



EXMO. SR. DR. MÁRCIO BARANDIER
DD. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DIREITO PENAL
DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIRO – IAB.

OBJETO: ANTEPROJETO DE LEI DO GOVERNO FEDERAL. ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PENAL. MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, O CRIME ORGANIZADO E OS CRIMES PRATICADOS COM GRAVE VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA. TÓPICO 17 - MEDIDAS PARA ALTERAR O REGIME JURÍDICO DOS PRESÍDIOS FEDERAIS.



Sr. Presidente,

Tenho a honra de dirigir-me a V. Exa., a fim de apresentar PARECER sobre tópico do anteprojeto de lei do Governo Federal (denominado Projeto de Lei Anticrime), que será enviado ao Congresso Nacional, mediante as razões seguintes, que encaminho à apreciação dos demais consórcios, segundo os trâmites regimentais.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2019.

CAROLYNE ALBERNARD
Membro do IAB



PARECER

No item intitulado “*Medidas para alterar o regime jurídico dos presídios federais*”, o projeto sob análise inicialmente propõe alterações em dispositivos da Lei nº 11.671/2008, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, bem como outras providências relacionadas ao cumprimento da pena nestes presídios.

Ao art. 2.º do referido diploma, segundo o qual “*a atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso*”, a proposta legislativa pretende incorporar um parágrafo único, assim disposto:

• Parágrafo único. O juiz federal de execução penal será competente para toda ação de natureza cível ou penal que tenha por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal.

Em suma, além das hipóteses prevista no art. 66 da Lei de Execuções Penais, o projeto pretende ampliar a competência do Juízo da Execução, que passaria a ter competência para julgar todos os delitos praticados durante o cumprimento da pena dentro do estabelecimento prisional federal, bem como fatos ou incidentes, de natureza cível ou penal, relacionados à sua execução.

O primeiro aspecto de destaque, neste ponto, cinge-se à indevida quebra da regra constitucional de fixação da competência em razão da matéria.

Isso porque, na hipótese de crime de competência da justiça estadual, praticado por detento quando acautelado em unidade prisional federal de segurança máxima, de acordo com a inovação legislativa proposta, tal fato delituoso passaria a ser julgado por um Juiz federal, em total afronta ao disposto no art. 109 da Constituição Federal.

Em outras palavras, tal regra incluída pelo projeto de lei, por via transversa e absolutamente inconstitucional, acaba por incluir hipótese de competência federal não prevista no rol taxativo da carta magna¹.

No que tange à atribuição de competência ao Juízo da execução para o julgamento de ações de natureza cível ou penal sobre fatos ou incidentes relacionados à execução da pena, pode-se argumentar que essa norma apenas norteará os critérios administrativos e discricionários de organização e divisão de cada Tribunal ou Seção Judiciária, sem malferir preceito legal preexistente.

Inclusive, a cumulação de competência cível e criminal, por meio de legislação ordinária, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verifica do art. 14 da Lei nº 11.340/06² – Lei Maria da Penha. Neste caso específico, ao atribuir a um mesmo órgão jurisdicional competência cível e criminal, guiou-se do legislador no sentido de assegurar não só o acesso à Justiça, mas, sobretudo, uma tutela jurisdicional mais efetiva³.

Contudo, muito embora não se vislumbre impeditivo legal para este aspecto da regra, há que se perquirir a conveniência, utilidade e adequação dessa cumulação de competência tal como proposta no projeto sob análise.

Note-se que a Lei de Execução Penal incumbe ao Juízo da execução, entre outras funções, a fiscalização da higidez do sistema prisional⁴, de modo que a mudança legislativa proposta poderá gerar situações de parcialidade desse mesmo órgão para julgar questões cíveis decorrentes do cumprimento da pena, notadamente quando versarem sobre supostas lesões a

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 403: “A competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na constituição. Dessa forma, conclui-se que a competência da Justiça comum é subsidiária”.

² “Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.”

³ NICOLITT, André; ABDALA, Mayara Nicolitt; e SILVA, Laís Damasceno. *Violência doméstica: estudos e comentários à Lei Maria da Penha*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 296.

⁴ “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...)

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;”



direitos que eventualmente poderiam ter sido impedidas ou sanadas por meio da referida fiscalização.

Daí porque, diante da ausência de fundamentos na exposição de motivos que descortine quais as vantagens advindas dessa concentração de competência – aptas a justificá-la, nos parece desprovido de sentido a implementação de tal regra.

Sendo assim, neste ponto específico do projeto, em parte por sua inconstitucionalidade, no que tange ao indevido alargamento das hipóteses de competência da justiça federal, e também pela possível parcialidade do Juízo de execução no julgamento de questões outras derivadas do cumprimento da pena, opina-se pela sua rejeição.

Passando à análise da nova redação proposta para o art. 3.º da Lei nº 11.671/2008, cujo *caput* determina que “*serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório*”, o projeto prevê a inclusão de 8 (oito) parágrafos, que merecem comentários individualizados. Senão vejamos.

• § 1º A inclusão em estabelecimento penal federal, no atendimento de interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características:

I - recolhimento em cela individual;

II - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos somente em dias determinados, que será assegurada por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de duas pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações;

III - banho de sol de até duas horas diárias; e

IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive correspondência escrita.

Com relação ao parágrafo primeiro e seus incisos, trata-se de reprodução **mais severa** das condições estipuladas para o regime disciplinar diferenciado⁵, regime este aplicado apenas

⁵ LEP - Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao **regime disciplinar diferenciado**, com as seguintes **características**:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.



a presos que durante o cumprimento de pena pratiquem crime doloso, apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou, ainda, suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Vale destacar, antes de tudo, que o regime disciplinar diferenciado é medida extrema e excepcional, constituindo, em matéria de cumprimento de pena, a sanção disciplinar mais grave e excepcional até hoje prevista em nosso ordenamento. Suas condições e duração, como postas atualmente, já importam em ofensa à dignidade da pessoa humana e aos fins ressocializantes da pena, sendo mero paliativo para a ineficiência da política criminal do Estado.

Assim, o cumprimento da pena em estabelecimento penal federal de segurança máxima, hoje destinada “*àqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso*” – conceituação incontestavelmente vaga e de larga abrangência, se transformará, de acordo com o projeto de lei, na imposição, a todo e qualquer preso acautelado nesse tipo de unidade prisional, independente de decisão judicial motivada apontando a presença de um dos requisitos previstos no art. 52 da LEP, de uma espécie de regime disciplinar diferenciado automático (**e mais severo!**).

Ou seja, tornam-se ainda mais vagos e subjetivos os critérios de submissão de um preso a regime excepcionalmente restritivo, cujas características muito se aproximam da imposição de pena cruel, desumana e degradante, vedada pela Constituição e por tratados internacionais recepcionados pela nossa legislação.

O destaque no sentido de que o projeto de lei prevê restrições mais severas do que aquelas atualmente previstas no RDD, decorre da inovação contida no inciso IV, do § 1.º, que determina o monitoramento permanente da comunicação do preso, inclusive de sua correspondência escrita, invasão automática de privacidade não imposta pelo cumprimento da pena em regime disciplinar diferenciado.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Nesse ponto, importante lembrar que, em nosso sistema, toda pena justifica-se pelo fim da reinserção social do condenado, de modo que a comunicação deste com a sua família e amigos é direito inalienável, sem o qual se esvazia por completo a razão teleológica da segregação.

Obviamente que o direito de comunicação do preso não possui natureza absoluta, razão pela qual a própria LEP, em seu art. 41, parágrafo único, prevê a sua suspensão e/ou restrição motivada, por ato do diretor do estabelecimento. Ocorre que, pelo projeto de lei, sem qualquer razão prévia, pública e motivada que justifique o afastamento de um direito constitucional tão caro como a inviolabilidade da privacidade e da comunicação (art. 5º, incisos X e XII, CF), o preso acautelado em unidade federal de segurança máxima automaticamente terá todos os seus meios de comunicação monitorados pela autoridade carcerária.

Por via reflexa, sua família e amigos, cujo contato, repita-se, é indispensável ao objetivo da ressocialização, também terão a privacidade violada, o que reforça ainda mais o despautério da regra, pretendida como providência automática, independente de razões concretas e individualizadas que a justifiquem.

• § 2º Os atendimentos de advogados deverão ser previamente agendados, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento penal federal.

Sobre a inovação pretendida no parágrafo 2.º, é certo que diversas unidades prisionais, tanto estaduais como federais, através de resoluções administrativas, já tentaram estipular regras de agendamento prévio para as entrevistas entre os advogados e seus clientes.

Os Tribunais superiores, no entanto, chamados a se manifestar sobre o tema, assentaram que o agendamento prévio previsto em regulamentos administrativos das unidades prisionais restringe de forma ilegal os direitos do preso e do advogado, previstos na LEP e no Estatuto dos Advogados, circunstância não admitida inclusive durante aplicação do regime disciplinar diferenciado⁶.

Para superar o entendimento jurisprudencial vigente, poder-se-ia dizer que o projeto em análise, ao inserir o dispositivo em norma de envergadura semelhante à Lei de Execução Penal e ao Estatuto da Advocacia, ao menos em presídios federais de segurança máxima,

⁶ STJ - Recurso Especial nº 1.028.847/SP (2008/0023172-4).

acabaria por revogar a regra de acesso irrestrito de advogados aos seus clientes presos, bem como o direito dos presos de livremente se comunicarem com seus advogados.

Entretanto, as disposições contidas na LEP e no Estatuto da Advocacia decorrem direta e expressamente de dispositivos de ordem constitucional, que visam garantir o exercício do contraditório, da ampla defesa e do livre exercício profissional do advogado. Trata-se, em suma, de garantia de natureza constitucional, reproduzida em leis ordinárias, logo sujeita a modificação exclusivamente pelo legislador constituinte.

Nessa toada, ao estipular a necessidade de agendamento prévio junto à autoridade administrativa penitenciária, cuja efetivação ficará submetida a regras casuísticas e discricionárias, o projeto limita o livre acesso do advogado ao cliente, indispensável ao exercício pleno da atividade profissional, e, conseqüentemente, do amplo exercício do direito de defesa.

Tais restrições não só colidem com normas hoje integrantes do nosso sistema processual penal ordinário, como, sobretudo, subvertem seu fundamento deontológico, contido no Pacto de São José da Costa Rica – devidamente recepcionado pela CF/88 com *status supralegal* –, cujo art. 8.º, item 2, alínea “d”, afirma ser “*direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*” (grifo nosso).

Por essas razões, não se mostra legítimo que a referida alteração legislativa imponha restrições colidentes com normas de ordem constitucional, principalmente porque, na espécie, sob o frágil pretexto da conveniência organizacional do estabelecimento prisional, deixa ao total alvedrio de uma autoridade administrativa criar empecilhos indevidos ao sagrado exercício do direito de defesa.

• § 3º As penitenciárias federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, sendo vedado seu uso nas celas.

O parágrafo 3.º segue o mesmo racional dos parágrafos anteriores, prevendo, a título de garantir a ordem interna e segurança pública, restrição indevida na já pequena esfera de privacidade que resta aos apenados acautelados no sistema carcerário, impondo, também, invasão de privacidade – ainda mais flagrantemente ilegal – dos parentes, amigos e advogados (como se verá expressamente adiante) que mantém contato com o preso.



O monitoramento de áudio e vídeo das áreas comuns, como já acontece em muitos ambientes extramuros (condomínios, creches, vias públicas com câmeras etc.), visa impor o controle, a segurança e a disciplina através do monitoramento incessante, de modo que o preso pague seu atuar dentro das regras, sob pena de novas punições.

Ainda que do ponto de vista de política criminal se possa questionar e criticar⁷ a escolha desse modelo panóptico, em relação ao monitoramento das áreas comuns não se vislumbra ilegalidade na regra do projeto de lei.

Diferente, porém, é a situação do monitoramento dos parlatórios, onde o preso, ainda que acautelado em unidade prisional federal de segurança máxima, detém o direito a mínima privacidade de manter comunicação com parentes, amigos, etc., fora da esfera de vigilância automática e injustificada.

Note-se que, em recente portaria editada pelo Ministério da Justiça⁸, todas as visitas sociais nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima foram restritas ao parlatório e por videoconferência, e sempre sob a necessária supervisão. A nova norma torna automático o que antes era exceção, e dependia de manifestações motivadas do diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Ou seja, além do impedimento da visita em pátio, obviamente mais adequada à manutenção do vínculo familiar e social do preso, e por isso mesmo regra de preferência entre as opções disponíveis, o projeto ora em análise pretende excluir qualquer possibilidade de privacidade durante as visitas recebidas pelos presos nos parlatórios, violando também, por via transversa, a privacidade dos visitantes, cidadãos que nenhum delito cometeram.

⁷ Cf.: KARAM, Maria Lúcia. *Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle*. Boletim IBCCRIM, n.º 170, janeiro de 2007: “Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da ‘sociedade do risco’, os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem-intencionados reformadores do sistema penal, não percebem que a explosão de tecnologias viabilizadoras de ampliado controle e vigilância, combinada com a debilitação das normas protetoras da privacidade, combinada com a desmedida expansão do poder punitivo, combinada com a troca do desejo da liberdade pela ilusão da segurança, estão nos arrastando para uma sociedade do controle, estão aproximando Estados democráticos de Estados totalitários, estão empreendendo uma viagem de ‘volta para o futuro’ previsto para um 1984 que só se tornou passado nas folhas do calendário”; e DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Movimentos contemporâneos de controle do crime*. Boletim IBCCRIM, n.º 184, março de 2008: “É neste campo que têm lugar as tecnologias eletrônicas de controle, bancos de dados, pulseiras e toda gama de objetos para o monitoramento de presos. É neste campo que se teoriza acerca do ‘Direito penal do inimigo’ (Günther Jakobs), a antecipação da tutela penal, o fortalecimento dos crimes de perigo. É neste campo que se redefinem as funções da prisão, da ressocialização para a neutralização e o isolamento. É neste campo que se fala da passagem do ‘controle disciplinar’ para o ‘controle atuarial’ (De Giorgi)”.

⁸ Portaria n.º 157, de 12 de fevereiro de 2019.

Tem-se que, em nome da ordem e da segurança, sem o reconhecimento das autoridades acerca da sua verdadeira incapacidade em utilizar de métodos de inteligência investigativa para coibir ou descortinar o cometimento de faltas ou delitos no interior das unidades penitenciárias, o projeto sob análise ilegitimamente pretende retirar do preso garantias constitucionais que lhe são caras e necessárias ao fim ressocializador da pena. Por fim, e ainda mais grave, ainda impõe a extensão dos efeitos da pena a pessoas diversas do condenado, outra afronta a corolário da nossa carta fundamental.

• § 4º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas com meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.

Partindo-se do pressuposto que a gravação das visitas se dê de forma legal, isto é, a partir de ato motivado e em função de fundada suspeita da prática de crime, cumpre analisar se a ressalva contida do dispositivo acima se mostra suficiente ou se, ao contrário, revela o perigo de utilização indevida do seu conteúdo.

Ao nosso sentir, o grande perigo das gravações em questão, notadamente sobre fatos criminosos pretéritos àqueles que se busca com elas impedir ou punir, é a sua provável, concreta e plausível utilização indireta. Em outras palavras, a autoridade policial pode tomar conhecimento de determinadas gravações e, mesmo sem usá-la formalmente, delas se utilizar para obter outras provas indiciárias capazes de viabilizar a persecução penal.

• § 5º As gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada.

O parágrafo acima, num primeiro momento, pode fazer crer na intenção do legislador de reforçar a excepcionalidade da gravação de conversas entre cliente e advogado. Porém, ao cotejá-lo com as demais alterações contidas no projeto de lei sob análise, percebe-se claramente que a gravação dessas conversas é mais uma entre outras regras que, a pretexto de combater a criminalidade, não só banalizam a quebra do sigilo profissional, como também, e sobretudo, menoscabam inúmeros princípios constitucionais considerados pilares do processo penal brasileiro.

Isto porque, muito embora a gravação em questão esteja condicionada à autorização judicial, o parágrafo proposto não estabelece quaisquer requisitos objetivos acerca dos casos em que tal medida excepcional poderá ser adotada, e que, conseqüentemente, deveriam nortear a motivação judicial autorizadora. Nesse cenário, qualquer decisão, ainda que mal ou equivocadamente fundamentada, sem qualquer balizamento legal de seus limites, poderá afastar

garantias constitucionais essenciais ao exercício da defesa, viabilizadoras da consecução da justiça e inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Note-se que o sigilo da comunicação entre cliente e advogado, muito além de um direito individual do preso, destinado ao exercício pleno de sua defesa técnica processual, constitui direito-dever de ordem pública. Como bem destaca Paulo Lôbo⁹,

o Estado ou os particulares não podem violar essa imunidade profissional do advogado porque estariam atingindo os direitos da personalidade dos clientes, e a fortiori a cidadania. O sigilo profissional não é patrimônio apenas dos advogados, mas uma conquista dos povos civilizados.

Portanto, o sigilo da comunicação entre advogado e cliente só pode ser afastado em casos excepcionalíssimos, diante da fundada suspeita de prática criminosa decorrente dessa comunicação, baseada em concretos elementos de convicção, contidos e explicitados em decisão judicial motivada.

Admitir o contrário, isto é, que a gravação se dê à revelia de elementos concretos que apontem para prática de crimes, é importar ao ordenamento jurídico brasileiro uma espécie de interceptação telefônica preventiva, anterior ao cometimento de delitos. Esta modalidade de interceptação não encontra amparo na exceção ao sigilo das comunicações prevista na CF/88, como adverte, com precisão, Gustavo Badaró¹⁰:

No sistema constitucional brasileiro, em que a interceptação telefônica somente pode ser realizada 'para fins de investigação criminal ou instrução processual penal' (art. 5º, inc. XII), não é possível qualquer forma de interceptação telefônica preventiva, anterior ao cometimento do delito e com a finalidade de evitar sua prática.

Ademais, extrai-se do parágrafo proposto não só violação à ampla defesa do réu, como também ao princípio da presunção de inocência, inclusive em desfavor do próprio advogado, o

⁹ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia*. In CASARA, Rubens R. R.; e LIMA, Joel Corrêa de (coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 499. Acrescente-se, ainda segundo Badaró, que a única hipótese de permitir, no atual quadro constitucional brasileiro, a interceptação telefônica preventiva seria no caso de decretação de Estado de Defesa, com escopo de "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza" (art. 136, CF), situações definitivamente não contempladas na redação proposta (Idem, p. 497).



que colide frontalmente com a imposição, pelo referido princípio reitor do processo penal, de um verdadeiro dever de tratamento.¹¹

Logo, o presente dispositivo contido no projeto de lei, que, sem qualquer delimitação minimamente adequada, prevê medida hoje já possível no nosso ordenamento, porém cuja adoção e legalidade atualmente estão condicionadas à verificação judicial de circunstâncias específicas e excepcionais¹², constitui tentativa autoritária de criminalização da advocacia, transformando, de antemão, a figura do advogado do preso numa espécie de mensageiro e partícipe do crime.

Não custa lembrar que as tentativas de impor restrições ao exercício da advocacia vêm de muito longe. Mudam os tempos, mudam as justificações, mas em comum há o poder avassalador do Estado buscando impor restrições aos direitos individuais de defesa e, por conseguinte, de cidadania.

· Como adverte Geraldo Prado¹³,

para quem estava no tempo presente do Martelo das Feiticeiras não era plausível supor que aqueles hereges mereciam ser defendidos. O estorvo da defesa consistia não apenas no ato de postergar o castigo. Ao denunciarem o arbítrio do caso concreto, os defensores igualmente denunciavam a injustiça genérica daquele exercício de poder. Eram, portanto, inimigos da ordem, talvez mais perigosos que os alegados criminosos porque os defendiam desde o interior do próprio sistema, traindo assim a confiança dos seus em favor do Outro merecidamente odiado.

Não se pretende sustentar, por óbvio, ser o sigilo da comunicação entre advogado e cliente um direito absoluto, mas, ao contrário, destacar que sua relativização, dentro de uma perspectiva democrática, depende de requisitos objetivos, que servirão como parâmetros de controle da atividade jurisdicional.

¹¹ Neste sentido, cf.: “A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145).

¹² Sobre os requisitos exigidos pela Lei 9.296/96, esclarece Badaró: “(...) deverá a parte demonstrar que não é possível a produção da prova por outro modo, (...), não basta repetir os termos da lei e afirmar que a investigação não poderia ser realizada por outros meios. É necessário indicar, concretamente, porque a reconstrução dos fatos será impossível sem a interceptação telefônica. O dispositivo deixa evidente que a interceptação telefônica e, no caso, principalmente, a interceptação telemática, ‘só deve ser utilizada como *ultima ratio*’.” (Op. cit., pp. 491/492. Grifa-se).

¹³ PRADO, Geraldo. *Obstrução de injustiça: a irrenunciável combatividade da defesa criminal*. Artigo jurídico publicado no site *Justificando* (<http://www.justificando.com/2017/10/25/obstrucao-de-injustica-irrenunciavel-combatividade-da-defesa-criminal/>). Acesso em 25.02.2019.



Isto porque o advogado é indispensável à consecução da justiça (art. 133 da CF) e seu múnus essencial ao exercício pleno da defesa (art. 5.º, LV, LXIII e LXXIV da CF). Logo, o legítimo combate à criminalidade jamais se dará pela violação do sigilo profissional, das prerrogativas da classe nem, muito menos, das garantias individuais de cada cidadão. Situações pontuais de desvio deverão ser tratadas de forma pontual, com os instrumentos já existentes e suficientes do nosso ordenamento jurídico.

Assim, a redação do §5.º, na medida em que autoriza gravação de comunicações sigilosas entre advogado e cliente, mediante simples autorização judicial, desprovida de requisitos fundantes minimamente delimitados e justificados por elementos concretos de prática criminosa, constitui inovação legislativa em patente conflito com o arcabouço das regras constitucionais vigentes.

•§ 6º Os Diretores dos estabelecimentos penais de segurança máxima ou o Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas dos presos mediante ato motivado.

A visitação, como já dito, além de direito do preso, constitui um instrumento fundamental para promover a sua ressocialização. A LEP prevê, inclusive, que a execução da pena se dê em local próximo ao meio social e familiar do detento, a fim de facilitar e garantir que ele mantenha contato com sua família e amigos. Portanto, suspender e/ou restringir o direito à visitação, afora situações excepcionalíssimas e justificadas, atenta contra a própria função ressocializadora da pena.

Dito isso, registra-se que o dispositivo acima apenas reproduz norma já contida no parágrafo único do art. 41 da LEP, a qual já atinge os presos acautelados em unidades federais de segurança máxima. Sendo assim, tal inclusão prevista no projeto de lei nos parece repetição absolutamente desnecessária.

