

CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA: DA
RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA VIOLAÇÃO DO
DEVER DA ÉTICA PROFISSIONAL**

Mariana Akemi Uemura

Presidente Prudente/SP
2014

CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO

FACULDADE DE DIREITO PRESIDENTE PRUDENTE

**BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA: DA
RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA VIOLAÇÃO DO
DEVER DA ÉTICA PROFISSIONAL**

Mariana Akemi Uemura

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

Presidente Prudente/SP
2014

BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA: DA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA VIOLAÇÃO DO DEVER DA ÉTICA PROFISSIONAL

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

Rodrigo Lemos Arteiro
Orientador

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Examinador

Viviane de Castro Gabriel Segatto
Examinadora

Presidente Prudente/SP, dia 25 de Novembro de 2014.

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar.
Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota”.

Madre Tereza de Calcutá

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e a Nossa Senhora Aparecida, a quem sempre dirijo minhas orações pedindo sabedoria e força para jamais desistir dos meus objetivos.

Agradeço, à minha família, em especial avós e tios, pelo apoio e por sempre estarem ao meu lado em todos os momentos, por não permitirem que por mais difícil que seja o desafio eu deixe de sonhar e acreditar em mim.

Um agradecimento especial ao meu orientador, o professor Rodrigo Lemos Arteiro, por ter aceitado e acreditado no meu trabalho, um grande exemplo de profissional, a quem deixo minha eterna admiração e respeito.

Aos examinadores, o professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti e a Dra. Viviane de Castro Gabriel Segatto, também grandes profissionais, por disponibilizarem um espaço em seu tempo e aceitarem participar deste momento comigo, meus eternos agradecimentos.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos, não citando nomes para não cometer qualquer injustiça, pela paciência, compreensão e incentivo não só durante toda construção deste trabalho, mas por estarem sempre ao meu lado compartilhando todos os momentos.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a realização da busca e apreensão em escritório de advocacia e sua colisão com os direitos fundamentais e os princípios aplicáveis a este tema. Discutindo a teoria da proporcionalidade em duas vertentes, que são a limitação do poder punitivo do Estado e a obrigação do Estado em proteger a sociedade e o indivíduo que dela faz parte. Analisa a atividade da advocacia abordando direitos inerentes a este profissional, como a inviolabilidade de seu local de trabalho e a garantia a proteção do sigilo profissional. Neste contexto, o trabalho levanta a possibilidade de rompimento da inviolabilidade e o sigilo profissional e discute também o procedimento probatório, tal discussão baseia-se no uso ou não de provas obtidas de maneira ilícita, relacionando sempre a atuação do Estado e a necessidade de se fazer uma ponderação de valores. Discute-se também a violação do dever da ética profissional, dever este que deve ser seguido por qualquer profissional, garantindo a proteção de sua atuação, bem como a preservação da atividade. Tal violação além de interferir diretamente na relação entre os clientes, que está sempre pautada em uma relação de confiança, também pode gerar conseqüências que se refletem na sociedade em geral.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Busca e apreensão. Inviolabilidade do escritório de advocacia. Sigilo profissional. Ética profissional.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the completion of search and seizure law firm and its collision with the fundamental rights and principles applicable to this topic. Discussing the theory of proportionality in two parts, which are limiting the punitive power of the State and the State's obligation to protect society and the individual that is part of it. Analyzes the activity of law addressing the rights inherent in this business, like inviolability of your workplace and ensuring the protection of professional secrecy. In this context, the work raises the possibility that disruption of the inviolability and professional secrecy and also discusses the evidentiary procedure, this discussion is based on the use or not of evidence obtained unlawfully, always relating the performance of the State and the need to make a weighting values. We discuss also a violation of professional ethics of duty, this duty that must be followed by any professional, ensuring the protection of its performance, as well as the preservation of activity. Such breach in addition to directly interfere in the relationship between clients, which is always based on a relationship of trust, can also generate consequences that are reflected in society in general.

Keywords: Fundamental Rights. Principle of proportionality. Search and seizure. Inviolability of the office advocacy. Professional secrecy. Professional ethics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1 O conceito de Direitos Fundamentais e sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	10
2.2 As Funções dos Direitos Fundamentais.....	12
2.3 As Gerações dos Direitos Fundamentais.....	13
3 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO TEMA.....	16
3.1 Devido Processo Legal.....	16
3.2 Princípio da Proporcionalidade.....	17
3.3 Contraditório e Ampla Defesa.....	18
3.4 Sigilo Profissional.....	20
4 CLÁUSULAS DE RESERVA DE JURISDIÇÃO E A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NA BUSCA E APREENSÃO.....	22
5 BUSCA E APREENSÃO.....	24
5.1 Inviolabilidade de Domicílio.....	25
5.2 Da Inviolabilidade do Sigilo no Processo Eletrônico.....	27
6 BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA.....	30
6.1 Prerrogativa Profissional do Advogado.....	30
6.2 A Inviolabilidade do Escritório de Advocacia.....	30
6.3 Da possibilidade da Quebra da Inviolabilidade.....	32
7 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO.....	34
7.1 A Admissibilidade e a Inadmissibilidade da Prova obtida por Meio Ilícito.....	34
7.2 A Possibilidade do Uso de Provas Ilícitas segundo a Teoria da Proporcionalidade.....	37
7.3 Do Uso da Prova Ilícita por Derivação.....	38
8 VIOLAÇÃO DO DEVER DA ÉTICA PROFISSIONAL.....	40
8.1 A Preservação da Atividade da Advocacia e a Proteção da Atuação Processual.....	42
8.2 O Dever da Ética diante das Relações com Clientes e a Sociedade.....	43
9 CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo o estudo da possibilidade da busca e apreensão em escritório de advocacia, levando em consideração que este precisa atuar de maneira a respeitar os direitos fundamentais e os princípios que a este podem ser aplicados.

Deve-se levar em consideração o princípio da proporcionalidade uma forma de possibilitar a imposição de certos limites à atuação do Estado, a fim de preservar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e o direito ao sigilo profissional.

A cláusula de reserva de jurisdição e na inafastabilidade de jurisdição, são exemplos de limitações a serem respeitadas pelo Estado, uma vez que surgem diante de uma ponderação de valores, em que ambos os casos limitam a atuação do Estado buscando a garantia ao acesso a justiça. No primeiro, a realização da busca e apreensão está sujeita a uma ordem judicial, restringindo a atuação do Estado, no segundo a limitação baseia-se no impedimento a criação de mecanismos que impeçam o acesso a justiça.

O estudo da busca e apreensão aborda a inviolabilidade de domicílio, conceito que se expande também ao escritório de advocacia, garantindo a proteção de documentos de clientes e até mesmo do próprio escritório.

Esta proteção busca preservar a credibilidade do profissional e manter o sigilo de clientes que em nada se relacionam com o crime que está sendo investigado, diante disto, há uma discussão quanto ao momento em que é possível violar o ambiente profissional do escritório.

A questão a ser discutido quanto à inviolabilidade é o confronto, muitas vezes existente, entre a proteção individual e a proteção quando há um interesse maior, a busca pela proteção da sociedade.

Discute-se também neste trabalho, o procedimento probatório da busca e apreensão, trata-se da possibilidade da admissão do uso ou não da prova obtida ilicitamente, estabelecendo o confronto existente entre a busca da verdade real pelo

Estado e a redação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, contrário ao uso.

A discussão sobre o uso das provas ilícitas deve ser sempre ponderada, uma vez que sua discussão gera a defesa de interesses comuns diferentes, a possibilidade de defesa do réu e a garantia a segurança da sociedade, deve existir um equilíbrio, não podendo beneficiar um e desrespeitar o outro.

O estudo da ética profissional baseia-se em um conjunto de valores, o desrespeito a estes valores é prejudicial à preservação da atividade da advocacia, uma vez que, coloca em risco a credibilidade de toda a classe diante da sociedade e interfere também na condução dos processos que atua.

A confiança é a estrutura que mantém toda relação existente entre o cliente e o profissional, relação esta perpétua, na qual o sigilo profissional deve ser mantido até mesmo após o rompimento do vínculo existente entre advogado e cliente.

Diante do dever da ética e a relação de confiança o trabalho também faz uma breve discussão entre as atitudes do advogado e como elas interferem na sociedade em geral, contribuindo para o sentimento de viver a mercê da insegurança.

O método de pesquisa adotado neste trabalho é o dedutivo, partindo-se de premissas gerais para institutos individualizados e através do estudo doutrinário sobre do tema.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é necessário fazer uma breve análise dos direitos fundamentais, para uma melhor compreensão do estudo do tema, uma vez que é através da discussão desses direitos que podemos adentrar na discussão do poder de limitar a atuação do Estado, buscando impedir a violação dos princípios e garantias constitucionais estabelecidas. Assim, destacam-se o conceito e sua relação com a dignidade da pessoa humana, suas funções e o contexto das suas gerações.

2.1 O Conceito de Direitos Fundamentais e sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Para se chegar à concepção que temos nos dias atuais sobre este tema, a sociedade foi passando por constantes transformações, transformações estas, que mudaram não somente a visão da sociedade nas questões ligadas à política, religião e economia, mas principalmente, a questão social. E é neste contexto de mudanças que se observa o surgimento dos chamados direitos fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, pág.29), o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos conferidos ao ser humano, que foram reconhecidos e normatizados na esfera do direito constitucional positivado e determinado pelo Estado.

A dificuldade muitas vezes está em conseguir delimitar quais são estes direitos conferidos pelo Estado e qual a maneira que se apresentam a sociedade em geral.

Uadi Lammêgo Bulos (2011, pág.316), define os direitos fundamentais como sendo:

conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Este conceito além de indicar o conjunto onde os direitos fundamentais se fazem presentes, também demonstra que em nada adianta a existência de normas, princípios, deveres, se não estiverem pautados no princípio da dignidade da pessoa humana (Art.1º, inciso III, da Constituição Federal).

A relação dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana é fator fundamental para a efetivação das normas constitucionais e influenciam resultados de atos legislativos, administrativos e também judiciais.

Dirley da Cunha Junior (2011,pág.557), apresenta este posicionamento ao concluir:

Sustentamos, assim, que os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídico-constitucional formal e material justificadora e legitimadora dos poderes estatais, como concretização da dignidade da pessoa humana, impõem aos órgãos do poder público o dever à efetivação das normas constitucionais. É nesse contexto que se defende o direito fundamental à efetivação da constituição, com a emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se tão presente quando o assunto é violação dos direitos fundamentais, que não se pode deixar de considerá-lo como sendo o responsável pelo respeito que se criou em torno daquilo que é pelos direitos fundamentais protegido.

Também é importante destacar que segundo Uadi Lammêgo Bulos (2011,pág.316), os direitos fundamentais também apresentam outras denominações:

Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos: (i)direitos humanos fundamentais; (ii)direitos humanos; (iii)direitos do homem; (iv)direitos individuais; (v)direitos públicos subjetivos; (vi)direitos naturais; (vii)liberdades fundamentais; (viii)liberdades públicas, etc.

Mas tais denominações devem ser utilizadas com precaução a fim de utilizar a mais adequada e mais abrangente para a situação levantada, aquela que seja capaz de apresentar um conteúdo vantajoso a relação existente.

2.2 As Funções dos Direitos Fundamentais

Tratando-se das funções dos direitos fundamentais, na visão de Dirley da Cunha Junior, concluímos a existência de quatro funções sendo estas: função de defesa, função de prestação, função da proteção perante terceiros e a função da não discriminação.

Na função de defesa, o objetivo principal é impedir que o Estado venha de alguma forma invadir o limite imposto em sua atuação cometendo abusos, em outras palavras, direitos fundamentais de defesa visam proteger bens jurídicos que não podem ser afetados pelo Estado sob pena de sua interferência ser declarada inconstitucional.

Ligada a ela encontra-se a função de prestação, que garante ao indivíduo as condições necessárias para que ele possa exercer a sua liberdade, fornecendo subsídios para que este seja capaz de exigir do Estado a concretização de algo pendente de solução.

A função de prestação também está ligada aos direitos sociais, existindo a possibilidade de prover o indivíduo para que possa perante o Estado exigir que determinadas condutas sejam praticadas, visando melhorar a vida da sociedade, trata-se de uma prestação material.

Quando se fala em proteção perante terceiros, este consiste no dever do Estado em proteger os titulares perante terceiros, já que existem situações em que estes podem ser afetados.

“Destarte, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida, à inviolabilidade do domicílio ou o sigilo de dados e o direito de reunião, apenas para citar alguns exemplos, de eventuais agressões de outros indivíduos” (JUNIOR, 2011, pág.565).

A função da não discriminação baseia-se no princípio da igualdade, devendo o Estado tratar a todos sem nenhuma forma de discriminação.

Porém, há doutrinadores como Uadi Lammêgo Bulos (2011, pág.318), que destacam apenas duas finalidades dos direitos e garantias fundamentais existentes, a defesa e a instrumentalização.

Segundo o autor a função da instrumentalização, é composta por princípios informadores de toda a ordem jurídica como, por exemplo, a isonomia e o devido processo legal.

Ao analisar as funções dos direitos fundamentais não há como não se questionar sobre os seguintes pontos: A obrigação do Estado que possui o dever de ação e o dever de agir em busca do bem comum, bem como, as funções dos direitos fundamentais que representam as direções que deve o Estado seguir com a finalidade de buscar os anseios da sociedade.

2.3 As Gerações dos Direitos Fundamentais

São chamadas de garantias de primeira geração, que surgiram diante das influências sofridas pelas ideias iluministas e jusnaturalistas, aquelas ligadas à vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade.

Conhecidos por seu caráter negativo, em face da sua individualidade, sendo direitos de defesa do indivíduo diante do Estado, passando a existir uma limitação no seu poder de influência perante o cidadão.

Em outras palavras, é o dever de não fazer do Estado.

Porém, a vontade da sociedade em buscar ampliar cada vez mais seus direitos fez surgir os chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são direitos sociais ou individuais de direito do cidadão.

Trata-se do direito a prestações sociais e também as “liberdades sociais”, e são reconhecidos como a garantia de o indivíduo possuir, de modo assegurado, a saúde, a educação, a assistência social e o trabalho. Relacionado à garantia que todo cidadão tem ao trabalho é possível contemplar o direito deste de reivindicar por melhores condições.

Não bastava os indivíduos possuírem a liberdade se diante do quadro social estes enfrentavam graves problemas, era necessário estruturar a sociedade e assim atender as necessidades existentes, surgindo os direitos sociais garantindo

proteção ao mais fraco, buscando evitar a desigualdade e dividindo as oportunidades nos vários setores existentes na sociedade.

Já nos direitos fundamentais de terceira geração encontram-se os direitos ligados à idéia de fraternidade ou solidariedade, que se difere tanto da primeira quanto da segunda geração no fato dos direitos aqui estabelecidos estarem voltados à coletividade e não a individualidade do cidadão.

São direitos de terceira geração nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, pág.48):

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir dos direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito a comunicação.

Busca-se aqui preservar a existência da própria sociedade, por isso, entendemos que aqui a preocupação não está mais voltada ao indivíduo isolado e sim a coletividade.

No que se refere à existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, Paulo Bonavides (2011, pág. 571) define que, "São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo".

Tratando o surgimento desta quarta geração de direitos fundamentais como fruto de uma globalização política, reflexo da evolução da sociedade ao longo dos anos.

Paulo Bonavides (2011, pág.573) defende ainda a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais, ligada a questão da paz, para ele a paz é requisito essencial para qualquer nação que busca crescer, progredir.

Para Uadi Lammego Bulos (2011, pág.319) existe uma sexta geração de direitos fundamentais, ligada ao direito à democracia, informação e pluralismo político.

Refere-se à democracia porque há um poder de escolha, sendo oposta à imposição baseada no abuso de poder e ao uso da força, a informação relaciona-se ao direito de informar e ser informado, já o pluralismo político envolve a composição da sociedade formando os diversos grupos existentes.

Entendemos assim, que a ideia do pluralismo político surge buscando a liberdade de expressão e opinião, na democracia há uma liberdade de escolha, um direito do cidadão na participação da formação da sociedade.

3 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO TEMA

A fim de discutir os principais princípios aplicáveis ao tema é importante destacar o conceito dado por Humberto Ávila (2011, pag.78 e 79):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Há uma preocupação em analisar a finalidade, o objetivo que se pretende atingir, não se refere à conduta e sim o fim a ser alcançado.

Ao discutir a questão da busca e apreensão em escritório de advocacia é necessária à observância dos princípios do devido processo legal, da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa, assim como, também, o sigilo profissional.

3.1 Devido Processo Legal

Previsto no Art.5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o princípio do devido processo legal é responsável por limitar a atuação do Poder Público, sendo um subreprincípio composto por vários outros valores que se pretende atingir.

“No Brasil, além da vida, liberdade e propriedade, o devido processo abarca a inviolabilidade à vida, à privacidade, ao direito de locomoção, à legalidade, aos bens corpóreos e incorpóreos etc.” (BULOS, 2011, Pág.354).

“O devido processo legal funciona como meio de manutenção dos direitos fundamentais” (BULOS, 2011, pág.354).

Existe o devido processo legal material ou *substantive due processo of law* e o devido processo legal formal ou *procedural due processo of law*.

O primeiro aborda o devido processo legal substancial, manifestado tanto no ramo do Direito Público como também no ramo do Direito Privado, estando este ligado ao princípio da proporcionalidade, responsável por possibilitar que exista a limitação da atuação do poder do Estado.

Já o segundo está ligado à questão do acesso à justiça, responsável por garantir a possibilidade a qualquer cidadão de reivindicar um direito perante o Poder Judiciário.

Reivindicar para Uadi Lammêgo Bulos (2011, pág.355) é o direito de:

- i) ingressar em juízo para tomar conhecimento do teor de uma acusação;
- (ii) o exame imparcial de litígios pelo Judiciário;
- (iii) o direito de sustentação oral nos tribunais;
- (iv) a certeza da aplicação do contraditório e da igualdade das partes;
- (v) o direito de notificação prévia nos procedimentos administrativos e judiciais;
- (vi) a proibição de medidas abusivas e ilegais, contrárias às liberdades públicas;
- (vii) o privilégio contra a autoincriminação;
- (viii) a preservação de todas as garantias que instrumentalizam direitos.

O devido processo legal é meio protetor de todo cidadão que busca através do Judiciário sanar eventual litígio na qual foi atingido, a limitação do poder de atuação do Estado protege o cidadão das injustiças que contra ele possam ser cometidas garantindo que todos os direitos fundamentais possíveis de serem aplicados não sejam violados.

3.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é meio responsável por limitar a atuação do Estado tendo em vista os direitos individuais pertencentes a cada indivíduo.

Como abordado anteriormente, a teoria da proporcionalidade substancial liga-se a este princípio possibilitando limitar a atuação do Estado, mas é necessário também observar a presença dos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação a análise está nas medidas utilizadas, devendo estas serem adequadas para obtenção do fim que se pretende atingir, no elemento necessidade observar-se que é preciso adotar atos e meios, não podendo utilizar dos meios gravosos capazes de ferir o indivíduo, leva-se em consideração a utilização de meios menos gravosos.

José Gomes Canotilho apud Eduardo Cambi (2010, pág. 468 e 469) quando entende que o elemento necessidade é relativo e analisa alguns critérios:

- a) a necessidade material: o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais;
- b) a exigibilidade espacial: aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção;
- c) a exigibilidade temporal: pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público ou particular;
- d) a exigibilidade pessoal: significa que a medida deve se limitar à pessoa ou as pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. Não se deve levar em consideração critérios de necessidade absoluta, mas de necessidade relativa, ou seja, se poderia ser utilizado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.

“A análise da necessidade somente ocorrerá caso superado o exame da adequação; a da proporcionalidade em sentido estrito apenas acontecerá se o problema já não tiver sido solucionado com os juízos da adequação e da necessidade” (CAMBI, 2010, pág. 465).

No terceiro elemento, proporcionalidade em sentido estrito, leva-se em consideração o critério da satisfação, analisando o ganho obtido com a adoção deste meio devendo ser este maior que os prejuízos sofridos, e se o fim a ser atingido é suficiente para justificar os prejuízos.

A ausência de um dos elementos não caracteriza a teoria da proporcionalidade.

3.3 Contraditório e Ampla Defesa

Presente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o contraditório é garantia constitucional assegurada, garantindo o conhecimento dos

fatos e a possibilidade de defender-se de acusações contra a ele imputados, a ausência da garantia ao contraditório leva o processo a sofrer nulidade absoluta como defende Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, pág. 43):

Como se verá, sobretudo por ocasião da abordagem relativa às provas, o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.

“ Seu conteúdo é muito claro: garantir aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes”. (BULOS, 2011, pág. 359).

Tratando-se da ampla defesa há aqueles que entendam que se encontra em conjunto com o princípio do contraditório, sendo a possibilidade de defesa de fatos e de apresentar provas visando defender a sua inocência.

“Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado” (PACELLI, 2011, pág. 46).

A relação existente entre o contraditório e a ampla defesa está na garantia de defesa que ambos possibilitam ao réu, de um lado o direito de ser ouvido antes de qualquer decisão a respeito do fato imputado e do outro a possibilidade de defesa e apresentação de provas demonstrando o contrário.

A análise destas características possibilita verificar e confirmar a separação existente entre Estado e cidadão, o Estado deve agir garantindo a segurança e a ordem da sociedade, punindo aqueles que prejudicam e desrespeitam estas garantias, do outro lado temos o cidadão que tem o direito de defender e provar a sua inocência diante dos fatos contra ele imputados e reivindicar seus direitos.

3.4 Sigilo Profissional

Somente ao advogado é permitido postular perante qualquer órgão Judiciário, quando somente o diálogo entre as partes se mostrar ineficaz para se chegar a um acordo este sofrerá intervenção, através do Poder Judiciário, em busca da solução do litígio.

Além de buscar o direito de seu cliente através da propositura da ação perante o Poder Judiciário, o advogado também presta atividades de consultoria e assessoria jurídica.

Ao procurar os serviços de determinado advogado está se criando com ele um vínculo de confiança, a parte espera do advogado que este solucione o conflito, valendo-se de todos os meios legais para obtenção de um resultado que seja favorável a ele.

Marco Antonio da Silva de Macedo Junior e Celso Coccaro (2012, pág.138), definem sigilo profissional como sendo “um direito-dever”.

No dever de sigilo há uma relação de confiança depositada pelo cliente no advogado, enquanto o termo direito faz referência à independência de atuação que a ele é assegurado.

Levando em consideração a confiança existente na relação advogado e cliente, o sigilo vem como uma maneira de evitar que paire sobre esta relação à insegurança diante da possibilidade de violação de arquivos e dados que a ele são confiados.

Ainda na questão do sigilo profissional, há de defendermos também a impossibilidade de violação do sigilo as correspondências, comunicações telegráficas, comunicações de dados, as telefônicas e comunicações telemáticas.

Violar dados de clientes é violar o direito ao sigilo profissional existente em qualquer escritório de advocacia.

Também são de Marco Antonio da Silva de Macedo Junior e Celso Coccaro (2012, pág.138) as hipóteses por eles definidas como dever profissional:

- (a) abrange a atividade de advocacia em todas as suas dimensões, tanto contenciosa, quanto consultiva e de assessoria;
- (b) é obrigação extracontratual. Ainda que seus serviços não tenham sido contratados, o advogado tem o dever de sigilo em relação às informações obtidas nas sondagens que não se consumam na efetiva contratação;
- (c) é obrigação permanente. O sigilo deve ser resguardado nas hipóteses em que o advogado tiver de postular contra ex-cliente ou o ex-empregador, judicial ou extrajudicialmente (art.19 do Código de Ética e Disciplina).

Aos advogados são estabelecidos deveres que devem ser seguidos, porém, Marco Antonio Silva de Macedo Junior e Celso Coccaro (2011, pág.135) citam também dois exemplos de condutas que não devem ser praticadas pelos advogados:

O advogado deve abster-se de:

- Patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
- Empratar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana.

O dever do sigilo profissional não é absoluto, uma vez que estão presentes exceções, conforme redação do Art.25 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 25 - O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Revelar com o fim de assegurar questões de interesses maiores e em casos que o advogado, vítima de insultos dirigidos por seu cliente, atua em defesa própria, são exceções que permitem a violação do sigilo profissional.

A própria Constituição Federal defende que a honra, vida e o direito de defesa são invioláveis e sua violação acarreta consequências.

4 CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO E A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NA BUSCA E APREENSÃO

Diante da violação de direitos fundamentais que ocorre na realização da busca e apreensão surge a cláusula de reserva de jurisdição, limitando a sua realização na necessidade de uma ordem judicial dada pelo Poder Judiciário, ou seja, depende da análise do juiz e de um mandado judicial com base em uma decisão fundamentada, não podendo ser concedida levando em consideração a opinião que apenas supõe a necessidade.

Possui caráter cautelar e geralmente ocorre ainda na fase do inquérito, necessitando chegar ao juiz de alguma das varas da Comarca competente para ser avaliada a necessidade da medida ao caso concreto, garantindo assim, que ocorra futuramente o resultado prático da ação penal.

Quando se analisa o surgimento desta cláusula de reserva de jurisdição, não há como não associá-la a questão do acesso à justiça, garantia concedida a todo cidadão de provocar o Poder Judiciário a fim de defender ou buscar um direito.

Há também a garantia a inafastabilidade da jurisdição, protegendo o cidadão ao impedir que o Estado crie lei ou ato que limite o acesso à justiça.

Dirley da Cunha Junior (2011, pág.716) confirma o que foi dito acima ao dizer que, “A garantia da inafastabilidade da jurisdição, com o que proibiu qualquer lei ou ato limitar o acesso ao judiciário”.

Tanto a inafastabilidade da jurisdição como a cláusula de reserva de jurisdição encontra semelhança no fato de serem formas de limitação da atuação do Estado, trata-se de uma atuação restritiva, esta restrição gera um confronto entre a vontade da parte e a decisão do juiz sempre vinculada à análise do caso concreto.

Uadi Lammêgo Bulos (2011, pág.340) diz que cabe aos juízes e tribunais a decisão sobre o caso concreto, podendo estes acolherem ou rejeitarem aquilo que foi proposto.

A cláusula de reserva de jurisdição e a inafastabilidade da jurisdição buscam equilibrar as relações jurídicas existentes, de modo a evitar abusos do Estado e garantir o direito de defesa, um direito sem a existência de limitação de acesso aos meios necessários.

Características estas que buscam acima de tudo garantir a segurança jurídica nas relações entre o indivíduo e o Estado, quando se fala em segurança jurídica busca-se manter estabilidade nas relações e a confiança entre eles.

Segundo Dirley da Cunha Junior (2011, pág.718):

Busca, assim, a segurança jurídica preservar e efetivar os valores consignados no princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, entremostrando-se como instrumento de garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

A segurança jurídica é responsável por preservar e efetivar os valores estruturantes do Estado e que possibilitam ao indivíduo se sentir seguro, agindo de modo a garantir que os direitos fundamentais sejam efetivados.

5 BUSCA E APREENSÃO

“Busca do verbo buscar, sinônimo de descobrir, de encontrar, procurar, investigar, significa a procura de alguma coisa ou alguém. Os antigos definiam a busca como a pesquisa, varejo ou procura feita por ordem de autoridade competente para os fins declarados em lei”. (TOURINHO FILHO, 2013, pág. 407).

“Apreensão, do verbo apreender, vem a ser a medida que se sucede à busca. Uma vez procurada e encontrada a pessoa ou coisa (busca), procede-se-à à apreensão, isto é, a pessoa ou coisa será “pegada”, “segurada”, “apreendida”, já que a apreensão é o objeto da busca”. (TOURINHO FILHO, 2013, pág. 407 e 408).

“Trata-se, por certo, de medida de natureza eminentemente cautelar, para acautelamento de material probatório, de coisa, de animais e ate de pessoas, que não estejam ao alcance, espontâneo, da justiça” (PACELLI, 2011, pág. 442).

A busca e apreensão podem ocorrer tanto durante a investigação policial como também na fase da instrução criminal, apesar desta possibilidade a sua realização acontece com mais frequência durante a fase pré- processual.

Segundo o artigo 242 do Código de Processo Penal, pode a busca ser determinadas “*ex officio*” tanto pela Autoridade Judiciária como também pela Autoridade Policial ou a requerimento das partes.

Se não for a busca domiciliar realizada por estes pessoalmente, somente poderá ocorrer mediante mandado, conforme determina o artigo 241 seguindo o mandado os requisitos do Artigo 243, ambos do Código de Processo Penal.

O mandado possui limites a serem observados, caso contrário estaremos diante de uma prova ilegítima, trata-se da observância do objeto motivo da busca, devendo este ser minuciosamente descrito no mandado, bem como as pessoas que serão atingidas por sua realização que conseqüentemente terão seus direitos fundamentais restritos.

Importante também fazer uma análise dos pressupostos para a busca e apreensão que estão ligadas a prova da autoria e materialidade, o chamado “*fumus boni iuris*” e a tutela de urgência, conhecida como “*periculum in mora*”.

5.1 Inviolabilidade de Domicílio

A busca e apreensão possuem caráter excepcional, por violar não só o domicílio, mas também por ocasionar uma violação pessoal, garantias asseguradas constitucionalmente, a inviolabilidade de domicílio encontra-se no Art.5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Dirley da Cunha Junior (2011, pág.703) diz que para que exista um maior entendimento em relação à violação de domicílio antes de tudo é necessário conceituar o termo “casa”:

Entendemos que o conceito de casa deve revestir-se de caráter amplo, para compreender não só o domicílio ou residência, mas também (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce alguma profissão ou atividade.

Existindo ampliação por parte da doutrina ao expandir o direito à inviolabilidade domiciliar a qualquer espaço em que o indivíduo venha a exercer atividade profissional.

Guilherme de Souza Nucci (2013, pág.559), reforça a ideia apresentada anteriormente de que esta definição aplica-se também para escritórios de advocacia:

Equipara-se, pois, domicilio a casa ou habitação, isto é, o local onde a pessoa vive ,ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais. Serve para os cômodos de um prédio, abrangendo o quintal, bem como envolve o quarto de hotel, regularmente ocupado, o escritório do advogado ou de outro profissional, o consultório médico, o quarto de pensão, entre outros lugares fechados destinados a moradia de alguém.

Tais conceitos devem ser interpretados de maneira ampla uma vez que independente de onde o advogado esteja atuando, este local será considerado inviolável.

A limitação a livre atuação do Estado diante da necessidade da violação do domicílio está na necessidade de autorização judicial.

Ao violarem o domicílio sem a devida autorização judicial, está havendo uma violação da garantia constitucional prevista no Artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal, que representa uma forma de limitar o poder do Estado.

A necessidade de autorização está pautada nas bases que constituem o devido processo legal, não podendo o juiz atuar em desconformidade com o que o direito já estabelece.

As provas obtidas frutos de uma atuação em desconformidade serão considerada ilícitas, impossibilitando serem acolhidas para efeito de condenação do réu.

Sobre a necessidade de autorização judicial discorre Adalberto de Camargo Q.T. Aranha(2006, pág.273):

A autorização judicial é imprescindível na busca domiciliar, mesmo que feita pessoalmente pela autoridade policial, cabendo a esta requerê-la fundamentalmente, isto é, apresentado suas razões da necessidade e conveniência. A desnecessidade do mandato só existe quando a busca for realizada pela própria autoridade judicial.

Adalberto José Q.T.de Camargo Aranha também aborda neste trecho a exceção para a busca realizada sem a necessidade de um mandado judicial, divergindo do que podemos entender como direito ao devido processo legal, sigilo profissional, ampla defesa e contraditório, enfim, que limitariam a aplicabilidade dos princípios citados até o momento.

