VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bruna Azevedo de Castro; Matheus Felipe De Castro; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-741-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Parodiando Ihering, o Direito Penal não é uma pura teoria, mas uma força viva. E nos GTs do Conpedi, as teorias se mesclam com as experiências dando origem a novas interpretações e desafios neste que é o campo maior das misérias humanas. Miséria para os que cometem o crime e têm de suportar a pena, miséria para os que o sofrem e têm parte de suas vidas ceifadas por intrusos forasteiros.

Na tarde do dia 24/06/2023, estivemos reunidos neste VI Encontro Virtual do Conpedi, no GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, onde foram apresentados os seguintes artigos:

STALKING E REVENGE PORN: CONCEITOS, SIMILITUDES E TRATAMENTO LEGISLATIVO, de Greice Patricia Fuller e Rosemeire Solidade Da Silva Matheus, onde se descortinou seus respectivos conceitos e tratamento legislativo, enquanto delitos que despontaram a partir da Sociedade da Informação, mais especificamente com a popularização das redes sociais, destacando os esfacelos psicológicos das vítimas dos cybercrimes, sendo relevante destacar os esforços das mesmas para lidar com as situações de danos e ameaças sofridos.

INCITAÇÃO E APOLOGIA AO CRIME EM LETRAS DE MÚSICA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Guilherme Manoel de Lima Viana, Irineu Francisco Barreto Junior e Greice Patricia Fuller, abordando os limites da liberdade de expressão em letras de música, especialmente em relação aos crimes de incitação e apologia ao crime, previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal e como esses crimes são expressos em letras de música que tratam de temas como crimes sexuais, roubos, furtos e tráfico de drogas, analisando até que ponto esses temas são protegidos pela Constituição Federal.

IMPARCIALIDADE SUBJETIVA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO: ANÁLISE A PARTIR A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA, de Airto Chaves Junior e Victor Luiz Ceregato Grachinski, estudando a imparcialidade subjetiva do juiz no Processo Penal a partir da Teoria

da Dissonância Cognitiva, buscando compreender como o contato prévio do juiz com o produto da investigação preliminar causa um desequilíbrio cognitivo no julgador em favor da versão acusatória (primado da hipótese sobre os fatos).

FOTOS QUE CONDENAM: O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A OMISSÃO LEGISLATIVA À LUZ DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, de Nathália Leite de Medeiros , Walter Nunes da Silva Júnior, evidenciando que o Código de Processo Penal (CPP) vigente somente prevê o regramento para o reconhecimento de pessoas em sua modalidade presencial, de modo que sobre o reconhecimento fotográfico, meio de prova cada vez mais utilizado nos fóruns e delegacias do país, paira um limbo normativo que abre as portas para arbitrariedades.

A COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA RECOMENDAÇÃO Nº 001/2022-COEAP/RN, de Fernando Rocha De Andrade, analisando a compatibilidade da Recomendação nº 001/2022-COEAP emitida pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte com as normas constitucionais e legais que visam a proteção das prerrogativas dos advogados e dos direitos dos presos, questionando se as restrições impostas pelo documento, como a limitação de tempo no parlatório, a submissão ao bodyscan e a revista de pertences, estão em consonância com as disposições legais brasileiras.

A OMISSÃO IMPRÓPRIA NO CRIME DE LAVAGEM E DINHEIRO, de Fernando Rocha De Andrade, investigando se os mecanismos de controle edificaram um feixe de regras a agentes que atuam em atividades reconhecidas como sensíveis à lavagem de capitais, cujo descumprimento aumenta o risco em favor da prática do mascaramento, e se a mera condição de compliance prevista na norma de regência não impõe necessariamente um deve de garantir a evitação da lavagem de dinheiro.

EXPECTATIVA VS REALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL: COMO E QUEM FALHA NO AMBIENTE PRISIONAL BRASILEIRO O QUAL SE DISTANCIA A CADA DIA DO IDEAL DA LEI?, de Leila Gomes Gaya, trabalhando com um comparativo entre o “dever-ser” estabelecido na Lei nº 7210/84, a Lei de Execução Penal, e o “ser” que é a realidade das instituições prisionais brasileiras.

CRIME DE MOTIVAÇÃO RACIAL: ESTUDO COMPARATIVO DO JULGAMENTO DE AHMAUD ARBERY NA PERSPECTIVA BRASILEIRA, de Eudes Vitor Bezerra, Claudia Maria Da Silva Bezerra e Natália Diniz Filgueiras, considerando que o direito penal moderno requer observação por meio de diferentes óticas, de modo que a análise de fenômenos

estrangeiros por meio de um estudo de caso de ampla divulgação midiática contribui para compreendermos como situações semelhantes são tratadas de forma diversas a depender da sistemática penal. Nos Estados Unidos, episódios de crimes de motivação racial como os de George Floyd, Breonna Taylor e Ahmaud Arbery são apenas alguns nomes dessa lista, sendo que a realidade no Brasil não é diferente.

DIÁLOGOS ENTRE A SANÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA, de Walter Carlito Rocha Júnior, objetivando despertar no leitor uma reflexão de que estaríamos diante da macrocriminalidade sendo que os crimes teriam tomado uma proporção muito maior, cometidos através de pessoas jurídicas, demandando da legislação permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes econômicos.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de Lauro Mens de Mell , José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, retomando o princípio da legalidade e sua relação como o Estado de Direito Democrático. Para tanto distingue Estado de Direito e Estado de Direito Democrático. Demonstra a relevância do princípio da legalidade para o Estado de Direito Democrático, passando à análise do princípio da legalidade em matéria penal, indicando seus elementos.

DIREITO À VIDA, MAS QUE VIDA?, de Lauro Mens de Mello, José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, analisando a terminalidade da vida, abordando o choque entre os princípios da intangibilidade da vida humana, dignidade humana e autonomia da vontade, a fim de avaliar as hipóteses de disposição da vida humana, em casos determinados.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E OS STANDARDS PROBATÓRIOS NA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO EM SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DELITIVA, de Rafaela Volpato Viaro e Matheus Felipe De Castro, considerando que inviolabilidade domiciliar está reconhecida como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, comportando exceções estabelecidas pelo próprio texto constitucional, como no caso da entrada forçada em domicílio em situação de flagrante delito, demandando a demonstração de fundadas razões (causa provável) da ocorrência concreta de flagrância no interior da residência. Todavia, não havendo previsão legal no que consistiriam tais fundadas razões e, ainda menos, do quanto devem estar comprovadas para se permitir o controle do juízo de fato, a necessidade de estabelecimento de claros standards probatórios que justifiquem a entrada forçada em domicílio na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA NA DOGMÁTICA PENAL, de Júlio César Craveiro Devechi e Fábio André Guaragni, apresentando a evolução do conceito de omissão na dogmática penal, com enfoque para a omissão imprópria, ressaltando a necessidade de aprofundamento dogmático sobre a omissão imprópria, que vem sendo largamente utilizada pelo Direito Penal Econômico inserido em um contexto de sociedade de risco.

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, de Adriana Fasolo Pilati e Samara Scartazzini Awad, debatendo os crimes sexuais contra vulneráveis menores de 14 anos, bem como a sua impossibilidade de relativização no caso concreto, cuja ampla recorrência exige máxima atenção no que concerne às tentativas de prevenções e novas atribuições de penalidade.

DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS, PROBLEMAS E SOLUÇÕES COM ENFOQUE NAS MULHERES APENADAS, de Adriana Fasolo Pilati e Ana Raquel Pantaleão da Silva, debatendo o sistema carcerário, suas origens, mudanças ao decorrer da história, juntamente com um enfoque no sistema brasileiro, seus problemas e apresentação de soluções para resolvê-los, bem como a situação das mulheres apenadas que nele cumprem suas sentenças.

ESTUDO DO CRIME DE EXTORSÃO QUANDO CONSIDERADO CRIME MILITAR: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA, de Lizandro Rodrigues de Sousa e Emanoel Marques dos Santos, estudando o crime de extorsão quando considerado crime militar, previsão legal e desdobramentos jurisprudenciais no STJ, especificamente o caso Resp. 1.903.213 - MG.

LAWFARE: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO, de Romulo Rhemo Palitot Braga e Jonathan Rocha de Lima, ressaltando que o lawfare é entendido não apenas como uma ferramenta de guerra híbrida, como também abuso de leis e sistemas judiciais em benefício político, empresarial e sociopolítico, sendo que no Brasil o caso mais emblemático de lawfare no campo político, com manipulação da opinião pública ao combate da corrupção, teria ocorrido no âmbito da operação Lava-jato, gerando instabilidade política e um processo de impeachment culminando, também, com a prisão do ex-presidente Lula.

EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL COMO EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA PARA OS ENCARCERADOS NO ESTADO DA PARAÍBA, de Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Morais Silva e Allan Vítor Corrêa de Carvalho, apresentando a

educação no âmbito do sistema prisional do estado da Paraíba como forma de efetivar a cidadania das pessoas encarceradas.

As leitoras e leitores, por certo, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso de suas autoras e autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todas e todos uma ótima leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC/UNOESC

Profa. Dra. Bruna Azevedo de Castro – Faculdades Londrina

Prof. Dr. Horácio Monteschio – UNICURITIBA/UNIPAR

A COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA RECOMENDAÇÃO Nº 001/2022-COEAP/RN

THE CONSTITUTIONAL COMPATIBILITY OF RECOMMENDATION Nº 001 /2022-COEAP/RN

Fernando Rocha de Andrade

Resumo

O presente texto tem como objetivo analisar a compatibilidade da Recomendação nº 001 /2022-COEAP emitida pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte com as normas constitucionais e legais que visam a proteção das prerrogativas dos advogados e dos direitos dos presos. Examina-se se as restrições impostas pelo documento, como a limitação de tempo no parlatório, a submissão ao bodyscan e a revista de pertences, estão em consonância com as disposições legais brasileiras. A Recomendação nº 001/2022-COEAP impõe algumas limitações ao exercício dessas prerrogativas e direitos, tais como a limitação do tempo no parlatório, a submissão ao bodyscan e a revista de pertences. Apura-se, pois, se tais medidas estão em conformidade com as normas constitucionais e legais que garantem a proteção dos direitos fundamentais. A limitação de tempo no parlatório pode comprometer o exercício da ampla defesa pelo advogado e prejudicar a comunicação com o preso, o que viola a Constituição Federal e a lei de execução penal. Assim, é necessário avaliar se tais procedimentos estão sendo realizados de forma adequada e dentro dos limites legais. A Recomendação nº 001/2022-COEAP deve ser analisada à luz das normas constitucionais e legais aplicáveis, a fim de garantir que as restrições impostas não violem tais disposições e preservem a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito constitucional, Prerrogativa dos advogados, Direitos dos presos, Submissão ao bodyscan, Limitação do parlatório

Abstract/Resumen/Résumé

he purpose of this text is to analyze the compatibility of Recommendation nº 001/2022-COEAP issued by the State Secretariat of Penitentiary Administration of Rio Grande do Norte with constitutional and legal norms aimed at protecting the prerogatives of lawyers and the rights of prisoners. It is examined whether the restrictions imposed by the document, such as the time limit in the visiting room, submission to the bodyscan, and search of belongings, are in line with Brazilian legal provisions. The Recommendation nº 001/2022-COEAP imposes some limitations on the exercise of these prerogatives and rights, such as the time limit in the visiting room, submission to the bodyscan, and search of belongings. Therefore, it is investigated whether such measures are in compliance with constitutional and legal norms that guarantee the protection of fundamental rights. The time limit in the visiting room can compromise the exercise of the lawyer's right to a fair defense and hinder communication

with the prisoner, which violates the Federal Constitution and the penal execution law. Thus, it is necessary to assess whether such procedures are being carried out appropriately and within legal limits. The Recommendation nº 001/2022-COEAP must be analyzed in the light of applicable constitutional and legal norms, in order to ensure that the imposed restrictions do not violate such provisions and preserve the dignity of the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Lawyers' prerogatives, Prisoners' rights, Bodyscan submission, Parlor limitation

1. Introdução.

O presente texto visa apurar a compatibilidade da Recomendação nº 001/2022-COEAP da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte com os preceitos constitucionais e legais que preservam as prerrogativas dos advogados e os direitos dos presos, especialmente os previstos nos artigos 5º, LXIII da CF, 7º, III, VI, alíneas "b" e "c" da Lei n. 8.906/94 e art. 41, IX, da Lei de Execuções Penais.

Em 1º de maio de 2022, a Coordenação de Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte emitiu a recomendação número 01 cujo teor segue abaixo:

> Art. 1º. Recomendar que os estabelecimentos prisionais observem a quantidade de 01 (um) atendimento jurídico por advogado ao dia, por unidade prisional. Parágrafo Único. A duração de cada atendimento terá a duração de 30 (trinta) minutos.
>
> Art. 2º. Com vistas à manutenção da segurança junto aos estabelecimentos e a necessidade de fiscalização quanto à proibição de entrada de material ilícito e/ou não permitido às pessoas privadas de liberdade, e considerando o que prevê a Resolução nº 7, de 13 de dezembro de 2018, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que define regras gerais para o ingresso de autoridades e agentes de organizações sociais em atividade de inspeção nos estabelecimentos prisionais estaduais, distritais e federais e dá outras providências, fica estabelecida a necessidade de revista dos advogados e defensores por meio dos equipamentos de bodyscan, anteriormente ao atendimento.
>
> §1º. A revista a que se refere o caput não será necessária diante da condição pessoal de gravidez da advogada ou defensora, bem como de presença de marca-passo, devidamente comprovada por atestado médico.
> §2º. Fica proibida a realização do atendimento, com a consequente inviabilidade do acesso às dependências da Unidade, diante da recusa injustificada pelo causídico ou defensor a se submeter à revista pelo equipamento de bodyscan.

> Art. 3º. O ingresso no estabelecimento penal de estagiários, com vistas à realização de atendimento, somente será permitido desde que acompanhado de advogado devidamente habilitado, e portando a carteira de estagiário expedida pela OAB.
>
> 4º. Considerando as inúmeras ocorrências de descumprimento de procedimentos internos por advogados junto às Unidades prisionais, e que o Estado necessita garantir a manutenção da ordem e disciplina no interior dos estabelecimentos, fica estabelecido que antes do ingresso do causídico ou defensor ao parlatório, estes deverão permitir a revisão de seus pertences, inclusive da documentação que será levada ao conhecimento da pessoa privada de liberdade.

Estabeleceu-se que a limitação de um atendimento por dia, por unidade prisional, por 30 (trinta) minutos se deu, se justifica segundo o argumento de que em várias unidades prisionais não haveria espaço suficiente para o atendimento jurídico na proporção do número de advogados que se apresentam por dia, "fato este que resulta em filas de espera, e em algumas unidades há apenas um espaço de parlatório, sendo comum um único profissional realizar vários atendimentos na mesma Unidade Prisional (um preso por vez) ao adentrar no parlatório, gerando transtorno e demoras aos demais causídicos que poderiam ser assim dirimidas.[1]"

Por sua vez, a revista por meio do bodyscan, como condição prevista no art. 2.º da recomendação, restou justificada pelo Estado sob o fundamento de que os visitantes e até mesmo os próprios policiais se submetem ao procedimento de revista pelo equipamento e que o procedimento além de rápido, indolor e não invasivo, não representaria risco à saúde de quem o utiliza. Ainda, a recomendação submeteu o acesso dos advogados às unidades prisionais do Estado do Rio Grande do Norte à "revisão de seus pertences, inclusive da documentação que será levada ao conhecimento da pessoa privada de liberdade". Dentre outros argumentos, o órgão emissor da recomendação, explicou o motivo da restrição nos seguintes argumentos:

> "Conforme demonstrado acima, a prevalência do entendimento que defende a relativização dos direitos para a devida harmonização dos valores de igual envergadura perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, tem retirado do ordenamento jurídico a mistificação de existirem direitos absolutos, intocáveis, mesmo que estes sejam classificados como direito fundamental, de tal feita,

[1] Manifestação número 40/2022 - SEAP - APOIO GABINETE/SEAP - CHEFIA DE GABINETE/SEAP - SEC ADJUNTO/SEAP – SECRETARIO prestada no bojo do processo número 0803563-41.2022.4.05.8400 JF/RN.

> utilizaremos o mesmo entendimento para o discutido quanto à possibilidade de revista de documentos/manuais escritos trazidos pelos causídicos, antes e depois do atendimento de seus clientes. [...] Não é de mais destacar, que atualmente, têm sido registadas ocorrências habituais, relacionadas a condutas de Advogados, que são surpreendidos repassando (ou recebendo) aos seus clientes bilhetes com endereçamentos externos, e a característica mais grave, sobretudo no último ocorrido, é o conteúdo dos escritos possuir comandos e descrições de atividades criminosas"

A Recomendação nº 001/2022-COEAP/SEAP foi editada com o objetivo de disciplinar o atendimento e acesso dos advogados aos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio Grande do Norte. Discute-se se a disciplina contida na recomendação estadual de alguma forma fere o direito fundamental dos advogados exercerem livremente a profissão, além de se poder constituir um retrocesso ao direito constitucional do preso de ter acesso ao advogado.

2. Teoria dos limites dos limites.

A teoria dos limites dos limites reconhece que os direitos fundamentais não são absolutos e que podem ser limitados em certas circunstâncias, enfatizando que esses limites devem ser definidos com cuidado, tendo em vista a importância dos direitos fundamentais e dos valores em conflito. A ideia central é que a restrição dos direitos fundamentais deve ser proporcional e justificada, considerando os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A observância dos parâmetros da reserva do possível é fundamental pois ajuda a equilibrar o exercício dos direitos fundamentais com outros valores e interesses igualmente importantes para a sociedade. Em última análise, a teoria dos limites dos limites busca garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos de maneira adequada, sem sacrificar a segurança e o bem-estar de toda a sociedade. Por tais razões, é importante compreender que há uma confluência substancial entre o direito dos presos de terem assistência jurídica, nos termos do artigo 41, VII e IX, da LEP e as denominadas prerrogativas dos advogados em favor dos quais o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil confere inúmeros direitos instrumentais capazes de fielmente cumprirem seu mister constitucional de atividade indispensável à administração da justiça. Dentre tais direitos elencados pela lei afigura-se importante destacar que o art. 7°, III resguarda ao advogado o direito de "comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis". Tal

convergência de normas legais segue ao encontro do que preceitua o Pacto de São José da Costa Rica que garante ao preso ter assistência jurídica comunicada com o seu defensor[2].

A Recomendação nº 001/2022-COEAP da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte, sob o fundamento de dificuldades estruturais circunstanciais sugere que os estabelecimentos prisionais: a) observem a quantidade de 01 (um) atendimento jurídico por advogado ao dia, por unidade prisional, com máxima de duração de 30 (trinta) minutos; b) proceda a revista dos advogados e defensores por meio dos equipamentos de body scan e; c) antes do ingresso do causídico ou defensor ao parlatório, estes deverão se submeter à revisão de seus pertences, inclusive da documentação que será levada ao conhecimento da pessoa privada de liberdade.

O tema substancial se debruça sobre saber se essas limitações recomendadas atentam contra o direito dos advogados de se comunicarem com os presos no sistema prisional estadual do Rio Grande do Norte, expressada nas normas legais e convencionais que garantem a comunicação desses profissionais aos presos. Para além de configurar uma prerrogativa do advogado, a visita pessoal do advogado ao preso é uma medida instrumental de fundamental importância para garantia da ampla defesa e observância dos demais direitos dos presos. O exercido desses direitos se encontra em choque tensional, na espécie, com o poder-dever do Estado de preservação da higidez da administração penitenciária.

Cumpre observar que por conta da teoria dos limites dos direitos fundamentais e do princípio da unidade constitucional, nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto, exatamente porque a permanência de um direito depende da sua harmonia com os demais. É nesse sentido que SILVA NETO, 2021 discorre sobre o RE 511.961/SP:

> "O Supremo Tribunal Federal, na controvertida decisão sobre inexigibilidade de diploma de jornalista (RE 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes), entre outros fundamentos, utilizou a doutrina do limite dos limites, especialmente ao salientar que a reserva legal fixada pelo art. 5º, XIII, da CF não conferiria ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial, ressaltando ainda que seria necessário examinar se a lei restritiva da

[2] Artigo 8º - Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

> liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, como autorizado pelo Texto Constitucional, transbordaria os limites da proporcionalidade, atingindo o próprio núcleo essencial dessa liberdade”

A Constituição Federal, como topo do ordenamento jurídico, possui centralidade e supremacia tanto formal quanto material, sendo inviável que as leis infraconstitucionais a contrariem. De acordo com JUAREZ FREITAS (2010, p. 153), o conceito tópico-sistemático estabelece que a identidade sistêmica do Direito depende de uma hierarquização axiológica, na qual normas inferiores incompatíveis com os valores constitucionais relevantes devem ser invalidadas. Dessa forma, a coerência do sistema normativo exige a compatibilidade de sentidos entre as normas que o compõem, tendo como parâmetro a primazia das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais, tanto formal quanto materialmente. As disposições normativas devem ser interpretadas de acordo com os preceitos da Constituição, de suas normas, regras, princípios, institutos e valores. Segundo JUAREZ FREITAS (2010, p. 154), a concepção de hierarquia axiológica promove a coerência valorativa, evita a crença de completude fechada e autossuficiência do sistema, preserva a função harmonizadora da interpretação sistemática e, principalmente, permite a interpretação ponderada, rejeitando o mito da excessiva e imoderada autonomia do texto.

A convivência dos direitos fundamentais, pois, depende essencialmente da cedência prática recíproca entre o plexo dos direitos positivados e esta realidade somente é possível caso se admita a capacidade plástica ou flexível dos direitos cederem espaço para congregação ou preenchimento do alcance de outros interesses de igual relevo. Por isso que deve se conceber a relatividade dos direitos constitucionais fundamentais, a partir da ideia de que os direitos são suscetíveis de sofrer limitações práticas, desde que esse espaço aberto seja preenchido por direito de igual ou superior envergadura. De fato, ainda quando justificada a limitação de um direito, por conta da teoria dos limites dos limites, não se pode de tal forma restringi-lo ao ponto de atingir o seu núcleo essencial. Nesse sentido, a Corte suprema brasileira, por exemplo, no julgamento da ADI nº 5.852, firmou o entendimento de possibilidade de relativização dos direitos fundamentais desde que sua execução não importe em esvaziamento o seu núcleo essencial de exercício:

> [...] é possível que se restrinja o alcance de um direito fundamental em três situações: a) em razão de seu desenho constitucional, quando a própria Constituição prevê limitação para seu exercício, como ocorre com o estado de defesa e o estado de sítio; b) em razão da existência de expressa autorização, na Constituição da República, para que o legislador ordinário, ao

