou, na sua ausência, em instituição financeira pública da União;

b) os depósitos serão repassados para a conta única de cada Estado, na forma da respectiva legislação.

§ 5º Mediante ordem da autoridade judicial, o valor do depósito, após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal, será:

I - em caso de sentença condenatória, nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, incorporado definitivamente ao patrimônio da União, e, nos processos de competência da Justiça Estadual, incorporado ao patrimônio do Estado respectivo;

II - em caso de sentença absolutória extintiva de punibilidade, colocado à disposição do réu pela instituição financeira, acrescido da remuneração da conta judicial.

§ 6º A instituição financeira depositária manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

§ 7º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sem prejuízo de iniciativas que, no âmbito da competência de cada ente da Federação, venham a desonerar bens sob constrição judicial daqueles ônus.

§ 8º Feito o depósito a que se refere o § 4º deste artigo, os autos da alienação serão apensados aos do processo principal.

§ 9º Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 10. Sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o juiz decretará, em favor, conforme o caso, da União ou do Estado:

I - a perda dos valores depositados na conta remunerada e da fiança;

II - a perda dos bens não alienados antecipadamente e daqueles aos quais não foi dada destinação prévia; e

III - a perda dos bens não reclamados no prazo de 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado o direito de lesado ou terceiro de boa-fé.

§ 11. Os bens a que se referem os incisos II e III do § 10 deste artigo serão adjudicados ou levados a leilão, depositando-se o saldo na conta única do respectivo ente.

§ 12. O juiz determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades a que se refere o **caput** deste artigo.

§ 13. Os recursos decorrentes da alienação antecipada de bens, direitos e valores oriundos do crime de tráfico ilícito de drogas e que tenham sido objeto de dissimulação e ocultação nos termos desta Lei permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica.”

“Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações.”

“Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil.”

“CAPÍTULO X

DISPOSIÇÕES GERAIS”

“Art. 17-A. Aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), no que não forem incompatíveis com esta Lei.”

“Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.”

“Art. 17-C. Os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias em resposta às ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo deverão ser, sempre que determinado, em meio informático, e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação.”

“Art. 17-D. Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.”

“Art. 17-E. A Secretaria da Receita Federal do Brasil conservará os dados fiscais dos contribuintes pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado a partir do início do exercício seguinte ao da declaração de renda respectiva ou ao do pagamento do tributo.”

Art. 4º Revoga-se o art. 3º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de julho de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF
Márcia Pelegrini

ANEXO C

LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013.

Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

A **PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

CAPÍTULO II

DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Seção I

Da Colaboração Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Seção II

Da Ação Controlada

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Seção III

Da Infiltração de Agentes

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Seção IV

Do Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Seção V

Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

CAPÍTULO III

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

Art. 24. O art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.” (NR)

Art. 25. O art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 342.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

.....” (NR)

Art. 26. Revoga-se a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 2 de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo