SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS PRESOS DA OPERAÇÃO “HASHTAG” E AS PRERROGATIVA DOS ADVOGADOS: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

LEGAL ASSISTANCE TO PRISONERS OF OPERATION "HASHTAG" PREROGATIVE AND ADVOCATES: AN ANALYSIS FROM THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE PRISM

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Marcos Paulo Andrade Bianchini
Solange Aparecida de Andrade Bianchini

Resumo

A pesquisa propôs a verificar se as regras contidas na Portaria da Diretoria do Sistema Penitenciário Federal (DISPF) n. 4 atenderiam ao postulado da proporcionalidade frente ao direito fundamental dos presos na Operação “Hashtag” da Polícia Federal à assistência jurídica e as prerrogativas do advogado. Conclui-se que a Portaria DISPF n. 4 mostrou desproporcional, inadequada e desnecessária frente à excessiva restrição dos direitos fundamentais dos presos e dos advogados, incorrendo em vicio de inconstitucionalidade formal. O trabalho teve natureza compreensivo-analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Prerrogativas do advogado, Postulado da proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article aimed to verify whether the rules contained in Portaria da Diretoria do Sistema Penitenciário Federal (DISPF) n. 4 would meet the principle of proportionality against the fundamental rights of prisoners in Operation "Hashtag" the Federal Police to legal counsel and the lawyer's prerogatives. We conclude that the dispf DISPF n. 4 showed disproportionate, inappropriate and unnecessary front of excessive restriction of the fundamental rights of prisoners and lawyers, incurring formal unconstitutionality of addiction. The work was comprehensive-analytical nature, as sought to reconstruct the data analyzed from the perspective of the democratic rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Prerogatives of the lawyer, Postulate of proportionality

[1] Professor Orientador PPGD Universidade FUMEC

1 INTRODUÇÃO

A Polícia Federal deflagrou no dia 21 de julho de 2016 uma operação que foi denominada “Hashtag”, com o objetivo de desarticular grupo envolvido com o Estado Islâmico que, segundo as investigações, iniciaram atos preparatórios para efetivação de atentados terroristas e outras ações criminosas (BRASIL, 2016).

Foi nesse momento que iniciou a aplicação das regras contidas na Portaria da Diretoria do Sistema Penitenciário Federal (DISPF) n. 4, de 28 de junho de 2016, que limitava o atendimento de advogados constituídos pelos presos da Operação “Hashtag” da Polícia Federal abrigados nas penitenciárias federais.

A comunidade jurídica ficou atenta às regras da Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016, uma vez que impunha inúmeras restrições na assistência jurídica dos custodiados da Operação “Hashtag”.

A pesquisa põe-se a responder a seguinte questão: Considerando o direito fundamental do preso à assistência jurídica e as prerrogativas do advogado, a Portaria DISPF n. 4 atenderia ao postulado da proporcionalidade?

A hipótese de que parte o trabalho é que as regras da Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016 ultrajavam direitos fundamentais do preso à assistência jurídica e violam prerrogativa dos advogados no atendimento dos presos em Penitenciarias Federais. Ademais, a expedição da referida Portaria traz à tona, mais uma vez, o debate e reflexão sobre mecanismos que visem dar maior efetividade à direitos fundamentais dos presos em uma democracia recente, como no Brasil, e quais teorias devam ser usadas para tutelar direitos fundamentais quando princípios constitucionais se conflitam.

A pesquisa tem como objetivo verificar se o postulado da proporcionalidade foi observado pelas regras da Portaria DISPF n. 4, uma vez que há colisão do direito à segurança social e o direito do preso à assistência jurídica.

Para isso será necessário: estudar o direito fundamental do preso à assistência do advogado; estudar a extensão das restrições ao advogado no atendimento do preso constantes na Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016; entender o postulado da proporcionalidade, e, por fim, verificar se a Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016 atende o postulado da proporcionalidade.

A metodologia utilizada tem como dados primários da pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), Portaria da Diretoria do Sistema Penitenciário Federal (DISPF) n. 4, de 28 de junho de 2016, a teoria da a legislação, as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores; e são

dados secundários da pesquisa as opiniões doutrinárias referentes ao Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal e suas interpretações, e, as legislações comentadas. O trabalho tem natureza compreensivo-analítica, pois busca reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA E AS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

Primeiramente, tem-se que os direitos fundamentais surgiram como trunfos dos cidadãos frente às ingerências e intervenção do Estado na vida privada. Assim, os direitos fundamentais tem como principal função servir de bloqueio do Estado (direitos negativos a este) de modo a intervir minimamente na esfera privada do indivíduo quando não atua de forma contraria à ordem jurídica.

Os direitos fundamentais foram consagrados e considerados a partir das primeiras declarações e constituições positivadas do Estado Liberal no Século XVII, tendo como principais documentos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Constituição Francesa de 1791, bem como a Constituição jacobina de 1793 e a Constituição Americana de 1787 (SARLET, 2012, p. 41).