> expedir ato legal regulamentando seu exercício, o limite; c) ou ainda, em decorrência de uma ponderação com valores outros que ostentem igual proteção constitucional. Não se admite, contudo, que uma norma, a pretexto de regulamentar direito fundamental, finde por esvaziar seu núcleo essencial, inviabilizando seu exercício, o que ocorre no caso dos autos (STF, ADI nº 5.852/MS, Relator Min. Dias Toffoli, data de julgamento: 24/08/2020, data de publicação: 26/11/2020)

Ora, ainda que seja possível por razões de circunstâncias de natureza fática e estrutural a limitação da classe dos advogados ao sistema prisional, se apresenta manifestamente desarrazoado limitar o atendimento do advogado por 30 (trinta) minutos por preso, ao dia. Isso porque a limitação dos direitos fundamentais ainda quando possível e necessário no caso concreto, devidamente justificada em razões práticas, jamais pode se submeter a medidas de esvaziamento de seu conteúdo. Para tanto seria fundamental que a Administração Penitenciária levantasse dados concretos capazes de justificar a suficiência do tempo de 30 minutos para todos os advogados de forma indistinta.

A complexidade dos fatos criminosos e da situação dos presos inevitavelmente impõe a disponibilização de tempos diversos. A mera justificativa genérica de que não haveria espaço suficiente para o atendimento jurídico na proporção do número de advogados não é razão pública suficiente para impor indistintamente a limitação do acesso do advogado ao preso. Por óbvio, não se ignora a superlotação, as dificuldades estruturais enfrentadas pelo sistema penitenciário e a consequente necessidade de regulamentar o acesso às unidades prisionais. Porém, a restrição ao advogado de um atendimento jurídico, por unidade prisional, pelo período de 30 (trinta) minutos, finda por esvaziar, diretamente, o direito fundamental ao livre exercício da profissão (art. 5º, XIII, CF/88) e as prerrogativas da advocacia (art. 7º, I e VI), além de ter o condão de dificultar o exercício do direito de entrevista do apenado com o seu advogado (art. 41, IX, Lei de Execução Penal). A limitação de um direito é possível sim, o esvaziamento não.

A reserva do possível surgiu em uma decisão histórica do Tribunal Constitucional Alemão, em 1972, na qual se discutia o acesso à educação. A decisão afirmava que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer educação gratuita a todos os cidadãos, uma vez que os recursos do orçamento público eram limitados. A ideia central da decisão era que os direitos fundamentais, como o direito à educação, estavam sujeitos à disponibilidade de recursos e que o Estado deveria fazer o possível para assegurar esses direitos, mas somente dentro dos limites de sua capacidade financeira.

A reserva do possível é um princípio que se aplica a diversos direitos fundamentais, como o direito à saúde, à moradia, à segurança, entre outros. Segundo esse princípio, o Estado deve garantir esses direitos de acordo com suas possibilidades financeiras, mas sem comprometer outras áreas prioritárias ou inviabilizar a gestão financeira do país. Assim, a reserva do possível não significa que o Estado esteja isento de responsabilidade em relação aos direitos fundamentais, mas sim que a realização desses direitos deve ser feita de maneira progressiva e proporcional aos recursos disponíveis, de forma a garantir a sustentabilidade financeira do Estado. No entanto, é importante lembrar que a aplicação do princípio da reserva do possível não pode servir de justificativa para a inércia do Estado em relação aos direitos fundamentais. Entre nós, a reserva do possível foi citada inicialmente na ADPF 45/STF, tendo como baliza a ideia segundo a qual sua invocação não pode se dar como obstáculo para imposição de obrigações de fazer pelo Poder Judiciário, "especialmente concernente a obras emergenciais em estabelecimentos prisionais voltados à garantia da dignidade humana dos presos"[3]. Nesse cariz, a justificativa de dificuldade estrutural para atender a demanda universal dos advogados no sistema prisional não pode servir como fundamento válido para limitá-lo de tal forma que o inviabilize.

Por outro lado, é importante ressaltar que o princípio da legalidade que informa a Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal impõe a impossibilidade de que os atos administrativos secundários possam direta ou indiretamente ultrapassar ou inibir o teor contido na Lei e, conforme Mello, 2011:

> "A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja, lá que ato for para coarctar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar."

Os atos normativos não podem inovar o sistema jurídico de tal forma que seja criado restrição não prevista em lei, sob pena de afrontar o princípio da legalidade. Para além da doutrina, esse também é o entendimento pacífico da jurisprudência pátria, *in verbis*:

[3] SARMENTO, 2020.

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA DE RESIDÊNCIA MÉDICA. DESCREDENCIAMENTO. MÉDICO RESIDENTE TRANSFERIDO A OUTRA INSTITUIÇÃO. PAGAMENTO DE BOLSA PELA DESCREDENCIADA. INSTITUIÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO. OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE.
>
> 1. A resolução é espécie de ato administrativo normativo que complementa e explicita a norma legal, expressando o mandamento abstrato da lei, sem poder contrariá-la, restringi-la, ampliá-la ou inová-la, pois o ordenamento pátrio não permite que atos normativos infralegais inovem originalmente o sistema jurídico.
>
> 2. Se a lei regulamentada não trata da matéria, a resolução não pode criar, para a instituição descredenciada do programa de residência médica, o encargo de remunerar quem não mais lhe presta serviços e que já se encontra vinculado a outra instituição.
>
> 3. A decisão judicial baseada em resolução que extrapola seus limites é passível de ataque por meio do mandado de segurança.
>
> 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido
>
> (RMS 26889/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010).