Segundo Aranha (2006, pág.278) existem dois requisitos que garantem que a prova obtida possa ser considerada válida, sendo possível a invasão do domicílio sem uma ordem judicial devidamente fundamentada nas seguintes hipóteses: a primeira refere-se à necessidade de intervenção imediata de qualquer pessoa, que busca proteger a vítima, garantindo a sua segurança e em segundo que

existam convicções e elementos que um crime esteja sendo cometido naquele exato momento, devendo ser estes concretos e não meras suposições.

Tais exceções que levam a possibilidade de utilização das provas obtidas é resultado de medidas de caráter de urgência e que não violam a privacidade e nem o sigilo profissional existente, na verdade, atuam de maneira a garantir a proteção e a segurança da coletividade.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, pág.413) os objetivos que envolvem a realização das buscas domiciliares são:

- a)prender criminosos;
- b)apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminoso;
- c)apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d)apreender armas e munições,instrumentos utilizados na pratica de crime ou destinados a fim delituoso;
- e)descobrir objetos necessários à prova de infração ou defesa do réu;
- f)apreender cartas,abertas ou não,destinadas ao acusado ou em seu poder,quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g)apreender pessoas vitimas do crime;
- h)colher qualquer elemento de convicção.

Estão estes objetivos previstos no Artigo 240,§ 1º, do Código de Processo Penal, e que são base para a fundamentação da necessidade de se realizar buscas domiciliares.

5.2 Da Inviolabilidade do Sigilo no Processo Eletrônico

Através da internet podemos obter informações sobre os mais variados assuntos, a cada dia a informatização está mais presente em nossa rotina, fato este que podemos observar no novo padrão adotado pelo Poder Judiciário que é o surgimento do processo eletrônico.

Em meio às vantagens que o processo eletrônico traz, podemos destacar a possibilidade de acesso aos autos através do computador sem ter mais a necessidade de nos dirigirmos até os fóruns para uma simples consulta.

A preocupação também deve estar em manter a proteção à inviolabilidade dos documentos nela existentes, assim como ocorre com os documentos que estão no escritório de advocacia.

O artigo 2º, §2º, da lei nº 11.419/2006, responsável por regulamentar todo processo de informatização judicial garante através do credenciamento a proteção ao sigilo das comunicações:

Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.
§ 2º Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

A preocupação está na preservação dos dados diante do fato da internet não ser um meio totalmente seguro e confiável capaz de manter as informações sobre total sigilo garantindo a sua integridade.

Art. 12. A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico.
§ 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.

Por mais protegido que possa ser considerado o sistema, não se pode descartar a possibilidade de romper a barreira e acessar os documentos, inexistindo um controle totalmente confiável, o mesmo ocorre com o sigilo nas linhas telefônicas, sendo impossível ao advogado controlar a atuação das escutas telefônicas, posto que não possa pressentir e evitar estar sendo alvo da escuta.

Apesar de o processo tornar-se eletrônico os documentos continuam os mesmos e em nada modifica a sua essência, uma vez que o processo eletrônico continua a ter os mesmos atos do processo físico e ao advogado são impostas as mesmas responsabilidades de atuação.

A possibilidade de levar em consideração a teoria da proporcionalidade para o uso de documentos pessoais de clientes e do escritório obtidos através do acesso deste pela internet pode ser da mesma maneira que se aplicaria a aqueles

documentos físicos obtidos em desacordo com o que a lei estabelece, necessitando assim, de uma ordem judicial determinando a sua quebra, sob pena de nessa situação a prova também ser considerada ilícita.

Sendo uma forma de garantir a proteção e a responsabilidade daqueles que violam indevidamente o sigilo profissional através de meio eletrônico.

6.BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

A busca e apreensão em escritório de advocacia somente podem ocorrer mediante ordem judicial, devidamente fundamentada pelo juiz competente, com a finalidade de ter acesso a uma prova determinada, porém este ato viola a proteção constitucional a inviolabilidade também do escritório de advocacia.

6.1 Prerrogativa Profissional do Advogado

“Basilar entre as prerrogativas é a garantia de se poder (e dever) exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional” (MAMEDE, 2003, pág. 190).

Segundo o artigo 133 da Constituição Federal, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Buscando a livre atuação do advogado, surgem as prerrogativas profissionais que possibilitam atuar com toda liberdade necessária a fim de defender os interesses do seu cliente.

O advogado é o ponto de equilíbrio entre o Estado e o particular desde que respeitados os limites da lei e, portanto, a ele são conferidas todas as garantias para que possa exercer sua função.

6.2 A Inviolabilidade do Escritório de Advocacia

Realizar esta medida não é somente invadir o ambiente profissional, é invadir também a relação pessoal existente entre o profissional e o cliente, por isso

dizer que tal medida é considerada eminentemente cautelar em questões ligadas ao meio probatório e segurança, implicando também em violação pessoal.

O advogado tem como um de seus deveres manter uma relação de confiança com aqueles que representam, sendo prejudicial a relação, se passasse a existir uma insegurança diante da possibilidade de obter informações, que deveriam estar protegidas pelo princípio do sigilo profissional através desta inviolabilidade.

A violação do sigilo profissional prejudica não somente o advogado e o cliente que teve suas informações violadas, mas todos aqueles que confiaram nele, gerando insegurança e dúvida quanto ao seu caráter profissional.

O Artigo 7º, inciso II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, estabelece o direito à inviolabilidade do escritório bem como todos os documentos existentes nele e que envolvam os clientes.

Quando o assunto é a inviolabilidade do escritório de advocacia a proteção está voltada não para a pessoa e sim para a função exercida pelo advogado, já que a violação não atingirá somente o advogado, mas também o cliente provará desta violação através do rompimento do sigilo profissional.

A redação do artigo 243, §2º, do Código de Processo Penal, estabelece restrições quanto à apreensão de documentos existentes nos escritórios, sendo somente apreendidos aqueles que constituam corpo do delito, respeitando o princípio da ampla defesa e garantindo a inviolabilidade dos demais documentos existentes que não se relacionam com o fato.

Como atua frente ao Estado ao advogado é garantido a proteção ao direito de livre atuação, este direito impede que o indivíduo sofra abusos, além de vigorar nestas situações a cláusula de reserva de jurisdição, já abordada anteriormente, que garante a existência da necessidade de ordem fundamentada da autoridade competente.

Não há como novamente também não tratarmos do princípio da proporcionalidade buscando um equilíbrio entre a obrigação de atuar do Estado e as suas consequências ao cidadão.

Existem quatro situações defendidas por Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, pág.427) com a qual também é possível a busca e apreensão em escritório de advocacia:

Nada obsta, por conseguinte, respeitadas as garantias da defesa, procede-se à busca e apreensão no escritório do advogado:

- a) em qualquer caso, se o advogado for partícipe da infração;
- b) se o advogado não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a diligência;
- c) se o advogado não possuir os papéis como “secretário”, isto é, em razão da sua função, caso em que deverá ser resguardado o sigilo profissional;
- d) para apreender documentos ou objetos que constituam elementos do corpo de delito.

Quando há provas da materialidade e indícios de autoria de algum crime praticado pelo advogado é possível a autoridade devidamente competente, de maneira fundamentada, expedir mandado de busca e apreensão contra o escritório de advocacia, já que há um bem maior a ser preservado que é a segurança da coletividade.

6.3 Da Possibilidade da Quebra da Inviolabilidade

Apesar da inviolabilidade do escritório de advocacia comportar exceções, a preocupação com a proteção do sigilo profissional não deixa de ser ignorada.

Como analisado anteriormente, a inviolabilidade pode ser afastada quando há um interesse superior, que é a segurança da coletividade, isso possibilita a autoridade competente afastar o direito a inviolabilidade quando o investigado na verdade é o advogado.

O sigilo profissional garante a proteção do cliente, impossibilitando a utilização de documentos que possam conter suas informações, desde que estes não estejam atuando como coautores ou partícipes, bem como os objetos que estão em poder do advogado.

Gladston Mamede (2003, pág.197 e 198) também traz uma situação em que haveria risco de violação do sigilo, mas, mesmo assim, ainda há uma preocupação em preservar os clientes:

A interceptação somente pode ser determinada se a investigação disser respeito ao próprio advogado, nunca para investigar um de seus clientes.

