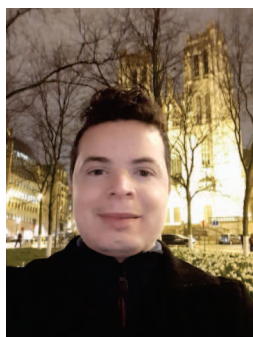


Maior eficiência na investigação criminal prevista na lei anticrime e sua constitucionalidade

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos



Advogado e consultor jurídico. Membro consultor da Comissão Especial de Direito Penal Econômico, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Integra o grupo de investigación “Estado, Instituciones y Desarrollo”, da Asociación Latinoamericana de Ciencia Política e o comitê de pesquisa “Systèmes judiciaires compares” da Association Internationale de Science Politique. Mestrando em Política Criminal pela Universidad de Salamanca (Espanha). Kursou o Programa Avanzado em Compliance pelo Institute for Advanced Management – CEU IAM (Espanha). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

RESUMO: A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (lei anticrime), provoca mudanças significativas no direito processual penal e no direito penal brasileiro. O presente estudo verifica se o monitoramento de áudio e vídeo nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima aperfeiçoa a investigação criminal. Questão controversa é se a fiscalização estatal ofende o direito à privacidade dos presos e se viola as prerrogativas funcionais dos advogados. Por último, resta saber se tais alterações legislativas compatibilizam-se com a Constituição Federal e com os direitos humanos. Ao final do trabalho, entende-se que as modificações processuais e penais robustecem os mecanismos de investigação criminal na luta contra criminalidade, sendo consentâneas com a Carta Magna e com normas internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 11 da Lei nº 13.964/2019. Monitoramento de presídio por áudio e vídeo. Eficiência investigativa. Constitucionalidade.

ABSTRACT: Law nº 13.964, of december 24, 2019 (anti-crime law), causes significant changes in criminal procedural law and Brazilian criminal law. The present study verifies whether the monitoring of audio and video in maximum security criminal establishments improves criminal investigation. A controversial issue is whether state enforcement offends prisoners “right to privacy and violates lawyers” functional prerogatives. Finally, it remains to be seen whether such legislative changes are compatible with the Federal Constitution and human rights. At the end of the work, it is understood that procedural and criminal changes strengthen the mechanisms of criminal investigation in the fight against crime, being in line with the Constitution and international standards.

KEYWORDS: Article 11 of Law nº 13.964/2019. Monitoring of prison by audio and video. Investigative efficiency. Constitutionality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Maior eficiência investigativa prevista no artigo 11 da Lei nº 13.964/2019. 3 Justificativa da ampliação investigativa. 4 Constitucionalidade. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Trata-se de estudo que analisa as mudanças no processo penal, decorrentes do artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, ensejadoras de maior eficácia na investigação criminal, mediante o uso de técnicas especiais e excepcionais de investigação, assim como aprecia a constitucionalidade de tais alterações legislativas.

A temática afigura-se deveras relevante, vez que o artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 modifica os artigos 2º, 3º e 10, bem como acrescenta os artigos 11-A e 11-B à Lei nº 11.671/2008, a qual dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimento penal federal de segurança máxima.

Destarte, o presente trabalho mostra-se atual e profícuo no cenário jurídico pátrio, porquanto a Lei nº 13.964/2019 foi publicada recentemente, em 24 de dezembro de 2019, com entrada em vigor para 30 (trinta) dias após sua publicação oficial, ou seja, em 24 de janeiro de 2020.

A metodologia adotada será a análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre a temática abordada. As normas permitirão avaliar como o Estado disciplina a investigação referente aos recolhidos em estabelecimento penal federal de segurança máxima. A doutrina cumprirá função essencial na definição e explicação de conceitos específicos. A seu turno, a jurisprudência será mencionada, de maneira a clarificar o entendimento dos Tribunais Superiores na aplicação da lei. De igual modo, será realizada a justificativa dessas mudanças.

A problemática consiste em avaliar se o monitoramento de áudio e vídeo nos estabelecimentos penais de segurança máxima aprimora a investigação criminal. Ademais, essa fiscalização estatal viola o direito à privacidade dos apenados? Tal monitoramento ofende as prerrogativas funcionais dos advogados? Por último, essas alterações legislativas afiguram-se constitucionais e compatíveis com os direitos humanos?

Após percuciente análise, verifica-se que essas modificações legais fortalecem a investigação criminal, porquanto permitem que os órgãos do Estado monitorem os acontecimentos que transcorrem dentro dos estabelecimentos prisionais, prevenindo novos delitos e instrumentalizando a respectiva investigação.

Outrossim, o direito à privacidade dos presos e as prerrogativas profissionais dos advogados não são direitos absolutos. Disso resulta que tais garantias não podem ser transmutadas em subterfúgio para cometimento de crimes, razão pela qual as alterações no âmbito penal e processual são constitucionais e respeitam as normas de direitos humanos.

2 Maior eficiência investigativa prevista no artigo 11 da Lei nº 13.964/2019

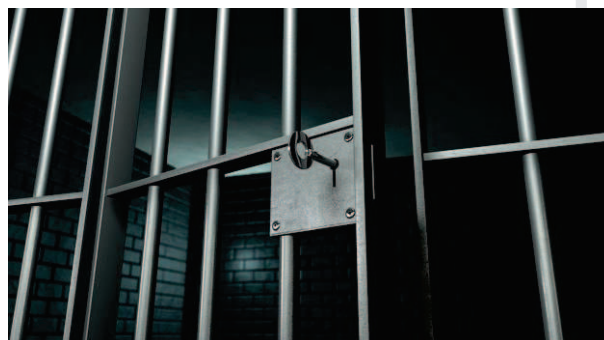
O artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 inseriu vários dispositivos à Lei nº 11.671/2008, a qual sistematiza a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima. O *caput* do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 teve discreta alteração

se comparado com sua redação original, não obstante, aperfeiçoou-se a técnica legislativa. Sem embargo, ao citado artigo 3º foram incluídos os § 1º, § 2º, § 3º, § 4º e § 5º, ocorrendo significativas mudanças.