A Constituição Federal, enquanto vértice do ordenamento jurídico, dotada de centralidade e supremacia formal e material, não pode ser contrariada pelo disposto em norma infraconstitucional. Consoante JUAREZ FREITAS, 2010, partindo da concepção tópico-sistemática, a identidade sistêmica do Direito depende essencialmente do pressuposto de uma hierarquização axiológica capaz de tornar inválidos preceitos inferiores incompatíveis com os valores constitucionais relevantes. A coerência do sistema normativo exige a observância da compatibilidade de sentidos entre as normas que o compõe, tendo como paradigma conformador a necessidade de que as normas constitucionais tenham primazia sobre as normas infraconstitucionais, seja no aspecto formal, seja no seu cariz material. As disposições normativas devem ser lidas em consonância com os preceitos da Constituição, segundo suas normas, regras, princípios, institutos e valores. A pressuposição de uma hierarquia axiológica, segundo JUAREZ FREITAS, tem a vantagem de provocar a coerência valorativa, evitar a crença exacerbada da completude fechada e autossuficiente do sistema, resguardar

a função harmonizadora da interpretação sistemática e, principalmente, permitir o papel decisivo da interpretação ponderada, excluindo o mito da excessiva e imoderada autonomia do texto. A necessidade de coerência do sistema hierarquicamente estabelecido é uma decorrência do pressuposto segundo o qual as normas inferiores devem se fundamentar nas superiores, conforme ALEXY, 2015, explica:

> "Uma exigência mínima de coerência é que entre as declarações de um sistema, no fundo, existam relações de fundamentação. Uma classe de declarações, entre as quais não existe nenhuma relação de fundamentação, pode, sem dúvida ser consistente, mas ela não é coerente em nenhum sentido. Ela é tanto mais coerente quanto mais relações de fundamentação existirem."

O Direito Positivo é aberto, posto que fundado também no mundo dos valores materiais e históricos, mas sob o aspecto da cognição e compreensão, o sistema se mostra dialeticamente unitário. Compete ao intérprete essa função unificadora ainda que se utilize de inferências não dedutivas, posto que seu papel transcende o âmbito da lógica estrita. A adequação do sistema é essencialmente teleológica e de eleição críticas entre critérios. Dessa forma, como adverte JUAREZ FREITAS, "não pode haver vinculação pura, nem discricionariedade completa, tampouco confiança cega no automatismo na aplicação das normas jurídicas, sequer submissão passiva do intérprete à carga genética do coletivo e datado legislador, já que o compromisso maior se encontra, aqui e hoje, no sistema e em seus apelos coercitivas de justa e evolucionista consistência."

Por esta razão é que se deve compreender que os atos normativos infralegais, à pretexto de regular direito fundamental, não podem servir como instrumento capaz de criar restrição que redundem em seu esvaziamento, por afrontar a proporcionalidade necessária. Dessa forma, o art. 1º da Recomendação nº 001/2022-COEAP/SEAP transborda a proporcionalidade necessária posto que inibe de forma desarrazoada o acesso da classe dos advogados aos presos do sistema prisional estadual, além de limitar o direito dos presos à assistência jurídica mínima prevista em lei.

3. Da possibilidade de revista dos advogados e defensores por meio do bodyscan.

No que tange à necessidade de revista dos advogados e defensores por meios dos equipamentos de bodyscan, previstos na Recomendação nº 001/2022-COEAP da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte, fica evidente que essa submissão não atenta contra as prerrogativas da classe dos advogados. Sequer se pode compreender como

limitação de um direito de uma classe exatamente porque todas as pessoas que busquem adentrar o sistema prisional devem a ele se submeter. Isso porque a revista por meio de scanner corporal é um procedimento padrão de segurança, utilizado nos mais diversos órgãos públicos, incluindo as unidades judiciais[4] e sua técnica tem como efeito cumprir de forma adequada, necessária e proporcional o postulado de justiça que determina a menor limitação possível de um direito quando necessária a consagração ou exercício de outros. Nesse sentido, a utilização de bodyscan constitui uma ferramenta essencial para a garantia da segurança do sistema penitenciário, incluindo a segurança do próprio advogado, em conformidade com o Regimento Interno Único dos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio Grande do Norte, no qual consta o dever de o Estado utilizar todos os recursos tecnológicos possíveis para minimizar os constrangimentos das revistas aos visitantes, consoante se pode observar do seu art. 146:

> Art. 146 Antes e depois das visitas os presos poderão ser submetidos à revista.
> §1º - Os visitantes deverão ser revistados antes de adentrarem na unidade.
> §2º - A revista será feita por Agente Penitenciário do mesmo sexo, sendo vedados toque vaginal e retal, bem como exames que atentem contra a dignidade do revistado.
> §3º - O Estado deverá utilizar-se de todos os recursos tecnológicos possíveis, no sentido de minimizar os constrangimentos que as revistas íntimas impõem àqueles que a elas são submetidos.

Aliás, tal técnica além de ser legal é a mais recomendada para garantir a higidez da segurança do acesso ao estabelecimento prisional, não só dos internos, como dos advogados, visitantes e servidores públicos. Exigir a exclusão de tal rotina à classe dos advogados é pretender alçar seus profissionais a uma condição privilegiada em comparação com todas demais pessoas e autoridades que laboram no sistema, em afronta direta à isonomia. A matéria, aliás, já foi enfrentada pelo poder judiciário em diversos estados da federação, sendo pacífico o entendimento pela possibilidade da revista, a exemplo do seguinte julgado:

[4] Art. 14. Os tribunais superiores, conselhos, tribunais de justiça, regionais federais, do trabalho, eleitorais e militares, no âmbito de suas competências, adotarão as seguintes medidas de segurança: [...]
IV – instalação de pórtico detector de metais e catracas, aos quais devem se submeter todos(as) que acessarem as dependências, ainda que exerçam cargo ou função pública, ressalvados(as) os(as) magistrados(as), os(as) integrantes de escolta de presos e os(as) agentes ou inspetores(as) da polícia judicial que tenham lotação ou sede de seus cargos e funções nas dependências dos respectivos conselhos e tribunais (Resolução Nº 435 de 28/10/2021 - CNJ);