Dentre as gerações (BONAVIDES, 2014, p. 574) ou dimensões de direitos fundamentais (CARVALHO NETTO, 1999; CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 106), tem-se que a liberdade ocupa o rol de direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) traduzido como a faculdade ou atributo que valoriza o homem-singular frente a sociedade mecanicista concedendo àquele liberdades que Se opõe aos Estado com *status negativus* em nítida separação entre Sociedade e Estado (BONAVIDES, 2014, p. 578).

Ainda dispõe o §2º do artigo 5º da CRFB/1988 dispõe que os direitos fundamentais tem aplicação imediata, sendo sua aplicação direta e integral.

Dentre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da CRFB/1988 está consagrado o direito fundamental da assistência de advogado ao preso, como se vê no inciso LXIII.

Esse direito também assiste ao advogado, com expressa previsão no artigo 7º, inciso III, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8.906/1994, que dispõe ser prerrogativa: “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” (BRASIL, 1994).

Percebe-se que o direito à assistência jurídica e o direito de prestar essa assistência assiste tanto ao preso como ao advogado, sendo verdadeiras prerrogativas de ambos. Segundo

o dicionário Aurélio a palavra prerrogativa significa "concessão ou vantagem com que se distingue uma pessoa ou uma corporação; privilégio, regalia" (FERREIRA, 1999, p. 1.632).

Ressalte-se também que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações, nos termos do art. 133 CRFB/1988.

Assim, a assistência do advogado se constitui em verdadeiro privilégio para o preso e uma concessão da ordem jurídica e vantagem do advogado de entrevista-lo sem procuração, pessoal, reservadamente, seja o cidadão preso, detido ou recolhido em qualquer estabelecimento, civil ou militar.

Todas essas prerrogativas decorrem do principio da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, LV, da CRFB. A ampla defesa é concebida numa dupla dimensão, qual seja, a defesa técnica operada por advogado habilitado, e, a defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio acusado, tanto positiva (quando se produz uma conduta ativa frente a determinada prova) ou negativa (utiliza o direito de silêncio ou se recusa a participar de determinada prova), concretizando o princípio do *nemo tenetur se detegere* (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 263).

Há uma tensão constante que enseja a busca do equilíbrio entre o direito fundamental do cidadão e o direito à segurança da sociedade. Por isso, quando o Estado democrático constitucional resolve usar fogo contra fogo, ou seja, para evitar que agitadores totalitários utilizem as liberdades democráticas para destruir a própria democracia, acaba atentando contra os princípios de liberdade e igualdade que tanto defende (LOEWESNTEIN, 1979, p. 404-405).

Assim é necessário utilizar teorias que busquem trazer resposta aos conflitos de princípios para não invadir a esfera de liberdade individual ou desguarnecer a sociedade.

3 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE E O CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os Tribunais Brasileiros tem utilizado o postulado da proporcionalidade no julgamento de casos em que há colisão de princípios consagrados na Constituição.

Para Robert Alexy os "princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas" (ALEXY, 2011, p. 117), ou seja, têm como função atingir de forma mais ampla possível os fins desejados.

Leciona o professor alemão que "o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios" (ALEXY, 2011, p. 117).

No caso de colisão de princípios deve-se fazer incidir os três sub-postulados da proporcionalidade que considerados por "suas três máximas parciais que são a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a proporcionalidade no sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)" (ALEXY, 2011, p. 116/117).

Quando ocorre um conflito de princípios, este "deve ser resolvido por meio de um sopesamento de interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto" (ALEXY, 2011, p. 95).

Podem-se pinçar frases de efeitos nos julgamentos do STF que são aptos para ilustrar os sub-postulados do postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito).

O sub-postulado da adequação impõe que uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado. O Ministro Antônio Neder, relator da Rep nº 930/DF, no julgamento perante o Tribunal do Pleno disparou que "É inadequado tentar tapar o sol com uma peneira" (BRASIL, 2016).

Já o sub-postulado da necessidade dita que a medida é necessária se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos dos sujeitos envolvidos. No julgamento da ADI nº 855/PR, o Ministro Gilmar Mendes, ao aplicar no caso o sub-postulado da necessidade, alegou que "É desnecessário amputar a perna para solucionar o rompimento de menisco" (BRASIL, 2016).

De outro lado a proporcionalidade em sentido estrito, orienta que a medida a ser tomada será proporcional se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. O Ministro Moreira Alves, relator da Rep 1077/RJ citou que "É desproporcional matar um pardal com um tiro de canhão" (BRASIL, 2016).

4 A PORTARIA DA DIRETORIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL (DISPF) N. 4 E AS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DOS PRESOS E DOS ADVOGADOS

O temor de atentados e ataques terroristas no Brasil aumentou no ano de 2016, haja vista que a cidade do Rio de Janeiro foi eleita para sediar os Jogos Olímpicos de Verão.