A redação do § 1º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 estipula o regime aplicado ao preso incluído em estabelecimento penal federal de segurança máxima, determinando expressamente o regime fechado. Nesse primeiro parágrafo foram acrescidos os incisos I a IV, que pormenorizam as características aplicáveis ao preso, como o recolhimento em cela individual; a visita de amigos ou parentes só em dias determinados por meio virtual ou no parlatório, separados por vidro e comunicação por interfone, com filmagem e gravações; banho de sol por até duas horas e monitoramento de todos os meios de comunicação. Tal disciplinamento mediante lei é salutar, pois medidas cerceadoras de direito fundamental devem observar o princípio da legalidade¹.

As regras mencionadas até agora nessas incisos assemelham-se às disposições já previstas nos incisos II, III e IV do artigo 52 da Lei nº 7.210/1984, que institui a Lei de Execução Penal. Entretanto, revelam-se mais restritas as hipóteses de cabimento para a imposição do regime disciplinar diferenciado previsto no *caput* e § 1º do artigo 52 da Lei nº 7.210/1984, também alterado pela Lei nº 13.964/2019, quais sejam: a) preso cometer crime doloso que subverta a ordem ou disciplina carcerária; b) preso apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) fundada suspeita de envolvimento do preso em organização criminosa, quadrilha ou bando.

1 ABREU, Jacqueline de S.; SMANIO, Gianluca M. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1467. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.262>. Acesso em: 30 mar. 2020.



Fonte: www.depen.gov.br

Noutro giro, o Decreto nº 6.877/2009, o qual define critérios para inclusão de preso em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e regulamenta a Lei nº 11.671/2008, submete a esse rigor os presos líderes de organização criminosa; os que estejam em regime disciplinar diferenciado; os que tenham envolvimento reiterado em crimes cometidos com violência ou grave ameaça; os que estejam ligados com fuga ou grave indisciplina carcerária anterior ou para preservar a própria incolumidade física do preso, inclusive do colaborador (art. 3º do Decreto nº 6.877/2009). Com efeito, o Poder Público promove os interesses da sociedade ao normatizar a sua atuação nos estabelecimentos federais de segurança máxima².

A seu turno, a Lei nº 11.671/2008 agora possui previsão em sua própria fonte normativa sobre as regras atinentes ao estabelecimento penal federal de segurança máxima. Essa mudança é muito relevante, visto que, esse novo modelo adotado se aplica a todos os presos incluídos nesses estabelecimentos prisionais, uma vez que representam risco à sociedade, sendo necessário maior controle de suas ações³. Diferentemente do contido no artigo 52 Lei nº 7.210/1984, que fixa seme-

2 SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riaño. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006, p. 41.

3 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte General. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 1-2.

lhantes regras somente ao preso submetido ao regime disciplinar diferenciado. Agora, houve ampliação regratória no âmbito do estabelecimento penal federal de segurança máxima.

Questão debatida sobre prevenção delitiva e mecanismo diferenciado de investigação versa sobre a forma de contato social do preso nas visitas ocorridas em estabelecimento penal federal de segurança máxima. Isso porque, em geral, o contato social do preso com seus familiares e amigos se dá mediante o uso de parlatório ou meio virtual. O parlatório consiste num local, espécie de balcão, no qual o preso e a visita conversam por telefone e separados por um espelho, permitindo tanto o contato visual quanto a comunicação. Utilizando-se esse instrumento, pode-se fiscalizar o conteúdo das conversas, possibilitando a prevenção de ilícitos, salvaguardando interesses da sociedade⁴.

Por ser medida restritiva, sofreu críticas. Assente-se que esse instrumento fiscalizador não viola o preceito da dignidade humana ou a ressocialização do preso. Ao contrário, a visita ao preso no parlatório permite que mesmo os presos mais perigosos do país tenham contato com seus entes queridos e amigos, de modo a manter os vínculos familiares e sociais. Ora, as disposições do inciso II do § 1º do artigo 3º garantem ao preso a visita do cônjuge, companheiro, parentes, amigos e até de crianças.

Outrossim, na sociedade atual, comumente pessoas de diferentes lugares e regiões se comunicam por meio virtual, sendo várias as mídias sociais acessíveis (Skype, Messenger, Youtube, Orkut, LinkedIn, Ares, etc.). Hodiernamente, a comunicação humana não se restringe a contato estritamente físico. O contato virtual também é uma forma de aproximação de pessoas e de socialização. Assim, não há barreiras distanciais que impeçam a

interação interpessoal. Vale dizer, a oferta de meio virtual de diálogo e a visita no parlatório são instrumentos promovedores da dignidade carcerária, ao permitir a comunicação social mesmo para os indivíduos submetidos à disciplina mais rigorosa insertos no estabelecimento penal federal de segurança máxima.

De fato, tal controle da comunicação carcerária faz-se necessário, por razões de interesse público e como forma de promover a segurança da coletividade⁵, mormente aos cidadãos que sofrem vulneração de direitos por meio de ordens emanadas de dentro do presídio – *v.g.* roubos, latrocínios, extorsões, sequestros, homicídios encomendados, atentado a meios de transportes, etc. Em razão disso, nessas situações relativizam-se aspectos da privacidade e intimidade, tais como as características da “solidão (o estar só), o segredo, a autonomia”⁶.

Com efeito, nenhum direito é absoluto e deve haver limitação para evitar o seu exercício abusivo, gerando severos danos à sociedade. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Pretório Excelso, que autoriza a administração penitenciária

[...] proceder à interceptação de correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas⁷.

Disso resulta que o Estado não pode tapar os olhos para a realidade que o circunda, devendo compatibilizar os direitos dos presos com os direitos das demais pessoas, inclusi-

4 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito Brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 93.

5 *Ibidem*, p. 94.

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da FD-USP*, v. 88, 1993, p. 439.