• § 7º Configura o crime do art. 325 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a violação do disposto no § 4º.

Em que pesem as críticas já feitas à gravação das visitas do detento, ao nosso ver medida excepcional, cuja legalidade depende de decisão judicial motivada, lastreadas em indícios concretos da prática de crime, mostra-se positiva a ressalva de que a violação do sigilo do seu conteúdo constitui prática de crime previsto no art. 325 do Código Penal, servindo, em última análise, como regra de reforço justificada pela gravidade da respectiva transgressão.



• § 8º O regime prisional previsto neste artigo poderá ser excepcionado por decisão do diretor do estabelecimento no caso de criminoso colaborador, extraditado, extraditando ou se presentes outras circunstâncias excepcionais.

O primeiro aspecto de destaque da regra cima proposta cinge-se ao desequilíbrio entre quem determina a inclusão do detento no regime prisional da unidade federal de segurança máxima – o que inclui submetê-lo a todas as restrições a ele inerentes –, e quem poderá flexibilizar tais restrições durante o cumprimento da pena.

Conforme determina o art. 4.º da Lei n.º 11.671/2008, a admissão do preso em uma unidade federal de segurança máxima, seja ele condenado ou provisório, dependerá, sempre, de decisão judicial motivada. Ainda de acordo com o §5.º do art. 5.º, da mesma lei, tal decisão também deverá indicar o tempo de permanência no referido estabelecimento, o qual, apesar de passível de renovação, não poderá ultrapassar o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias.

Resta claro que o juízo de pertinência acerca da transferência do preso para uma unidade federal de segurança máxima, bem como o tempo de sua permanência, é de alçada exclusiva do magistrado competente.

Nessa linha, não se pode conceber que o diretor da unidade, autoridade administrativa nomeada e submetida ao chefe do Poder Executivo, tenha tamanha discricionariedade para excepcionar o regime prisional, bastando se tratar de prisioneiro “colaborador”, “extraditado”, “extraditando”, ou, ainda, para todos os demais, estarem presentes “situações excepcionais”, absolutamente indeterminadas.

Ao fim e ao cabo, sem qualquer parâmetro legal adequado, sem qualquer previsão de controle judicial, o projeto de lei em análise pretende introduzir regra que atribui ao diretor da unidade penitenciária poder de revogar uma decisão judicial, abrindo caminho para uma enorme gama de desvios.

Ocorre que, para muito além do desequilíbrio de rigor entre a inclusão no regime, de competência exclusiva do magistrado, e a possibilidade de excepcioná-lo, inserida no âmbito de atribuição do diretor do presídio, chama a atenção a escolha de determinadas categorias de presos como detentores desse privilégio.

No caso específico dos presos colaboradores, assim como se verifica com as prisões provisórias, muitas vezes decretadas e mantidas com intuito de pressionar o preso a realizar



acordo de delação premiada, vê-se, claramente, a utilização da possibilidade de flexibilização do regime federal de segurança máxima como moeda de troca para a colaboração.

Ou seja, na prática, não se tratará de manter o preso de alta periculosidade num regime mais gravoso, mas sim de conseguir que presos submetidos a este regime optem pela colaboração.

Sendo assim, diante de todas as ponderações acima colacionadas, com exceção do §7.º, opinamos pela rejeição de todos os demais parágrafos contidos na nova redação proposta para o art. 3.º da Lei nº 11.671/2008.

Prosseguindo na análise do projeto de lei, passamos à proposta de alteração do atual §1.º do art. 10, o qual determina que *“o período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência”*.

A nova redação proposta está assim posta:

• §1º O período de permanência será de até três anos, renováveis, excepcionalmente, por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência e se persistirem os motivos que a determinaram.

