



Número: **1023541-19.2020.4.01.3900**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL**
Órgão julgador: **1ª Vara Federal Cível da SJPA**
Última distribuição : **03/09/2020**
Valor da causa: **R\$ 1.000,00**
Assuntos: **Violação Prerrogativa Advogado**
Segredo de justiça? **NÃO**
Justiça gratuita? **NÃO**
Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
OAB (IMPETRANTE)		MARCELO FARIAS MENDANHA (ADVOGADO) CARLA MARINHO BICELLI (ADVOGADO) MAURO SILVIO VAZ SALBE JUNIOR (ADVOGADO) LUIS ANDRE FERREIRA DA CUNHA (ADVOGADO) GABRIELLA CASANOVA ATAIDE DOS SANTOS (ADVOGADO) FELIPE JACOB CHAVES (ADVOGADO) BIANKA FERREIRA DE MELO (ADVOGADO) JOSE BRAZ MELLO LIMA (ADVOGADO) JOAO BOSCO DO NASCIMENTO JUNIOR (ADVOGADO) SUZIANNY DE NAZARE FIGUEIREDO BARBOSA (ADVOGADO) ANDRE SILVA TOCANTINS (ADVOGADO) EDUARDO IMBIRIBA DE CASTRO (ADVOGADO) RAYSSA FERREIRA FREITAS (ADVOGADO)	
JARBAS VASCONCELOS DO CARMO (IMPETRADO)			
ESTADO DO PARA (IMPETRADO)			
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
32588 2875	24/09/2020 07:34	Decisão	Decisão



Seção Judiciária do Pará
1ª Vara Federal Cível da SJPA

PROCESSO 1023541-19.2020.4.01.3900

IMPETRANTE: OAB

IMPETRADO: JARBAS VASCONCELOS DO CARMO, ESTADO DO PARA

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em busca de anular trechos da Portaria 529/2020 – GAB/SEAP/PA, da lavra do Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Pará, sob as seguintes alegações:

A PORTARIA 529/2020 – GAB/SEAP/PA, da lavra do superintendente, ora autoridade coatora do mandamus, estabelece, dentre outras obrigações, a de agendamento por parte do advogado com antecedência mínima de 48h (quarenta e oito horas), de segunda a sexta feira, para garantir a entrevista reservada e pessoal do advogado com o seu cliente custodiado no CENTRO DE RECUPERAÇÃO PENITENCIÁRIA II.

Como se não bastasse a medida supramencionada que, por si, já obstaculiza de forma determinante o exercício da prerrogativa do profissional da advocacia, ainda traz a tacanha previsão de as referidas entrevistas ainda estão “sujeitas a supervisão ou restrições em casos específicos, de interesse da administração da justiça, à segurança e a ordem do estabelecimento prisional”. É o teor do art. 3º, “Caput”, I, II da referida normativa.

[...]

O teor do caput do art. 4º do ato administrativo é flagrante ao colocar em xeque a boa fé da advocacia ao tentar submeter este profissional, quando da audiência com seu cliente, a utilização de um tipo específico de caneta, além da tentativa de controle policlesco dos eventuais rabiscos na sua folha de papel e de inspeção dos documentos que possa portar.



[...]

São inúmeros os casos de abusos cometidos pelo Secretario de Assuntos Penitenciários do Estado do Pará (SEAP) que não se contenta em apenas exigir o agendamento ilegal como requisito essencial para o acesso do advogado ao seu cliente custodiado, mas, para aprofundar ainda mais a afronta ao que estabelece o ordenamento pátrio, tem, também, cometido cotidianamente os abusos abaixo em aparte destacados:

a) O cancelamento sistemático do agendamento do profissional da advocacia outrora confirmado pela secretaria (VIDE DOCS.);

b) A exigência que, para o deferimento da solicitação de agendamento por parte do profissional da advocacia, o preenchimento de um campo específico no site intitulado: "justificativa", onde o advogado deverá explicar as razões pelas quais está requerendo a entrevista com seu cliente;

c) impede que dois advogados possam atender o mesmo cliente ou que cada advogado possa se entrevistar com mais de dois clientes no dia;

[...]