7 STF. Primeira Turma, HC 70.814-5/SP, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/03/1994, DJ 24/06/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ve dos cidadãos que estão fora do cárcere. Impende realizar equilíbrio no exercício dos direitos individuais na relação com os demais concidadãos. Realizar tal compatibilização nas relações humanas é dever ético:

[...] o nosso esforço consiste concretamente em manter, na comunidade anônima, a sociedade de Eu com Outrem – linguagem e bondade; [...] A relação com Outrem ou o Discurso é uma relação não-alérgica, uma relação ética, mas o discurso acolhido é o ensinamento⁸.

Ora, conviver em sociedade é conviver com o outrem e respeitá-lo. Há, nessa interação, o aspecto da alteridade. A alteridade exige isso: o respeito na relação com o próximo. Para atingir tal mister, impõe-se a limitação do exercício de direitos, de maneira que o exercício de direito por um indivíduo não prejudique os demais. Disso resulta aquilatar não só os direitos, mas igualmente observar os deveres, que têm por destinatário as demais pessoas.

Em outros termos, quando se cumpre com os deveres, promove-se o respeito ao outrem, também destinatário de direitos e garantias individuais. Consectário disso é que o direito à privacidade e ao contato físico do preso submetido ao regime do estabelecimento federal penal de segurança máxima não se sobrepõe ao direito à segurança, à vida e à liberdade das demais pessoas, igualmente destinatários do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Ademais, no que tange ao preso acautelado em presídio de segurança máxima, não se pode permitir a supremacia da concepção individualista dos direitos, que preconiza a antecedência e a preponderância do indivi-

duo sobre o Estado. Antes disso, deve haver equilíbrio entre as garantias asseguradas a todos, salvaguardando-se os deveres morais oriundos do inter-relacionamento social, consoante Norberto Bobbio:

No início – não importa se mítico, fantástico ou real – da história milenar da moral, há sempre um código de deveres (ou obrigações), não de direitos. Os códigos morais ou jurídicos de todos os tempos são compostos essencialmente de normas imperativas, positivas ou negativas, de comandos e proibições. [...] Concepção individualista significa que antes vem o indivíduo, notem, o indivíduo isolado, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não o contrário⁹.

Assim, as determinações contidas nos incisos do § 1º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, que versam sobre as características do regime aplicado ao preso incluído em estabelecimento penal federal de segurança máxima, têm o condão de equilibrar os direitos dos presos com as garantias por igual asseguradas aos demais cidadãos brasileiros, sendo a norma indene.

Impende, ainda, mencionar o acréscimo do § 2º ao artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, estatuinto que os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão ter monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, vedada sua utilização nas celas e durante o atendimento advocatício, ressalvado se houver expressa autorização judicial. Ora, afigura-se natural que na sociedade hodierna a tecnologia seja utilizada pelo Estado, favorecendo a instrumentalização processual¹⁰. Nessa perspectiva, a recente

8 LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Ensaio sobre a exterioridade. 3. ed. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2014, p. 34-38.

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 476-480.

10 CESARI, Claudia. Editoriale: L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di in-

disposição legal atualiza o direito processual às novas tecnologias como meio de obtenção de prova – por áudio e vídeo.

Registre-se que, antes mesmo dessa inovação mediante lei ordinária, já existia normatização semelhante, conforme regulamento infralegal, qual seja: a Portaria nº 157 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, publicada em 12 de fevereiro de 2019, que “disciplina o procedimento de visita social aos presos nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências”.

Não obstante, a Portaria não contém igual assertividade, se comparada ao § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, já que menciona abstratamente sobre “supervisão” durante a visita social feita no pátio de visitação, no parlatório ou por videoconferência (art. 2º, *caput*, da Portaria nº 157/2019), sem detalhar o meio utilizado nessa supervisão.

Por sua vez, o § 2º acrescido ao artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 impõe aos estabelecimentos penais federais a monitoração por áudio e vídeo do parlatório e das áreas comuns, assim como permite o uso dessas tecnologias nas celas e no atendimento com o advogado se houver autorização judicial neste último caso.

Com efeito, as disposições incluídas pela Lei nº 13.964/2019 são mais amplas e substanciais, modificando notadamente a sistemática penal e processual ao especificar o instrumento de monitoramento a ser usado: “áudio e vídeo”, que não constam na portaria supra. Outrossim, com esses instrumentos os órgãos de investigação estatal atualizam seus métodos de investigação, não havendo violação a direitos dos reclusos¹¹.

Foram muitas as alterações na seara processual penal, que não surgiram abruptamente, mas sim decorreram da mudança de entendimento da sociedade sobre essa questão. Amiúde, imprescindível uma reflexão sobre as premissas e os conhecimentos tão arraigados ao longo do tempo, de modo a evoluirmos. Isso porque tais percepções podem estar muito destoantes da realidade:

Uma dessas respostas [...] está registrada no mito da caverna de Platão, segundo o qual haveria necessidade de abandonarmos a prisão dos nossos sentidos (as sombras da caverna) para alcançar a verdade e o conhecimento no mundo das ideias (a essência). Muitas vezes nos iludimos em nosso processo de conhecimento. Durante boa parte da história da humanidade, acreditamos, por exemplo, que o Sol girava em torno da Terra. Esse conhecimento demonstrou-se, posteriormente, totalmente equivocado. Como foi possível acreditar nessa concepção por tão longo período de tempo? Como podemos ter certeza de que não estamos, também, completamente enganados em relação a outros conhecimentos e crenças essenciais de nossa civilização?¹²

Assim, necessário revermos certas percepções e entendimentos sobre direitos outrora reputados como devidos – a exemplo da ampla liberdade nas visitas e nas conversas no interior dos estabelecimentos prisionais, mormente nos de segurança máxima. Dessa forma, evoluiremos nas perspectivas processual e penal.

Registre-se, ainda, que o acompanhamento do teor da conversa dos presos afigura-se ético, porquanto a fiscalização estatal é promotora de um dos grandes princípios

cognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1168. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>. Acesso em: 30 mar. 2020.

11 MAGHERESCU, Delia. Using new means of technology during the penal proceedings in Romania. *Revista Bra-*

sileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1190. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.250>. Acesso em: 30 mar. 2020.

12 MATTAR, João. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 142.

da ética, que é a verdade. Consoante lição de Konder Comparato, os grandes princípios éticos são: a verdade, a justiça e o amor. Des-tes princípios, desdobram-se os princípios da liberdade, da igualdade, da segurança e da solidariedade¹³.

Dessa maneira, a gravação por áudio e vídeo no parlatório, nas áreas comuns, nas celas e atendimento advocatício – se excepcionalmente autorizadas –, permite ao Estado o conhecimento da verdadeira conversa e planos orquestrados no interior do estabelecimento prisional, que antes se reputava imune ao controle estatal sob a alegação de “inviolabilidade do direito à privacidade” e da “inviolabilidade profissional”. Tal conduta estatal promove a busca pelo descobrimento dos fatos em sua realidade¹⁴.

Ora, o direito à privacidade e à inviolabilidade no exercício regular da função não deve ser subterfúgio para o cometimento de graves ilícitos, sob pena desses direitos transmudarem-se em salvo-conduto para o cometimento de crimes! Não é de se admitir tal deturpação da razão de ser das garantias constitucionais.

Outrossim, tal medida fiscalizadora estatal promoverá a segurança da sociedade em geral, prevenindo novos delitos idealizados de dentro do estabelecimento federal de segurança máxima, bem como permitindo à equipe de inteligência da polícia desarticular eventuais empreendimentos criminosos que venham ser identificados nas gravações¹⁵. Com isso, o § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 é realizador de dois princípios éticos: a verdade e a segurança.

Ainda concernente ao substancial conteúdo normativo previsto no supramen-

cionado parágrafo, merece atenção especial a análise sobre a prerrogativa conferida aos advogados: a inviolabilidade profissional. Tal questão surge ante a possibilidade de monitoramento por áudio e vídeo no atendimento advocatício, se houver autorização judicial – consectário dos poderes investigatório e instrutório do juiz¹⁶.

Ressalte-se que a advocacia é função essencial à Justiça, sendo o advogado inviolável por seus atos e manifestações “no exercício da profissão, nos limites da lei”, conforme o artigo 133 da Constituição Federal. Ocorre que as nobres garantias asseguradas aos advogados no exercício da função não podem ser deturpadas, utilizadas para fins ilícitos, desdobrando em instrumentos para o cometimento de delitos¹⁷.

Disso resulta a necessidade de monitoramento, mediante prévia autorização judicial, caso haja fundadas suspeitas de que o advogado¹⁸, sob a justificativa de prestar serviços profissionais ao preso, finda por ser um elo de comunicação com o mundo externo, transformando-se em instrumento de orquestração de empreitadas criminosas, planejadas de dentro do estabelecimento federal de segurança máxima.

Outrossim, a inviolabilidade profissional do advogado depende do exercício regular e legítimo dos atos inerentes à advocacia, não havendo espaço para exercício abusivo das prerrogativas, pois, do contrário, subverteria a finalidade de tão caro instituto. Não se pode tolerar o abuso de direitos sob a justificativa de “prerrogativa profissional”. Em razão disso, a Carta Magna estabelece a inviolabilidade do advogado no exercício da profissão, observados ainda os limites da lei.

13 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 520-521.

14 MOUGENOT, Edilson Bonfim. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

15 JORGE MORAS, R. Monm. *Manual de derecho procesal penal*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Parrot, 2004, p. 34.

16 AURY LOPES, Jr. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 63.

17 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte General. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 3.

18 MOUGENOT, Edilson Bonfim. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

Ainda no que concerne ao § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, que contempla hipótese de monitoração por áudio e vídeo do atendimento advocatício, mediante autorização do juiz, revela-se útil a análise desse dispositivo face à nova lei de abuso de autoridade: Lei nº 13.869/2019. Esta norma, em seu artigo 43, acrescenta o artigo 7º-B à Lei nº 8.906/1994, tipificando como crime a violação de direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do *caput* do artigo 7º da mesma lei. Dentre esses incisos, especificamente o inciso III, assegura ao advogado o direito de “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos”.



Fonte: www.depen.gov.br

Ao realizar o cotejo analítico do § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 (acrescido pela lei anticrime) face ao artigo 7º, III, da Lei nº 8.906/1994 c/c artigo 43 da Lei nº 13.869/2019 (lei contra abuso de autoridade), surgem algumas indagações jurídicas. Primeira: há antinomia normativa? Segunda: o juiz federal, ao autorizar a gravação de atendimento advocatício dentro do estabelecimento federal, comete crime de abuso de autoridade? Terceira: como fica a aplicabilidade de ambas as leis?

A primeira resposta é que, sim, realmente há antinomia entre as duas leis, ou seja,

as duas normas legislam sobre o mesmo tema, mas com determinações diferentes.

Para resolver esse conflito entre regras jurídicas (leis), aplicam-se os critérios de solução de antinomia¹⁹ quais sejam: cronológico (lei posterior revoga a anterior), especialidade (lei especial revoga a lei geral) ou hierarquia (lei de maior *status* normativo revoga a inferior). Nesse caso, o critério hierárquico não pode ser utilizado, pois ambas as normas possuem a mesma envergadura jurídica de lei ordinária. Sobram ainda dois critérios. Com fulcro no critério cronológico, a Lei nº 13.869/2019 (lei contra abuso de autoridade), publicada em 05 de setembro de 2019, deve ser afastada naquilo que divergir da norma mais recente, ou seja, a Lei nº 13.964/2019 (lei anticrime), publicada depois, em 24 de dezembro de 2019. Igualmente, pelo critério da especialidade, urge mencionar que a Lei nº 13.869/2019 é uma lei genérica, ao versar sobre os crimes de abuso de autoridade em ocasiões comuns e por fazer referência à Lei nº 8.906/1994, que trata dos direitos dos advogados em geral.