Como se vê, pretende-se aumentar para até 3 (três) anos o período de permanência do preso em regime prisional federal de segurança máxima, sem que seja necessária, antes disso, nova análise acerca da manutenção dos requisitos que autorizaram a transferência. E é justamente aí o ponto de crítica em relação à alteração proposta.

Isto porque, dado que pela regra atual não há limite de renovações, bastando que elas sejam limitadas a períodos de um ano, sempre por decisão fundamentando a manutenção dos motivos que ensejaram a transferência, estender o período para até 3 (três) anos apenas possibilita que o apenado permaneça todo esse tempo em regime excepcionalmente gravoso, sem revisões periódicas sobre a conveniência da medida.

A alteração, portanto, não aperfeiçoa o dispositivo atualmente vigente, mas, ao contrário, importa em regra que diminui o controle de legalidade da restrição de liberdade do preso, razão pela qual opinamos pela sua rejeição.

Outra inovação pretendida pelo projeto é a inclusão do art. 11-A, pelo qual:



• Art. 11-A. As decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao preso federal poderão ser tomadas por colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos Tribunais.

A norma acima apenas destaca a possibilidade, a critério de cada Tribunal ou Seção judiciária, de criação de uma espécie de órgão de execução, submetendo à decisão colegiada questões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, bem como referentes à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções.

Ao que parece, o objetivo da lei seria proteger a figura do magistrado que impõe o regime mais gravoso, transferindo e diluindo o peso de tal responsabilidade, no que se inclui eventuais retaliações, à figura de um órgão colegiado.

Para além do que pode ter motivado a inclusão deste dispositivo, a vantagem desse tipo de organismo colegiado decorre da pluralidade de visões responsáveis pela decisão, em tese, conferindo maiores chances de acerto ao provimento jurisdicional. Por outro lado, eventual inconveniente poderá decorrer da maior morosidade de tais decisões, que dependerão da designação de sessões, intimações de advogados, etc.

Sendo assim, diante da inexistência de inconstitucionalidade aparente, em relação a este artigo específico, nada temos a opor.

Por fim, como última alteração contida neste item do projeto, há a previsão de inclusão do art. 11-B, o qual prevê que:

• Art. 11-B. Os Estados e o Distrito Federal poderão construir estabelecimentos penais de segurança máxima, a eles aplicando-se, no que couber, as mesmas regras previstas nesta lei.

Ao nosso ver, a pulverização de presídios estaduais, aos quais poderão se aplicar as regras excepcionais dos presídios de segurança máxima, gera um perigo concreto de se submeter grande parte da já numerosa massa carcerária brasileira a um regime extremamente gravoso, cujas regras, segundo os termos do parecer acima, foram rechaçadas tanto pela sua inconstitucionalidade, quanto do ponto de vista de melhor à melhor política criminal.

Em suma, a implementação dessa previsão equivaleria à banalização da restrição máxima à liberdade, em contracorrente do objetivo ressocializador da pena, cuja modalidade



originária prevista nos tipos penais, mormente no quesito duração, não foi estabelecida sob a perspectiva de um apenado que, durante o seu cumprimento, teria tantas limitações, senão caracterizadoras, ao menos muito próximas, de um regime cruel de imposição de pena.

Dessa forma, muito embora a pulverização de estabelecimentos de segurança máxima facilite a manutenção do preso na localidade de sua residência originária, permitindo assim o seu contato com familiares e amigos, certamente banalizará restrições inconstitucionais durante o cumprimento da pena, sobretudo a quem não demanda tamanha severidade.

Ao fim e ao cabo, aos presídios estaduais já há a possibilidade de aplicação do regime disciplinar diferenciado, o que reforça o equívoco da medida proposta com a criação do citado dispositivo.

Nesse ponto, portanto, igualmente opinamos pela rejeição da alteração proposta.

Com as razões acima, concluo a apreciação do tema que me foi recomendado e, respeitosamente, submeto à debate.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 25 de março de 2019.

CAROLYNE ALBERNARD
Membro do IAB