É, portanto, dever do secretário de estado cumprir com o que lhe obriga o texto legal, sendo-lhe defeso, por óbvio, a edição de atos normativos que zurzam ao que está estampado na própria Constituição da República ou mesmo no texto da Lei Federal nº. 8.906/94.

Tais atos, qual sejam: a publicação da portaria que exige o agendamento obrigatório por parte do advogado para ter acesso ao seu cliente, limitando-se o acesso de segunda a sexta-feira; a obrigatoriedade de se justificar para o secretário as razões pelas quais requer o exercício de um direito previsto em lei federal; a vedação do uso de papeis e inspeção de documentos que os advogados possam portar, configuram-se como ATOS ILEGAIS E ATENTATÓRIOS AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS ADVOGADOS EM EXERCEREM UMA PRERROGATIVA LEGALMENTE EXPRESSA EM LEI FEDERAL (8.906/94) - o que deve ser imediatamente combatido por esta via eleita adequada.

Custas antecipadas.

É o relatório. **DECIDO.**

O poder do Estado, que sinteticamente é a potência de submeter um sujeito à vontade de outro, é uno. Esse poder é instrumento para, em linhas gerais, promover o bem



comum (é impensável conceber um Estado para fazer mal ao seu povo):

O *poder* é um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele *pode* exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que *pode* nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que *pode* fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o *poder* inerente ao grupo, que se pode definir como *uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins*.

O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o *poder político* ou *poder estatal*. A sociedade estatal, chamada também de sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras em função dos limites globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais, reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza à *soberania do Estado* (conceituado antes), que implica, a um tempo, *independência* em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e *supremacia* sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna).

Disso decorrem as três características fundamentais do poder político: *unidade, indivisibilidade e indelegabilidade*, de onde parecer impróprio falar-se em *divisão e delegação de poderes*, o que fica esclarecido com as considerações que seguem^[1].

O exercício desse poder se manifesta por três maneiras: a) imposição de normas gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias e inovadoras da ordem jurídica (função legislativa); b) edição de atos singulares com objetivos concretos e particulares de acordo com a lei (função executiva^[2]); c) solução de conflitos de interesses gerados por descumprimento de alguma norma (função jurisdicional)^[3].

Contudo, o Estado não atinge a finalidade (promoção do bem comum), se o poder estatal estiver concentrado na mão de uma só pessoa, porque seu detentor tenderá naturalmente a dele abusar^[4], como vaticinou o Barão de Montesquieu: 1) todo aquele que tem poder tende a dele abusar; 2) o poder vai sempre até onde encontra limites. Destarte, para limitar o abuso do poder gerado por sua concentração em uma só pessoa e, via de consequência, estimular o progresso à vista do bem comum, suas funções foram atribuídas a três órgãos reciprocamente autônomos, que as exercem não com exclusividade, mas com preponderância e especialização^[5]

:



Portanto, se não podemos negar ao Estado considerável parcela de poder e força física no desempenho de suas funções (M. Weber) e não podendo ser ingênuos quanto à tendência atávica dos indivíduos e das organizações humanas de concentrar e abusar do poder, impõe-se necessariamente para a conformação democrática do Estado alguma espécie de separação e de limitação de poder.

Como normalmente os agentes do Estado (juízes, administradores ou legisladores) acreditam que “separação de Poderes” é um princípio que apenas existe para garantir os “nossos legítimos poderes” contra a “intervenção indevida” dos “outros” órgãos e agentes públicos, temos que acentuar que a advertência de Montesquieu se dirigia não contra esse ou aquele grupo, não contra esse ou aquele indivíduo, não apenas contra esse ou aquele órgão do Estado, mas contra qualquer indivíduo, qualquer grupo ou qualquer órgão do Estado, já que todos terão sempre a tendência, sempre e sempre, de acumular poder para dele, em seguida, abusar.