Noutro giro, a Lei nº 13.964/2019, no artigo 11, altera a Lei nº 11.671/2008, que trata especificamente dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima, abordando uma situação *sui generis*. Vale dizer, a lei que rege os presos recolhidos em estabelecimento federal de segurança máxima contém disposições específicas, aplicadas excepcionalmente, que refogem à sanção comum. Posto isso, sendo especial, o contido no artigo 11 da Lei 13.964/2019 prevalece sobre o caráter geral do artigo 43 da Lei nº 13.869/2019 c/c artigo 7º, III, da Lei nº 8.906/1994.

Posto isso, no atendimento advocatício realizado em estabelecimento federal de segurança máxima, poderá ocorrer o monitoramento por meio de áudio e vídeo, se houver autorização judicial, sendo medida excepcional

19 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1991, p. 91-96.

e devidamente justificada pelo magistrado federal competente, nos termos do § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, acrescido pela novel Lei nº 13.964/2019 (lei anticrime). Consectariamente, o juiz que admitir tal fiscalização, conforme previsto em lei, não comete crime de abuso de autoridade, pois lei específica possibilita o uso dessa técnica especial e excepcional de investigação, garantindo maior eficiência na investigação criminal.

Afora esses critérios de solução de antinomias, ainda pode ser mencionada regra básica da hermenêutica jurídica. Consoante lição de Carlos Maximiliano:

[...] quem pode o mais, pode o menos (aquele a quem se permite o mais, não deve-se negar o menos. [...] No âmbito do mais sempre se compreende também o menos)²⁰.

Isso porque é sabida a legalidade da busca e apreensão de provas em escritório de advocacia, quando realizada mediante mandado judicial (STF, HC 91.610/BA, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 08/06/2010, informativo nº 590; STJ, RHC 39.412/SP, Relator Ministro Felix Fischer, j. 03/03/2015, informativo nº 557).

Com efeito, se pode ocorrer legalmente a busca e apreensão em escritório de advocacia, mediante mandado judicial, *mutatis mutandis*, a autorização aqui – monitoramento em estabelecimento federal –, equivale ao controle simultâneo da informação entre o advogado e o preso, sendo um meio de obtenção de prova. Ora, “quem pode o mais, pode o menos”. Se o juiz pode acessar, posteriormente, as provas atinentes a advogado envolto em atividades ilícitas, muito mais razão há para acesso da fiscalização penitenciária ao teor de conversa com fortes indicativos de cometimento de crimes. Afinal, a autorização

judicial para tal medida requer um mínimo de indícios de autoria e de materialidade de atividade ilícita. Com isso, o monitoramento por meio de tecnologias permite ao Estado obter o conteúdo da informação decorrente das conversas, de modo a instrumentalizar o processo, não havendo direito absoluto no que tange a dados pessoais²¹.

Assente-se, ainda, que o acompanhamento das conversas, indicativas de cometimento de crimes por advogados, sob o pretexto de visitar o cliente, realiza um dos grandes postulados do direito penal: a prevenção do delito. Consectariamente, evitar-se-á a consumação do crime empreendido no interior do cárcere de segurança máxima. Isso porque a prevenção aos crimes ocorrerá, já que os envolvidos terão conduta mais comedida, porquanto estarão sujeitos a monitoramento. Além disso, permitirá que o Poder Público acompanhe o conteúdo das conversas realizadas, impedindo que novos delitos, planejados por presos recolhidos à segurança máxima, sejam perpetrados fora do estabelecimento prisional. Dessa maneira, a sociedade obtém mais segurança, que também é um dos direitos fundamentais encartados no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Segue a transcrição:

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

Por sua vez, artigo 11-A foi acrescido na Lei nº 11.671/2008, dispondo que as decisões

20 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 24.

21 PÉREZ ESTRADA, Miren J. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1303. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.253>. Acesso em: 30 mar. 2020.

relativas à transferência ou prorrogação da permanência de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, bem como a concessão, denegação de benefícios prisionais ou imposição de sanções poderão ser tomadas por decisão colegiada de juízes. Esse artigo amplia a possibilidade de julgamento colegiado em primeira instância, pois permite sua utilização nas decisões mais relevantes afetas aos recolhidos no estabelecimento federal de segurança máxima. A Lei nº 12.694/2012, em seu artigo 1º, também faculta a instauração do colegiado em primeira instância²², entretanto, restringe à hipótese de crimes praticados por organizações criminosas, não prevendo outras possibilidades autorizativas.



Fonte: www.depen.gov.br

Nessa senda, o artigo 11-A, inserto na Lei nº 11.671/2008, promove mecanismo especial de persecução penal, assim como maior imparcialidade e segurança aos juízes responsáveis pelas decisões, salvaguardando e garantindo os predicativos essenciais da magistratura.

Outrossim, o artigo 11-B foi incluído na Lei nº 11.671/2008, impactando a sistemática da execução penal brasileira. Isso porque estende aos estados e ao Distrito

Federal as mesmas normas aplicáveis aos presídios federais, caso esses entes construam estabelecimentos de segurança máxima ou adaptem os já existentes em seus respectivos territórios.

Tal previsão é salutar, uma vez que distribui a responsabilidade de os Estados investirem em presídios que ofereçam maior controle de segurança, evitando a imposterável transferência de presos perigosos para estabelecimento da União. Ressalta-se, também, que os estados-membros e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário (art. 24, I, da CF/88).

Por conseguinte, cabe-lhes construir estabelecimentos penais em seu espaço geográfico. Frise-se que o mais importante no artigo 11-B é a parte final, ao autorizar a aplicação das regras insculpidas na Lei nº 11.671/2008, atinentes aos estabelecimentos penais federais, pelos estados-membros e Distrito Federal, no âmbito do seu sistema prisional. Isso permitirá que esses entes tenham mais autonomia e reprimam eficazmente a criminalidade organizada na sua região, não necessitando da União Federal. Simultaneamente, não haverá centralização dos encargos e custos para o órgão federal.

Por derradeiro, impende mencionar que o artigo 14 da Lei nº 13.964/2019 alterou a Lei nº 12.850/2013, com a inclusão de dispositivos que restringem a progressão de pena aos líderes e integrantes de organização criminosa (§ 8º e § 9º do art. 2º da Lei nº 12.850/2013), sendo indispensável que os estados e o Distrito Federal tenham infraestrutura e contribuam no combate à macrocriminalidade.