Nesse contexto iniciou a observância da Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016 (BRASIL, 2016), expedida e subscrita pela Sra. Valquiria Souza Teixeira de Andrade, Diretora do Sistema Penitenciário Federal, que trouxe inúmeras medidas que limitavam a atuação do advogado na prestação de assistência jurídica ao cidadão preso dentre outras: a) a limitação do atendimento ao preso uma vez por semana, mediante apresentação de procuração

com poderes específicos e prévio agendamento, com duração máxima de uma hora (art. 2º); b) os advogados não poderiam levar para a entrevista quaisquer materiais, folhas, canetas ou apontamentos. Seriam fornecidos no parlatório papéis e canetas aos advogados (art. 4º); c) materiais referentes ao processo e referentes a outras consultas jurídicas deveriam ser enviadas por correio para analise de setor competente e posterior liberação ao advogado (Parágrafo único do art. 4º); d) Proibia a transmissão de forma verbal, escrita ou por qualquer a forma não audível, inclusive mímica, de quaisquer informações que não possuíssem relação direta com o interesse jurídico processual do preso, sob pena de interrupção imediata da entrevista e retenção de materiais utilizados na comunicação considerada como inadequada (art. 8º).

Há clara colisão de princípios e direitos tutelados pela Constituição: de um lado estão as prerrogativas do preso e dos advogados, e de outro lado, a segurança da sociedade.

As regras dispostas na Portaria DISPF n. 4 foi inadequada, pois o meio escolhido era inapto para alcançar o resultado desejado. Também não atendeu à necessidade, pois dentre todos os meios disponíveis haviam outros eficazes para tutelar os direitos envolvidos; por fim, foi desproporcional, pois restringiu excessivamente as prerrogativas dos presos e dos advogados.

Por isso, a Administração Pública, no exercício da auto-tutela administrativa (CARVALHO FILHO, 2012, p. 33), em 27 de julho de 2016, após 30 (trinta) dias de vigência e inúmeras manifestações comunidade jurídica, anulou a Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016 por meio da Portaria do Gabinete do Ministro (GM) n. 713, de 27 de julho de 2016 (BRASIL, 2016), expedida e subscrita pelo Ministro da Justiça e Cidadania.

Com isso, a Portaria DISPF n. 4 mostrou desproporcional, inadequada e desnecessária frente à excessiva restrição dos direitos fundamentais dos presos e dos advogados, incorrendo em vicio de inconstitucionalidade material.

5 CONCLUSÃO

Entendeu-se que o direito fundamental do preso à assistência jurídica é corolário do principio da ampla defesa, e, que as prerrogativas do advogado são indispensáveis à administração da justiça e defesa do Estado Democrático de Direito.

Apreendeu-se que a Portaria DISPF n. 4 trouxe grandes restrições e impedimentos de exercícios das prerrogativas dos advogados no atendimento aos presos da operação “Hashtag” da Policia federal. Com isso houve visível colisão dos direitos fundamentais, dos presos e as prerrogativas dos advogados, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro lado.

Verificou-se no estudo do caso que a Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016 aviltou o postulado da proporcionalidade incorrendo em inconstitucionalidade material.

Considerando que a Portaria DISPF n. 4 foi expedida pela Diretora do Sistema Penitenciário Federal, percebeu-se, também, como um ato administrativo expedido por servidor que ocupa cargo de 3º ou 4º escalão em determinado órgão da Administração Pública traz imenso impacto e restrição de direitos fundamentais com repercussão em todo território nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Ofício n. 271/2016-PNP. Solicitação de alteração. Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016. Exercício da advocacia nas Penitenciarias Federais. Prerrogativas Profissionais. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-11.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Cidadania**. PORTARIA DISPF Nº 4, DE 28 DE JUNHO DE 2016. Estabelece regras para atendimento de advogados aos presos custodiados nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/portaria-dispf-28-junho-2016.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria GM nº 713, de 27 de julho de 2016 que anula a Portaria DISPF n. 4, de 28 de junho de 2016. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/anulacao-portaria-presidio.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL. **Polícia Federal**. PF investiga brasileiros suspeitos de terrorismo no Brasil. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/07/pf-investiga-brasileiros-suspeitos-de-terrorismo-no-brasil>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 855, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade de Lei nº 1.077/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1984, DJ 28-09-1984 PP-15955 EMENT VOL-01351-01 PP-00018 RTJ VOL-00112-01 PP-00034. Disponível em:<

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86445>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade de Lei nº 930/DF, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1978, DJ 27-04-1979 PP-03379 EMENT VOL-01129-01 PP-00029. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39644>. Acesso em 06 ago. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, 1.696 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, 1.250 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, p. 473-486, maio 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 208 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Século XXI**: o dicionário da Ligua Portuguesa. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, 2.128 p.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979, 619 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 1.440 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 681 p.