> "MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de não submissão dos advogados à inspeção corporal determinada Lei Estadual nº 15.552/14 ao ingressarem nas unidades prisionais. Inadmissibilidade. A utilização de aparelho para inspeção corporal não viola as prerrogativas da carreira, mas apenas garante a segurança de todos, inclusive dos advogados. Inocorrência de violação ao princípio da isonomia. Sentença mantida. Alegação de violação à saúde e à integridade física dos usuários do aparelho body scanner. Não ocorrência. Direito líquido e certo que deve ser comprovado de plano. Aparelhos fiscalizados e regulamentados pela autarquia federal CNEN, para garantir a utilização segura do aparelho. Sentença mantida. Alegação de constrangimento em razão da reprodução da imagem corporal. Inadmissibilidade. O aparelho apenas reproduz o contorno do corpo, não afrontando a intimidade e a privacidade do advogado. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido."(TJ-SP - AC: 10021588320188260453 SP 1002158-83.2018.8.26.0453, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Data de Julgamento: 16/04/2019, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/04/2019)

De mais a mais, é importante ressaltar que inexiste indicações capaz de revelar que a exposição aos scanners corporais acarrete prejuízo à saúde específica dos advogados ou de qualquer outro agente que a eles se submete.

4. Da possibilidade de revista dos pertences dos advogados.

Por fim, o último ponto objeto de tensão constitucional da Recomendação nº 001/2022-COEAP da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte em comento é o estabelecimento de rotina de revista dos pertences do advogado antes do ingresso ao parlatório, incluindo a documentação levada ao conhecimento da pessoa privada de liberdade.

É certo que a confidencialidade é um instrumento essencial para o exercício da advocacia, sendo, aliás, garantida expressamente pelo art. 7º, II[5] do Estatuto da Ordem dos

[5] Art. 7º São direitos do advogado: II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)

advogados. Por sua vez artigo 8º, parágrafo 2, letra d, da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito a um recurso efetivo, perante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei, com atenção especial à confidencialidade. Essa disposição garante o direito do acusado de recorrer aos tribunais competentes para impugnar quaisquer violações de seus direitos fundamentais que tenham sido cometidas durante o processo penal. Esse recurso efetivo é um instrumento importante para garantir que o acusado tenha acesso à justiça e possa defender-se adequadamente contra acusações criminais, assegurando assim um julgamento justo e imparcial. A letra d do parágrafo 2 do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos é uma garantia fundamental para a proteção dos direitos humanos e do Estado de Direito, pois impede que o Estado cometa abusos contra o acusado durante o processo penal, garantindo que o acusado tenha meios eficazes para contestar e remediar violações aos seus direitos fundamentais. Isso inclui, por exemplo, a possibilidade de recorrer de decisões judiciais ou administrativas que tenham violado seus direitos fundamentais. Como já acima restou fixado, o direito fundamental, posto que relativo, não pode ser reputado como inflexível já que tal nota impediria que outros direitos de igual ou superior importância com ele convivessem ou fossem exercidos. Não resta dúvida, pois, que a confidencialidade é um direito do advogado e do preso, mas não pode jamais servir como estratagema para que os presos do sistema prisional possam realizar práticas delituosa ou como meio para o estímulo de sua prática.

A experiência recente no Rio Grande do Norte tem mostrado que os presos têm se valido das visitas e dos advogados[6] para realização de comunicações de índole flagrantemente delituosas, a demonstrar que, sob o pretexto do exercício ilimitado de um direito, na prática, se estar a limitar o direito igualmente fundamental de resguardo da segurança pública. Aliás, a ausência de norma ou a exclusão de uma que limite esse tipo de comunicação tem como efeito imediato estimular que as grandes organizações criminosas se utilizem desse vazio para permanecerem comandando seus empreendimentos criminosos, sob o manto de uma blindagem incompatível com o Estado Democrático de Direito. Com efeito, a revista dos pertences daqueles que irão adentrar ao sistema penitenciário, incluindo o advogado, assim como a revista por bodyscan, é um procedimento padrão de segurança que não esvazia a prerrogativa dos advogados de confidencialidade com os presos.

A rotina sugerida não busca captar ou inibir o sigilo profissional ou confidencialidade do advogado com o preso, mas, claramente, desestimular a comunicação delituosa

[6] Conforme se pode observar no link no qual que revela a prisão de advogada com um bilhete no qual "Ela entrou com um questionário e saiu com algumas respostas anotadas à mão. E ali dizia quem deveria mandar em tal quebrada, área da cidade, inclusive cita qual o bairro, pede para retirar pessoas que estão atrapalhando determinada área", explicou o secretário da Seap, Pedro Florêncio. https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2022/06/30/advogada-e-presa-em-flagrante-suspeita-de-passar-bilhetes-a-detentos-em-penitenciaria-na-grande-natal.ghtml-em-flagrante-suspeita-de-passar-bilhetes-a-detentos-em-penitenciaria-na-grande-natal.ghtml

que lamentavelmente se mostrou frequente no sistema prisional do Rio Grande do Norte. A revista dos pertences que irão adentrar com os advogados nos prédios públicos não está restrita ao sistema penitenciário, sendo praticada também em diversas unidades judiciais do país. Exemplifica o exposto o julgamento do MS 35897 pelo STF[7], que enfrentou a questão da revista para ingresso nas dependências do TJ-SP por servidores ou agentes de segurança do mesmo gênero que a pessoa averiguada. A revista foi consagrada desde que realizada por servidores do mesmo gênero do revistado, pois, segundo o ministro relator Edson Fachin,

> "a medida adotada pelo CNJ, ao acolher pedido da OAB para impedir a ocorrência de constrangimentos e violação à dignidade das mulheres e, em particular, das advogadas quando submetidas à revista pessoal e à revista de bens no ingresso nas dependências do TJ-SP, "é dotada de razoabilidade e visa à proteção da intimidade representada pelo conteúdo de bolsas, pastas e afins. A questão referente à revista de mulheres para ingresso nas dependências de órgãos públicos é tão grave que o artigo 1º da Lei 13.271/2016 proíbe a realização de revistas íntimas às mulheres. "A norma contém inegável escopo de impedir a violação da dignidade das mulheres, tutelando direitos constitucionais personalíssimos inafastáveis, tais como à liberdade, intimidade e imagem de mulheres, restando plenamente razoável falar-se na extensão desses direitos quando se trata da revista de bolsas, sacolas e pastas utilizadas quando do ingresso nas dependências do Poder Judiciário".