Desta forma, essas alterações promovem, indiretamente, maior eficiência na investigação criminal, visto que, muitos delitos são oriundos de lideranças que estão recolhidas em estabelecimento prisional. Com esse regime, cumpre-se a prevenção especial.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 40.

Consoante lição de Hans Welzel²³:

Las teorías preventivas especiales quieren conseguir la evitación del delito, mediante una influencia sobre el penado; estas teorías deben individualizar: intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente corregible, inculcar al delincuente incorregible.

3 Justificativa da ampliação investigativa

De fato, foram muitas e relevantes as mudanças promovidas pelo artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, decorrente do Projeto de Lei nº 10.372/2018, apresentado em regime de prioridade na Câmara dos Deputados, em 06/06/2018, contendo a seguinte ementa²⁴:

Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

Essas alterações derivam de política criminal repressiva e permitem resolver conflitos decorrentes de distintos direitos que são afetados como consequência da repressão punitiva²⁵.

Denota-se que tais mudanças legislativas têm por escopo combater eficazmente o crime organizado, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, a milícia privada, os crimes cometidos com violência ou grave ameaça e os crimes hediondos, entretanto, para atingir tal tarefa hercúlea, mister instrumentos adequados que promovam modernização e agilidade na investigação criminal, assim como na persecução penal.

Destarte, as modificações foram hauridas do âmago da sociedade, que pleiteava há muito tempo reformas na seara penal. Afinal, para que a mudança ocorra externamente, no mundo dos fatos e do direito, necessário primeiro a transformação nas ideias, no pensamento da sociedade sobre a realidade das coisas. A esse respeito, assevera Baruch de Espinosa:

[...] estabelecidas estas regras, ater-me-ei ao que tem de ser feito antes de mais nada, a saber, reformar a inteligência, tornando-a apta a compreender as coisas do modo que é necessário para alcançar nosso fim²⁶.

Assim, a sociedade brasileira, consciente e em garantia dos seus direitos fundamentais de inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, da CF/88) repudiou a violência exacerbada que tanto a aflige todos os dias. Já dissertava Francesco Carnelutti:

[...] assim como o espelho é feito para refletir o que está diante dele, as normas jurídicas são feitas para reagir sobre a realidade que representam²⁷.

Por isso, impõe-se maior rigor nos crimes cometidos por organizações crimino-

23 WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 239.

24 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.

25 AROSTEGUI MORENO, José Archibaldo. *Política criminal en la era de la globalización*. Edição do Kindle, posição 96-97.

26 ESPINOSA, Baruch de. *Tratado da reforma da inteligência*. Trad. Lívio Teixeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.

27 CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tomo 1. Campinas/SP: Bookseller, 2004, p. 57.

sas, crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, homicídio qualificado, estupro, latrocínio e outros crimes aviltantes. A justificativa do Projeto de Lei nº 10.372/2018 apresentada pela Comissão de Juristas expôs:

As organizações criminosas ligadas aos tráficos de drogas e armas têm ligações interestaduais e transnacionais e são responsáveis direta ou indiretamente pela grande maioria dos crimes graves, praticados com violência e grave ameaça à pessoa, como o homicídio, latrocínio, roubos qualificados, entre outros; com ostensivo aumento da violência urbana. Esse quadro tornou imprescindível uma clara e expressa opção de combate a macro criminalidade, pois seu crescimento é atentatório à vida de dezenas de milhares de brasileiros e ao próprio desenvolvimento socioeconômico do Brasil²⁸.

Nessa senda, necessária a luta pelos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. O escopo dessa modificação legislativa consiste precisamente em promover a paz social, lutando contra os promovedores da macrocriminalidade:

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos²⁹.

Não é à toa que medidas legislativas mais rigorosas, mormente na seara penal, geram objeção por quem é atingido por elas. Exemplo dessa obstaculização foi a judicialização da Portaria nº 157 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, publicada em 12 de fevereiro de 2019, que disciplina o procedimento de visita social aos presos nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências.

Primeiramente, o regulamento em questão foi objeto de Mandado de Segurança, impetrado no STJ, tendo sido denegada a segurança³⁰. Em seguida, foi proposta a Arguição de Descumprimento Fundamental nº 579 no STF. O processo está em andamento, tendo o Ministério Público Federal oferecido parecer opinando pelo “não conhecimento da ação e, no mérito, pela sua improcedência”³¹.

Ademais, no que versa sobre a população carcerária no Brasil e a porcentagem dos crimes por ela cometidos, estudo promovido pela Comissão de Juristas exposto na justificação do projeto aponta que:

Hoje, há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas.

28 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.

29 IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 27.

30 STJ. Decisão monocrática, *MS 24.976/DF*, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 20/05/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/media.do/?componente=MON&sequencial=94294341&tipo_documento=documento&num_registro=201900437038&data=20190522&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 30 mar. 2020.

31 MPF. Procuradoria-Geral da República. *Parecer*. Sistema Único nº 142711/2019. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 579/DF. Vice-Procurador-Geral da República no exercício do cargo de Procurador-Geral da República: Luciano Mariz Maia. Data 20/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340205015&ext=.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas³².

Diante das modificações advindas no diploma legislativo, afigura-se natural o antagonismo ideativo entre partes envolvidas. Isso porque a mudança de certos interesses, outrora assegurados, gera o embate contínuo:

Com o correr do tempo, os interesses de milhares de indivíduos e de classes inteiras estão identificados ao direito existente de forma tão profunda que não pode ser alterado sem sofrer um ataque bastante sensível. Quem questiona determinada norma ou instituição jurídica declara guerra a todos esses interesses [...] Sempre que o direito existente esteja defendido pelo interesse, o direito novo terá de travar uma luta para impor-se, uma luta que muitas vezes dura séculos e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos se tenham corporificado em forma de direitos adquiridos³³.