Ademais, havendo gravações, somente poderão ser utilizadas como prova aquelas que digam respeito ao objeto específico da investigação contra o advogado; todas as demais passagens, relativas aos clientes daquele, deverão ser destruídas; jamais poderão ser divulgadas ou utilizadas como prova, sob pena de criar lesões (morais e, eventualmente, materiais) ao direito do cliente, a serem indenizadas pelo Estado e/ou pelo responsável pela divulgação e/ou utilização de comunicação indevidamente violada.

Há uma preocupação em preservar a imagem do cliente quando o escritório por ele contratado vier a sofrer alguma investigação, como o objeto da investigação não se estende a sua relação com este, qualquer gravação que tenha seu nome citado deve ser descartada.

A inviolabilidade não se estende a pessoa do advogado e sim a função exercida por ele, por isso a possibilidade de se afastar a inviolabilidade é tão justificável nesta situação.

Ao advogado cabe representar o seu cliente, sendo uma de suas principais funções, assim nestes casos ainda há a preocupação da preservação das informações dos clientes mantendo sua inviolabilidade.

Nas hipóteses em que o advogado sofre investigação, esta ocorre na pessoa do advogado e em nada se relaciona a relação estabelecida entre ele e seu cliente, como não está ligado à função exercida por ele é possível também afastar a inviolabilidade do escritório de advocacia.

7. PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Através do procedimento probatório é possível direcionar as formas de obtenção das provas, apresentada de forma coordenada possuindo três momentos distintos e que se interligam: a proposição, a admissão e a sua execução.

Na proposição as partes indicam as provas que serão utilizadas no processo, respeitando o disposto na lei.

Quando se fala em admissão, esta é ato do juiz, que ao analisar as provas indicadas pelas partes irá deferir ou não a sua produção.

A sua execução, é considerada a fase de produção das provas, capazes de trazer ao juízo os elementos que garantam a certeza das partes sobre o assunto discutido.

A análise do procedimento probatório é essencial para se discutir o uso ou não de determinada prova no processo, bem como a maneira que esta se originou.

7.1 A Admissibilidade e Inadmissibilidade da Prova obtida por Meio Ilícito

Entende Fernando da Costa Tourinho (2011, vol.03, pág.233 e 234) que o ato de provar é:

Antes de mais nada,estabelecer a existência da verdade;e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-lá.Provar é,enfim,demonstrar a certeza do que se diz ou alega.Entende-se,também,por prova,de ordinário,os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer,dentro do processo,a existência de certos fatos.É o instrumento de verificação do thema probandum.às vezes,emprega-se a palavra prova com o sentido de ação de provar .Na verdade,provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós.Nós a conhecemos;os outros não.

Diante das expressões “estabelecer a existência da verdade” ou “demonstrar a certeza do que se diz ou alega”, citadas pelo autor para conceituar o

ato de provar, é possível estabelecer sua relação com o princípio que vigora no Código de Processo Penal conhecido como Princípio da verdade real.

Segundo o princípio da verdade real deve haver uma busca ampla da verdadeira realidade dos fatos, o Estado não pode se basear somente em uma realidade formal, o Código de Processo Penal não admite esta modalidade de certeza, devendo existir a materialização da prova na busca pela maior eficácia da concretização do *ius puniendi*.

Segundo este princípio para que o Estado consiga uma maior eficácia na concretização do *ius puniendi* é necessário que não haja nenhuma limitação ao uso das provas por ele obtidas, uma vez que, imposta a limitação, estaria impedindo o Estado de atuar de maneira justa, violando o princípio da verdade real.

A limitação pode, também, interferir no princípio do livre convencimento motivado do juiz, uma vez que após a apresentação de todas as provas e argumentos o juiz tem liberdade para decidir de maneira fundamentada a melhor solução do conflito.

Adalberto José Q.T de Camargo Aranha (2006, pág.63) ao discutir a admissibilidade da prova ilícita diz que a única teoria que admite o uso da prova ilícita baseia-se na ideia de que somente serão rejeitadas aquelas violadoras de norma instrumental:

Para os seguidores a violação de uma norma material traz a sua sanção específica, que não é o afastamento do processo. Vale dizer: na prova ilícita reconhece-se a ofensa ao direito material, devendo ser aplicada ao ofensor a sanção correspondente, a penalidade adequada; todavia, não pode ser afastada do processo, pois neste só podem ser rejeitadas as ofensas com sanção especificamente processual.

Defende que somente serão afastadas provas que venham a prejudicar as normas reguladoras do processo, responsáveis por direcionarem a solução do conflito, denominadas normas instrumentais, caso contrário, a prova permanece no processo.

Na inadmissibilidade do uso das provas ilícitas há um confronto entre o princípio da verdade real e o que estabelece o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e o artigo 157 do Código de Processo Penal:

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

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Com relação a este artigo é possível afirmar que “a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito a intimidade, à privacidade, à imagem (art.5º, X), à inviolabilidade de domicílio (art.5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias” (OLIVEIRA, 2011, pág.344).

Segundo Adalberto José Q.T de Camargo Aranha (2006, pág.64):

Toda prova ilícita ofende a Constituição, por atingir valores fundamentais do indivíduo, é que, toda vez que uma prova é colhida ilicitamente, a violação atinge direito fundamental, inserido no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais.

Para complementar tal raciocínio o artigo 157 do Código de Processo Penal estabelece que havendo provas ilícitas estas devam ser desentranhadas do processo:

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

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

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

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

§ 4º (VETADO)

“O exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como da idoneidade e da capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser procedido da identificação dos princípios e das regras gerais a eles aplicáveis”(PACELLI, 2011, pág.328).

“Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova” (OLIVEIRA, 2011, pág.345).

Estabelece, portanto, limitação na atividade probatória do Estado a fim de estabelecer uma relação de igualdade com o direito de defesa evitando violação dos princípios constitucionais, possibilitando que o Estado não venha a adquirir as prova de maneira irregular e que possam vir a violar de maneira indevida tais valores constitucionais.

7.2 A Possibilidade do Uso de Provas Ilícitas segundo a Teoria da Proporcionalidade

Quando falamos em proporcionalidade estamos nos referindo à ponderação, ou seja, a teoria da proporcionalidade exige que haja uma ponderação dos valores a serem estabelecidos em cada caso concreto, segundo a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

“O critério de preferência não pode ser o axiológico, isto é, valorativo, mas, sim, deotológico, na medida em que ambas as normas deve ser cumpridas” (OLIVEIRA, 2011, pág.375).

A vedação das provas ilícitas tem como finalidade controlar a atividade persecutória do Estado, evitando, assim, a desigualdade.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, pág.377) aproveitar a prova ilícita em benefício da defesa é um critério objetivo da teoria da proporcionalidade decorrente de duas situações:

- a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente de ilicitude;
- b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é seu primitivo e originário titular.

Busca-se com a teoria da proporcionalidade um equilíbrio, ou seja, conhecer os valores que estão sendo discutidos e a eles atribuir a sua importância no processo, fazer uma ponderação dos valores que são discutidos.

A possibilidade de utilizar a prova ilícita para defesa do réu também garante o princípio da ampla defesa do réu, esta garantia possibilita invocar a excludente de ilicitude estado de necessidade em favor do réu, tornando-a prova lícita.

A ponderação de valores tão citada mostra-se presente quando se discute a admissibilidade de provas ilícitas em defesa do réu, já que não há como não levantar o conflito existente entre os interesses da sociedade e a possibilidade de admitir o uso da prova ilícita em benefício do acusado.

Há um conflito entre a admissibilidade de prova ilícita em favor do réu, que pode levar a sua absolvição, gerando na sociedade uma insegurança jurídica e a inadmissibilidade do uso da prova pelo réu em benefício da sociedade como uma maneira de garantir à segurança violando o direito a ampla defesa.

7.3 Do Uso da Prova Ilícita por Derivação

Também relacionada ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, as provas ilícitas por derivação, também conhecidas como “fruto da árvore envenenada”, decorrem de uma prova obtida a partir de outra, porém esta ilícita, sendo contaminada pela ilicitude da prova que a originou.