A revista dos pertences como rotina, aliás, também é prevista em outros documentos de padronização do sistema penitenciário pelo país, *in verbis*:

[7] "Segundo o ministro Edson Fachin, a medida adotada pelo CNJ, ao acolher pedido da OAB para impedir a ocorrência de constrangimentos e violação à dignidade das mulheres e, em particular, **das advogadas quando submetidas à revista pessoal e à revista de bens no ingresso nas dependências do TJ-SP,** "é dotada de razoabilidade e visa à proteção da intimidade representada pelo conteúdo de bolsas, pastas e afins".O relator destacou que a questão referente à revista de mulheres para ingresso nas dependências de órgãos públicos é tão grave que o artigo 1º da Lei 13.271/2016 proíbe a realização de revistas íntimas às mulheres. "A norma contém inegável escopo de impedir a violação da dignidade das mulheres, tutelando direitos constitucionais personalíssimos inafastáveis, tais como à liberdade, intimidade e imagem de mulheres, restando plenamente razoável falar-se na extensão desses direitos quando se trata da revista de bolsas, sacolas e pastas utilizadas quando do ingresso nas dependências do Poder Judiciário", salientou." Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390075.

> Art. 8º Todos os advogados estarão sujeitos à revista mecânica e em seus pertences através de scanner corporal, pórtico detector de metal ou detector portátil de metal, vedado procedimento vexatório e humilhante.
> Parágrafo único. A revista em bolsas e sacolas das advogadas será realizada por agentes do sexo feminino.
> (PORTARIA Nº 56, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2022 - Padroniza o ingresso de advogados no Sistema Penitenciário do Distrito Federal).

> Art. 60. É vedada ao advogado, a entrada e a saída dos locais de atendimentos com cartas, bilhetes ou objetos, sem análise prévia, exceto documentos judiciais
> [...] Art. 89. Toda pessoa que adentrar na Unidade Prisional, bem como os servidores e colaboradores, deverão se submeter à revista eletrônica e material, preservando-se a integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada.
> (INSTRUÇÃO NORMATIVA SAP Nº03/2020. - ESTABELECE E PADRONIZA NORMAS E PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ)

Ademais, é importante ressaltar que no âmbito do sistema do presídio federal, tal previsão é estabelecida pelo menos de desde 2007, consoante se observa dos termos do Decreto nº 6.049/2007:

> Art. 97. A revista consiste no exame de pessoas e bens que venham a ter acesso ao estabelecimento penal federal, com a finalidade de detectar objetos, produtos ou substâncias não permitidos pela administração.
>
> Parágrafo único. O Departamento Penitenciário Nacional disporá sobre o procedimento de revista.

Assim, resta evidenciado que a revista dos pertences e documentos da classe dos advogados não é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, não havendo violação indevida da confidencialidade ou de outra qualquer prerrogativa que a Constituição não autorize. Nesse sentido, a rotina estabelecida no art. 4º da Recomendação, por consistir apenas na inspeção dos pertences que

adentrarão o parlatório, prática a que todos deverão se submeter, não importa em qualquer limitação incompatível com a Constituição ou lei estatutária.

5. Conclusão.

Dessa forma, ainda que seja possível por razões de circunstâncias de natureza fática e estrutural a limitação da classe dos advogados ao sistema prisional, se manifesta desarrazoado limitar o atendimento do advogado por 30 (trinta) minutos por preso, ao dia. Isso porque a limitação dos direitos fundamentais ainda quando possível e necessário no caso concreto, devidamente justificada em razões práticas, jamais pode se submeter a medidas de esvaziamento de seu conteúdo. Nesse cariz, a justificativa de dificuldade estrutural para atender a demanda universal dos advogados no sistema prisional não pode servir como fundamento válido para limitá-lo de tal forma que o inviabilize. Nesse aspecto, deve ser reconhecida a incompatibilidade do art. 1.º da Recomendação nº 001/2022-COEAP/RN com os preceitos constitucionais e convencionais que garantem o acesso do advogado aos presos.

Por outro lado, a submissão do advogado ao body scan para ter acesso à unidade prisional, conforme prevista no art. 2º, *caput*, da recomendação ora em análise, não atenta contra as prerrogativas da classe dos advogados, posto que constitui ferramenta essencial para a garantia da segurança do sistema penitenciário com o menor cariz invasivo possível ao direito fundamental. Exigir a exclusão de tal rotina à classe dos advogados é pretender alçar seus profissionais a uma condição privilegiada em comparação com todas demais pessoas e autoridades que laboram no sistema, em afronta direta à isonomia.

Igualmente impõe que embora seja reconhecido que a confidencialidade seja um direito do advogado e do preso, jamais pode servir como estratagema para que os presos do sistema prisional possam realizar práticas delituosa ou como meio para o estímulo de sua prática. A revista dos pertences daqueles que irão adentrar ao sistema penitenciário, incluindo o advogado, conforme exigida na recomendação em análise, é um procedimento padrão de segurança que não constitui ofensa nem esvazia a prerrogativa da classe de causídico de confidencialidade com os presos. Atenta, pois, contra a isonomia e importa em privilégio inconstitucional exigir a exclusão de tais rotinas de segurança à classe dos advogados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 4ª edição, 2015, Porto Alegre. Livraria do Advogado.

FREITAS, Juarez. A interpretação Sistemática do Direito, 5.ª edição, São Paulo, Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 30ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

SARMENTO, Daniel. A Dignidade Pessoa Humana, 3.ª edição, Forense, Belo Horizonte, 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, Lumin juris, Rio de Janeiro, 2021.