Isso posto, o § 2º inserido ao artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 alterou substancialmente os estabelecimentos penais federais de segurança máxima ao impor a monitoração dos espaços por áudio e vídeo, inclusive no interior das celas e nas conversas com advogados, se autorizada judicialmente. Ante-

riormente, era concedida maior discricção no conteúdo das conversas, podendo até mesmo descambar para o cometimento de ilícitos, inclusive pelos advogados dos réus. Sob tal argumento, havia uma “armadura” contra o controle estatal. Agora, findará prejudicada tal ampla reserva. Com respeito a essas disputas, pontificava Baruch de Espinosa:

Assim, parecia claro que todos esses males provinham disto – que toda felicidade ou infelicidade reside só numa coisa, a saber, na qualidade do objeto ao qual nos prendemos pelo amor. De fato, nunca surgem disputas por coisas que não se amam; nem há qualquer tristeza se elas se perdem; nem inveja, se outras a possuem, nenhum ódio e, para dizer tudo numa palavra, nenhuma perturbação da alma (*animus*)³⁴.

Agora, com a novel legislação, restará mais difícil a atuação anteriormente mais franqueada – o uso da liberdade com fins ilícitos, travestida no direito à privacidade –, daí surgem as disputas em questão. Outrossim, diante da disciplina carcerária mais rígida, os que por ela são alcançados apresentam atitude de esforço para continuar seguidamente da forma outrora, com acentuada liberdade e imune ao controle do Estado sobre o teor das conversas no interior do estabelecimento prisional. Spinoza explica a fenomenologia respectiva:

Proposição 6. Cada coisa esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser. Proposição 7. O esforço pelo qual cada coisa se esforça por perseverar em seu ser nada mais é do que sua essência atual. Proposição 8 [...] Portanto, o esforço pelo qual uma coisa existe não envolve, de maneira alguma, um tempo definido, mas pelo contrário, ela continuará, em virtude da mesma potên-

32 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.

33 IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 30-31.

34 ESPINOSA, Baruch de. *Tratado da reforma da inteligência*. Trad. Lívio Teixeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8.

cia pela qual ela existe agora, a existir indefinidamente, desde que não seja destruída por nenhuma causa exterior³⁵.

Disto resulta que, os promovedores da macrocriminalidade, dos crimes mais violentos e repugnantes considerados pela sociedade, jamais irão interromper suas atividades ilícitas por si mesmos, porquanto aquilo que existe, esforça-se para continuar existindo. Em outras palavras, a criminalidade abjeta deve ser reprimida pelo Estado Democrático de Direito, impondo-se maior rigor no direito penal e processual penal, de modo a “promover o bem de todos”, conforme preceitua como objetivo fundamental a primeira parte do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

4 Constitucionalidade

Ultrapassada a análise das mudanças do artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, as quais conferem maior eficiência da investigação criminal, resta verificar a constitucionalidade de tais medidas. O conceito de controle de constitucionalidade³⁶, em síntese, consiste na verificação formal e material da norma inferior (norma infraconstitucional), tendo como parâmetro a norma superior (norma constitucional).

Assim, se a norma questionada (norma inferior) for compatível com a norma parâmetro (norma superior – Constituição Federal), o ato normativo será constitucional, ou seja, será válido e continuará em vigor. Todavia, se a norma questionada for contrária à Constituição Federal, o ato normativo será declarado inconstitucional, com a consequente retirada da norma do ordenamento jurídico.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 albergou diversos princípios que, em certa perspectiva de aplicação, podem causar colisão entre si. Trata-se, então, de colisão entre princípios constitucionais, sendo que, nas palavras de Robert Alexy: “um dos princípios terá que ceder”³⁷.

Avançando no tema, o artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 trata de regras aplicáveis nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima, disciplinando as características impostas aos presos, dentre as quais se destaca a possibilidade de monitoramento por áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns e, excepcionalmente, nas celas e no atendimento advocatício, se autorizado por decisão judicial. As mudanças são densas. Inicialmente, poderiam ser questionadas tais medidas com base no direito à convivência familiar (art. 227 da CF/88); bem como alegado tratamento desumano e tortura (art. 5º, III, da CF/88). Urge verificar, normativamente, se tais alegados preceitos são violados.

Atinente ao direito de convivência familiar, o novel inciso II do § 1º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 permite a visita do cônjuge, do companheiro, de parentes, amigos e crianças. Desse modo, a lei assegura não só a convivência familiar do preso com seus parentes, como também o contato social com seus amigos. Assim, o princípio da convivência familiar esculpido na Constituição é respeitado, sendo a norma constitucional.

No que versa sobre a alegação de tratamento desumano, afigura-se útil apreciar as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecidas como “Regras de Nelson Mandela”. A regra 3 reconhece que a detenção priva a liberdade com o mundo exterior e, na parte final da citada regra, admite “agravar o sofrimento inerente” em “casos pontuais em que a separação seja justificável ou

35 SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014, p. 105.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 951.

37 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

nos casos em que seja necessário manter a disciplina”. Segue o texto da norma internacional:

Regra 3 – A detenção e quaisquer outras medidas que excluam uma pessoa do contacto com o mundo exterior são penosas pelo facto de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação. Assim, o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina³⁸.

As medidas mais rigorosas impostas aos recolhidos no estabelecimento penal federal de segurança máxima são necessárias, uma vez que esses presos representam alto risco à sociedade, possuem poder de mando na macrocriminalidade, poderiam determinar ordens de dentro da prisão para atingir a coletividade, etc. Também se mostra indispensável para manter a disciplina no estabelecimento. Assim, impõe-se maior controle de suas ações e responsabilização penal caso haja cometimento de delito.

Ademais, quanto à alegação de cometimento de tortura, a parte final do item 1 do artigo 1º da Parte 1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, estabelece que não se considera tortura “as dores ou sofrimentos” derivados de “sanções legítimas”, que “sejam inerentes a tais sanções” ou que “delas decorram”. Segue o texto:

ARTIGO 1º – 1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. *Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram*³⁹. (destaques nossos)

Ora, medidas disciplinares mais rigorosas são imprescindíveis, pois os presos desses estabelecimentos federais de segurança máxima são os mais perigosos do país, os líderes de organização criminosa ou aqueles que cometeram delitos tão graves que os presídios estaduais não têm condições de aplicar a norma, controlá-los e executar a pena nos termos da lei. Acresça-se o acentuado risco à segurança da sociedade. Em suma, a rigidez desses estabelecimentos é um mal necessário.