O perigo, pois, não parte apenas do Legislativo, ou apenas do Executivo ou mesmo do Judiciário. Qualquer órgão ou pessoa que tenha poder, aí incluído o Judiciário, ainda que movido pelas melhores intenções, necessariamente, buscará acumular e tenderá abusar desse poder acumulado. A propósito, na doutrina, fala-se hoje também abertamente, mesmo entre constitucionalistas de um quarto poder, consistente na indiscutível influência que a mídia exerce sobre a sociedade e o Estado (Vierte Gewalt — Massenmedien). Obviamente, também aqui o perigo do abuso, não podemos ser ingênuos, faz-se presente. Nenhum poder nasce imunizado do perigo do abuso.

No curso da História, foram experimentadas várias formas de separação de Poderes. Contudo, a fórmula ideal em que o Poder Legislativo edita leis gerais e abstratas, o Poder Executivo executa as leis de ofício e o Poder Judiciário apenas julga os casos controvertidos, esse modelo ideal provavelmente jamais terá existido. Por isso fala-se hoje de cooperação ou mesmo de cruzamento de Poderes (Gewaltenschränkung), isto é, um regime onde muitas vezes (a) atos administrativos e sentenças revelam a eficácia geral e abstrata própria das leis, (b) enquanto maiorias do parlamento, ao invés de apenas fiscalizar e controlar, sustentam também o governo, sendo que, (c) em muitas experiências constitucionais, o Executivo e o Parlamento participam da formação dos órgãos de cúpula do Judiciário e assim por diante. Nesse regime de cruzamento ou de colaboração de Poderes, os Poderes do Estado reciprocamente influenciam e se sobrepõem. O importante será



sempre que esses Poderes permaneçam limitados e reciprocamente se imponham limites^[6].

A divisão de poderes do Estado brasileiro tem assento no art. 2º da CRFB: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”. A separação dos Poderes tem tamanha relevância que está no mesmo patamar de proteção constitucional da forma federativa de Estado; do voto direto, secreto, universal e periódico; e dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, da CRFB).

O poder constituinte originário, fato político que se impõe historicamente, sem sofrer qualquer limitação da ordem jurídica preexistente e titularizado pelo povo, elaborou a Constituição de 1988 e concedeu ao Poder Legislativo o poder constituinte derivado, que é o poder de, subordinado a diversas prescrições impostas pelo constituinte originário, reformar o texto constitucional^[7].

Logo, pelo só fato de poder alterar a arquitetura constitucional, o Poder Legislativo se mostra, em certa medida, preponderante aos demais na tomada de “decisões” fundamentais do poder político. E essa situação, corolária da separação dos Poderes, também é revelada na elaboração, aperfeiçoamento e ab-rogação das leis, visto que a inovação da ordem jurídica tem como fonte primária e fundamento de validade a Constituição, a qual impõe um procedimento de criação concebido verticalmente e, até certo ponto, o conteúdo material da leis por meio de determinantes positivas e negativas^[8].

Já o Poder Executivo, apesar de ter larga e relevante participação na função legislativa (iniciativa, sanção, veto, medidas provisórias, urgência de deliberação), foi colocado pela Constituição, também como decorrência lógica da separação dos Poderes, em um patamar abaixo, pois quem tem a palavra final sobre promulgação de emendas à Constituição e leis é o Poder Legislativo.

Por fim, o Poder Judiciário é afastado da função legislativa. Ele praticamente não participa do processo de produção de norma^[9], mas, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal é expressamente (art. 102) o guardião da Constituição. Portanto, promulgada a norma (incorporada a emenda à Constituição ou introduzida a nova lei no compêndio jurídico brasileiro), ele pode ser instado a decidir se ela tem validade constitucional ou não e, a depender do julgamento, confirmará sua validade, declarará sua nulidade ou imporá sua correta interpretação.

É exatamente por causa dessa estrutura bem engendrada de poder, que a disposição dos Poderes estabelecida no referido art. 2º da CRFB não é obra do acaso: a decisão política fundamental é tomada pelo Poder Legislativo, depois o Poder Executivo a realiza, e por fim o Poder Judiciário, se provocado, decide de forma definitiva se o curso das coisas obedeceu aos ditames constitucionais^[10].

Além de mencionar os três Poderes da República, o art. 2º apregoa que eles são independentes e harmônicos entre si. A independência significa ausência de subordinação. Já a harmonia está intimamente ligada à razão subjacente da separação dos Poderes, qual seja, prevenção e correção do arbítrio^[11].