Diz o artigo 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal:

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

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

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

Guilherme de Souza Nucci (2013, pág.379) diz que a prova derivada da ilícita deve ser retirada do processo, não podendo ser admitida, exceto quando comprovada a inexistência de nexos de causalidade entre elas, ou quando obtida de outra fonte diferente daquela que a originou, entende-se também que neste segundo caso a prova teria sido obtida independente da produção da prova ilícita.

O fato é que quando o assunto é inadmissibilidade das provas ilícitas o que se pretende evitar é a violação dos direitos fundamentais, protegendo principalmente de violações capazes de ferir a intimidade e a privacidade.

8.VIOLAÇÃO DO DEVER DA ÉTICA PROFISSIONAL

Entender o termo ética vai muito além de avaliar as atitudes do indivíduo perante a sociedade, é preciso avaliar o seu “eu interior”, é muito mais que atitudes, é um conjunto de valores por ele defendido.

Quando se fala em ética profissional, busca-se avaliar as normas que regulamentam as condutas e que servirá de parâmetro para a própria formação da consciência do profissional.

Em resumo, ser ético é agir de acordo com os padrões delimitados pela sociedade e sem o intuito de prejudicar um terceiro, agindo de maneira honesta, responsável e competente, é seguir suas atividades profissionais de modo a preservar os princípios nela estabelecidos.

Ser ético é agir de acordo com regras impostas, condutas estas delimitadas pelos deveres a serem respeitados.

O advogado que age de acordo com os princípios que regem sua atividade é aquele cuja definição encontra-se no Artigo 2º do Código de Ética da OAB:

Art. 2º - O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Em se tratando dos deveres podemos encontrá-los neste mesmo artigo, em seu parágrafo único, no sentido de fazer ou não algo que será prejudicial ao exercício de sua profissão, a sua relação direta com seu cliente e até a sociedade:

Parágrafo único. São deveres do advogado:

- I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;
- II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;
- III - velar por sua reputação pessoal e profissional;
- IV - empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

- V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;
- VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;
- VII - aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;
- VIII - abster-se de:
 - a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
 - b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
 - c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
 - d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;
 - e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste;
- IX - pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Podemos encontrar os deveres dos advogados regidos no Código de Ética e no Estatuto da OAB, bem como no Código de Processo Civil.

No artigo 14 do Código de Processo Civil encontra-se a seguinte redação:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
II - proceder com lealdade e boa-fé;
III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.
V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.
Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Percebe-se que este artigo coloca deveres a serem seguidos por todos aqueles que fazem parte do processo, em uma análise rápida tal artigo poderia ser utilizado quando se trata do profissional do direito, porém, o legislador incluiu neste artigo o parágrafo único sujeitando os advogados exclusivamente ao estabelecido no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Segundo o que estabelece o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer.

Conforme redação do artigo acima citado, o advogado deve negar-se a agir em desacordo com atos violadores da ética, tais atos são prejudiciais não só a sua imagem diante da sociedade, mas de toda a classe de advogados.

Cabe ao advogado preservar sua atividade, sua relação com o cliente e a zelar pela preservação de sua atuação profissional.

8.1. A Preservação da Atividade da Advocacia e a Proteção da Atuação Processual

Não basta somente seguir as regras impostas, é preciso manter a qualidade de seus serviços, assim como também, ter uma postura profissional correta.

“Se o profissional não respeita tais balizas, mais do que macular o próprio nome (o que é inevitável), acaba por enlamear toda a classe, face a uma tendência social de generalização” (MAMEDE, 2003, pág.238)

Para Gladston Mamede (2003, pág.238) ao interpretar a redação do artigo 44 do Código de Ética, defende a necessidade de uma conduta de urbanidade a ser seguida pelo advogado sendo estas: a gentileza e o respeito aos outros.

“Também na condução do processo, é indispensável que o advogado não se descure da honra, da nobreza e da dignidade de sua profissão, manifestando-as e seus atos que deverão mostrar-se merecedores, em concreto, da legislada essencialidade e indispensabilidade da advocacia” (MAMEDE, 2003, pág.241).

O advogado deve agir com honestidade, lealdade, dignidade e boa-fé, evitando atos que violem o Direito.

Gledston Mamede (2003, pág. 242) cita em seu livro trecho da obra “O litigante de má-fé” (1986, pág.06) que esclarece o porquê da proteção da atuação processual:

Especialmente no exercício da advocacia, a crença generalizada no seio do povo é a de que o bom advogado é aquele que faz uso de meios e requerimentos escusos para protelar ou dificultar a restauração de direito violado.

A questão é que exercer a advocacia com meios escusos é atuar em desacordo com a essência da profissão e desrespeitando todos os atos processuais.

8.2 O Dever da Ética diante das Relações com Clientes e a Sociedade

Como tantas vezes mencionado o advogado deve manter uma relação de confiança com seu cliente, tamanha a importância que pode renunciar a relação quando não há confiança estabelecida entre eles.

Para Mamede (2003, pág.249) existem dois deveres antagônicos existindo a necessidade de também serem respeitados:

(1º) a preservação de uma relação de confiança entre advogado e cliente e (2º) a preservação da liberdade profissional e da isenção técnica, características essenciais da advocacia. Preservação da isenção técnica não é desrespeito ao cliente nem a sua vontade, principalmente quando se trate de direitos disponíveis e o constituinte manifeste sua opinião em relação ao direito em si, e não sobre sua defesa. Essencialmente, o advogado não deve pretender que sua liberdade profissional chegue aos limites de desconsiderar a opinião e o desejo do cliente, que é titular do direito ou interesse em discussão. Porém, pelo lado oposto, não deve o advogado simplesmente seguir cegamente as orientações do cliente, esquecendo-se ou renunciando sua liberdade profissional.

O interesse da sociedade na advocacia é muito grande, visto que a missão do advogado é agir em comum acordo com os interesses da justiça e

defender os direitos daqueles que os procuram, portanto, há um interesse muito grande da sociedade que esta profissão seja desempenhada de maneira correta.

A grande questão é como atuar em defesa dos interesses da coletividade e ao mesmo tempo respeitar os direitos individuais de cada cliente quando o confronto é evidente? Como manter as relações sem violar o princípio?

Percebemos que os episódios de violação aos princípios éticos, aos valores, o respeito à sociedade e consigo mesmo, está a cada dia se intensificando e ao advogado fica a responsabilidade de zelar por manter sua postura e sua dignidade profissional.

Em busca da proteção da coletividade e da manutenção da segurança jurídica a violação do sigilo profissional é colocada em discussão.

Porém, o sigilo as informações é um bem reconhecido juridicamente que pode ser observado também em diversos dispositivos existentes no Código de Processo Civil, como por exemplo, o artigo 363, no Código Civil no artigo 229, e até mesmo no Código Penal no artigo 325 considerando crime revelar fato que em razão do cargo deva manter sigilo.

O advogado deve negar-se a depor como testemunha sobre processo contra aquele a quem já patrocinou alguma causa, sendo um dever que se prolonga com o tempo, mesmo depois de cessado o vínculo existente.

Violar o sigilo é romper a relação de confiança entre o advogado e o cliente, passível de sanção disciplinar estabelecida pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil no artigo 34, inciso VII, e de censura.

Para Gladston Mamede (2003, pág.362) existem situações de justa causa que são possíveis de serem aplicadas com o fim de justificar a quebra do sigilo profissional:

[...]Em primeiro lugar, estão as hipóteses de grave ameaça ao direito à vida, à honra. Também justifica a quebra do sigilo o fato de o advogado ser afrontado pelo próprio cliente e,destarte,em defesa própria se vela obrigado a revelar segredo que aquele lhe confiou;neste ultimo caso,porém,é indispensável que o segredo revelado guarde relações imediatas com a causa havida entre procurador e constituinte (artigo 25).Por fim,as confidencias feitas ao advogado absolutamente necessárias,havendo imperiosa necessidade de autorização do constituinte(artigo 27) de todo recomendável,por certo,que o profissional colha tal autorização por escrito,garantindo,assim,prova inequívoca a justificar seu ato.

Difícil pensar na proteção daqueles que agem em desacordo com a ética profissional, colocando em risco a segurança da coletividade, como já mencionado, os casos de rompimento deste dever muitas vezes estão ligados a profissionais que colocam outros valores acima da ética buscando o lucro, o enriquecimento.