Desta feita, com base nas supramencionadas normas internacionais, afiguram-se constitucionais e compatíveis com os direitos humanos as disposições acrescidas pelo artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, que alterou a Lei nº 11.671/2008, atinente ao regime dos presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

38 UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

39 BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

Por derradeiro, a Constituição Federal assegura a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança” (art. 5º, *caput*, da CF/88), bem como tem por objetivos fundamentais “construir de uma sociedade livre” e “promover o bem de todos” (art. 3º, I c/c IV, da CF/88). Ante o exposto, as normas contidas nos artigos 7º, 8º e 11 da Lei nº 13.964/2019, objeto do presente estudo, promovem os valores constitucionais supramencionados e são compatíveis com a ordem jurídica brasileira.

5 Conclusão

O presente estudo objetivou analisar as modificações advindas nos mecanismos especiais de investigação criminal, em razão do artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 (lei anticrime), assim como apreciar a constitucionalidade dessas medidas.

Referido dispositivo legal alterou a Lei nº 11.671/2008, que versa sobre o regime a que estão sujeitos os presos em estabelecimento penal federal de segurança máxima. Foram significativas as mudanças, como: as especificações das características e regras sobre o estabelecimento; o monitoramento de áudio e vídeo; o tempo de permanência; a possibilidade de utilização de órgão colegiado em primeiro grau para tomada de decisões mais importantes referentes aos reclusos e a possibilidade de os estados e o Distrito Federal construírem ou adaptarem estabelecimento prisional em seus territórios, aplicando as mesmas regras de execução penal da esfera federal.

Desse modo, tais alterações legais atualizam e robustecem a investigação criminal ao permitir que os órgãos do Estado utilizem tecnologias, monitorando os acontecimentos que transcorrem dentro dos estabelecimentos prisionais federais de segurança máxima, prevenindo novos delitos.

Considera-se que a privacidade dos presos, assim como as prerrogativas profissionais

dos advogados não são direitos absolutos⁴⁰, não podendo transmutarem-se em subterfúgio para cometimento de crimes. O Estado não pode permitir que o exercício abusivo de direitos se transforme em salvo-conduto para cometimento de crimes, devendo ser fiscalizada a conduta indicativa de delito no âmbito do estabelecimento penal federal de segurança máxima.

Consoante demonstrado, essa remodelação compatibiliza-se com normas de direitos humanos e com a Carta Magna, de acordo com artigo 3º, I c/c IV e artigo 5º, *caput*, todos da Constituição Federal.

Outrossim, as regras atinentes ao regime aplicado nos presídios federais de segurança máxima atendem a normas internacionais de direitos, mormente às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), bem como à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disso resulta que as modificações no âmbito penal e processual são constitucionais e respeitam os direitos humanos.

Desta feita, as medidas inovatórias previstas no artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 ensejam maior eficácia investigativa, são constitucionais e promovem grande evolução na dogmática penal, atualizando os procedimentos disponibilizados ao Estado. Constituem notável avanço na luta contra a macrocriminalidade, os líderes de organizações criminosas e aqueles que reiteradamente cometem delitos ignóbeis. Enfim, promove dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são construir uma “sociedade livre” e “promover o bem de todos” (art. 3º, I c/c IV, da CF/88).

40 PÉREZ ESTRADA, Miren J. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1303. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.253>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Referências

- ABREU, Jacqueline de S.; SMANIO, Gianluca M. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1449-1482, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.262>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AROSTEGUI MORENO, José Archibaldo. *Política criminal en la era de la globalización*. Edição do Kindle.
- AURY LOPES, Jr. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filenome=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tomo 1. Campinas/SP: Bookseller, 2004.
- CESARI, Claudia. Editoriale: L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1167-1188, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- ESPINOSA, Baruch de. *Tratado da reforma da inteligência*. Trad. Lívio Teixeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da FD-USP*, v. 88, 1993.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte General. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.
- JORGE MORAS, R. Monm. *Manual de derecho procesal penal*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Parrot, 2004.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Ensaio sobre a exterioridade. 3. ed. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2014.
- MAGHERESCU, Delia. Using new means of technology during the penal proceedings in Romania. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1189-1217, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.250>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- MATTAR, João. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOUGENOT, Edilson Bonfim. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MPF. Procuradoria-Geral da República. *Parecer*. Sistema Único nº 142711/2019. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 579/DF. Vice-Procurador-Geral da República no exercício do cargo de Procurador-Geral da República: Luciano Mariz Maia. Data 20/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340205015&ext=.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PÉREZ ESTRADA, Miren J. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1297-1330, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.253>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riaño. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2014.

STF. Primeira Turma, *HC 70.814-5/SP*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/03/1994, DJ 24/06/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 30 mar. 2020.

STF. Segunda Turma, *HC 91.610/BA*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 08/06/2010, informativo nº 590. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo590.htm#Busca%20e%20Apreens%C3%A3o:%20Escrit%C3%B3rio%20de%20Advocacia%20e%20Erro%20de%20Endere%C3%A7o%20-%201>. Acesso em: 30 mar. 2020.

STJ. Decisão monocrática, *MS 24.976/DF*, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 20/05/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94294341&tipo_documento=documento&num_registro=201900437038&data=20190522&tipo=o&formato=PDF. Acesso em: 30 mar. 2020.

STJ. Quinta Turma, *RHC 102808/RJ*, Relator Ministro Joel Ilan Parcionik, j. 06/08/2019, DJe 15/08/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802306784&dt_publicacao=15/08/2019. Acesso em: 30 mar. 2020.

STJ. Quinta Turma, *RHC 39.412/SP*, Relator Ministro Felix Fischer, j. 03/03/2015, informativo nº 557. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302306256&dt_publicacao=17/03/2015. Acesso em: 30 mar. 2020.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito Brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.