Em exemplo sobre os profissionais que atuam em desacordo com os princípios éticos são aqueles que têm participação no crime organizado, pois é uma prática que coloca em risco a segurança da sociedade e viola o princípio da confiança.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aborda a prática de crimes considerados infamante estabelecendo que o advogado que pratica algum crime estará sujeito a exclusão do quadro dos advogados.

Para a sociedade muitas vezes as limitações impostas e as prerrogativas a eles concedidas são uma forma de possibilitar que tais condutas sejam praticadas, sendo justificadas as indignações, já que cabe ao advogado atuar em defesa dos interesses representando a parte perante o Estado.

O advogado que atua de acordo com os valores estabelecidos não se sente desconfortável a análise de supostas acusações contra ele.

Pensando na proteção da sociedade, os advogados que agem em desacordo com a ética podem contribuir para que estas práticas se propaguem mantendo-se impunes.

A lei nº 12.850/2013 que trata do crime organizado vem com o intuito de afastar as garantias fundamentais a aqueles que praticam tal conduta, este afastamento depende de uma análise levando em consideração a seriedade e a necessidade de afastar tais garantias em busca da proteção da sociedade.

Afastar as garantias é trazer novamente uma atuação ampliada do poder punitivo do Estado, favorecendo a atuação do Estado na tentativa de coibir estas condutas.

Por outro lado, existem os advogados que em nada se relacionam a prática do crime organizado, mas apenas defendem os envolvidos nela, o fato de defenderem estes indivíduos, garantindo o sigilo e recebendo honorários pelos serviços prestados não faz deles partícipes o crime, sendo necessário saber diferenciar uma conduta da outra.

Nesta situação o advogado não é imoral ou atua em desacordo com os princípios éticos, não pode ser considerado integrante do crime organizado, pois exerce apenas a sua função, postular em juízo e garantir que o cliente independente do crime praticado tenha um julgamento justo.

Em notícia publicada no site da OAB, no dia 07 de Julho de 2010, o ex-presidente da OAB Ophir Cavalcante, se manifestou em relação à ligação de advogados com o crime dizendo:

O mais importante é manter a bandeira da ética na advocacia e demonstrar à sociedade que a classe não compadece com as más práticas profissionais, “tampouco abranda o tratamento daqueles que utilizam as prerrogativas profissionais em nome do crime e do ilícito.

O maior desafio é delimitar os valores individuais e os que atendem a coletividade, muitas vezes o que visa proteger o indivíduo fere a coletividade e o oposto também acontece com os valores coletivos e o indivíduo.

A preocupação em se discutir a ética profissional é evitar a violação daqueles que não estão envolvidos no crime, o cliente que corre o risco de ter seus documentos violados sobre o argumento da busca pela garantia da segurança da coletividade e o advogado vítima de uma busca sem fundamento colocando em risco sua credibilidade.

9 CONCLUSÃO

A análise dos direitos fundamentais e dos princípios aplicáveis ao tema possibilitou perceber sua importância na manutenção do equilíbrio da relação existente entre o Estado e cidadão, assim como também na relação entre os indivíduos membros da sociedade.

A atuação do Estado deve ser limitada, a fim de preservar os direitos individuais, porém, esta atuação deve se limitar a proteção também dos interesses da coletividade, impedindo a omissão do Estado e garantindo que ele exerça seu poder de punir.

A ponderação estabelecida pelo princípio da proporcionalidade visa evitar a arbitrariedade do Estado, não podendo ser esta absoluta, é necessário que o Estado mantenha o poder de punir visando sempre à garantia da segurança jurídica.

Deve existir um equilíbrio na relação entre o Estado e o cidadão, garantindo a proteção ao devido acesso a justiça, a proteção do direito ao devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa.

A realização da busca e apreensão viola o direito ao sigilo profissional e a inviolabilidade do escritório de advocacia, porém, existem situações que permitem sua violação respeitando a necessidade de uma ordem judicial devidamente fundamentada e atentando-se somente ao objeto alvo da busca e apreensão.

A falta de mandado gera violação constitucional prevista no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

Fundamental a figura do devido processo legal impondo limites a sua atuação, respeitando o estabelecido na lei, importante não por proteger somente o advogado e seus clientes, e sim a coletividade, pois essa limitação evita abusos de autoridade, impedido que o Estado dite suas próprias regras.

O sigilo profissional é importante por preservar documentos de clientes que não possuem envolvimento nenhum com o delito investigado, evidenciando a

necessidade de limitar a atuação do Estado através de um mandado pormenorizado, especificando o objeto da busca.

O Estado que protege os direitos fundamentais é o mesmo que viola buscando a proteção da sociedade, portanto, deve estabelecer uma ponderação de valores.

Na busca e apreensão em escritório de advocacia a inviolabilidade está ligada a função e não ao sujeito, se há necessidade de investigação é porque o advogado está atuando em desacordo com os princípios éticos impostos, não é pessoal e sim decorrente de sua atuação.

São alvo desta atuação aquelas suscetível de irregularidades, isso não significa que o advogado que atua em defesa do réu, autor do crime contra a coletividade, compactue com o crime praticado, neste caso, limitar a atuação do Estado acaba sendo um fator positivo para evitar tratamento desigual, evitando que este escritório tenha afetada a sua credibilidade pela desconfiança.

É claro que o Estado possui o dever de investigar, porém, deve sempre atuar de acordo com a legalidade, garantindo a harmonia da sociedade e da relação profissional estabelecida.

As prerrogativas a ele estabelecidas, não são meras regalias impostas, uma vez que, sua livre atuação permite desempenhar também um papel de administrador da justiça.

Necessário também que o Estado se adéqüe as novas mudanças ocorridas na sociedade e nos meios de informação a fim de manter a proteção da segurança da coletividade e combater a criminalidade.

A inviolabilidade não se estende somente as provas físicas, hoje a informatização do Judiciário nos faz observar outras possibilidades de violação das informações, devendo surgir medidas capazes de barrar o livre acesso das informações e entender que a estes deve ser estendido o direito ao sigilo.

Os interesses da coletividade acabam muitas vezes se sobrepondo aos interesses individuais tornando-se o motivo justificador da necessidade de romper o princípio da inviolabilidade, o advogado que está sobre investigação não defende a

ética assim como não protege mais a justiça, por isso a quebra da inviolabilidade não será considerada uma forma de cerceamento de seus direitos.

O Estado deve sempre atuar em busca da verdade real, mas para se chegar a ela é preciso que não exista nenhum obstáculo capaz de interferir na livre atuação do Estado, porém, dar limites absolutos ao Estado afastando a Teoria da proporcionalidade é confrontar-se com o direito a busca de uma igualdade de defesa e proteção dos direitos constitucionais.

Portanto, o princípio da proporcionalidade é meio limitador da atuação do Estado, mas deve sempre levar em consideração que o Estado deve satisfazer sua obrigação de prestação utilizando de meios que possam ser toleráveis e que evitem a desigualdade, já que existe uma superioridade de poder de atuação em relação aos demais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q.T de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores

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

BRASIL, **Código de Processo Penal**, Decreto Lei nº 3689 de 3 de Outubro de 1941

BRASIL,**Código de Processo Civil**,Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

BRASIL,**Código Civil**,Lei nº10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

BRASIL,**Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**,Lei nº 8.906 de 4 de Julho de 1994

BRASIL, **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 5ª ed. Editora Revista dos Tribunais.

CAVALCANTE,Ophir. **Ophir quer prioridade a processos que apuram ligação de advogado com crime**.OAB, 07 de julho de 2010.Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/util/print/20112?print=Noticia>>

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3ªed. 2002. Editora Delrey

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Editora Juspodivm.

JUNIOR, Marco Antonio Silva de Macedo e COCCARO, Celso. **Ética Profissional e Estatuto da Advocacia**. 4ª ed. Editora Saraiva.

MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12ª ed: Editora dos Tribunais.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora

PACELLI, Eugênio e Douglas Fischer. **Comentários ao Código de Processo Penal e suas Jurisprudências**. 4ªed. Editora Atlas.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35ª Ed.: Editora Saraiva.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33ª Ed.: Editora Saraiva