Dessarte, a harmonia entre os Poderes é o alicerce constitucional do perene e recíproco controle entre eles. Manuel Gonçalves Ferreira Filho^[12], após completar a frase de Lord Acton ao dizer que todo poder corrompe, inclusive o democrático, considerou esse controle



indispensável à manutenção da democracia e salvaguarda das liberdades. Isso porque ele freia o Poder que abusou, que ultrapassou o limite traçado pela Constituição, que invadiu o campo do outro Poder, e, em nome do bem comum, retorna às coisas para seus lugares devidos:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

[...]

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro^[13].

O Professor Rui Cirne Lima afirmava, em uma lapidar frase, que administração é atividade de quem não é senhor absoluto. E, no Estado Democrático de Direito, quem não é senhor absoluto, para não ceder à tentação do absolutismo, há de ser, necessariamente, coarctado, limitado pela lei^[14].

Exemplo clássico de avanço além dos limites constitucionais ocorre quando o Poder Executivo exerce com primazia e autonomia a função de legislar.

O regulamento editado por meio de decreto ou portaria é norma secundária e subordinada à lei. Seu poder de inovação na ordem jurídica é secundário, e não originário e autônomo como o da lei. Por isso, o decreto ou a portaria não criam obrigações, não revogam lei nem suspendem sua eficácia. Sua missão é dar aplicabilidade às leis. Diante desse quadro, o respeito à lei é, ao mesmo tempo, requisito de validade e de constitucionalidade, na medida em que o princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB), de observância obrigatória para subordinantes e subordinados^[15], é elemento estruturante da separação de Poderes. Em suma, a relação entre lei e regulamento do Poder Executivo é de hierarquia e dependência.

O ato normativo do Poder Executivo fazer as vezes da lei é uma ruptura política



tão grave que, além do Poder Judiciário, a Carta de 1988 outorga ao próprio Poder Legislativo a possibilidade de expulsar o invasor e reintegrar-se por completo na função legislativa:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Esse inciso revela expressiva limitação constitucional ao Poder Executivo, cuja competência normativa secundária, mesmo quando fundada na própria Constituição (art. 84, IV e VI, e art. 87, parágrafo único, II), não pode tratar de matéria constitucionalmente reservada ao domínio normativo da lei formal, sob pena de usurpar função atribuída ao Poder Legislativo. É por isso que Jorge Miranda^[16] adverte que, perante a lei, qualquer intervenção de órgãos administrativos ou jurisdicionais, tenham conteúdo normativo ou não, só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão. Eis lapidar lição (em grande parte ainda atual) de Pimenta Bueno:

326. *Limites da atribuição:* Do que temos exposto, e do princípio, também incontestável, que o poder Executivo tem por atribuição executar, e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la, segue-se evidentemente que ele cometeria grave abuso em qualquer das hipóteses seguintes:

1º) Em criar direitos, ou obrigações novas, não estabelecidos pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma usurpação do poder Legislativo, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fora, poderia o governo criar impostos, penas, ou deveres, que a lei não estabeleceu, teríamos dois legisladores, e o sistema constitucional seria verdadeira ilusão.

2º) Em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade que lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela; para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele.

3º) Em ordenar, ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-ia abuso igual ao que já notamos no antecedente número primeiro. E demais, o governo não tem autoridade alguma para suprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei, e mormente do direito privado, pois que estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a matéria como princípio é objeto de lei deve se reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objeto de



detalhe de execução.

4º) Em facultar, ou proibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser qual fora decretada, passaria a ser diferente, quando a obrigação do governo é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso à lei.

5º) Finalmente, em extinguir ou anular direitos ou obrigações, pois que um tal ato equivaleria à revogação da lei que os estabeleceu ou reconheceu; seria um ato verdadeiramente atentatório.

327) O governo não deve por título algum falsear a divisão dos poderes políticos, exceder suas próprias atribuições, ou usurpar o poder Legislativo.

Toda e qualquer irrupção fora destes limites é fatal, tanto às liberdades públicas, como ao próprio poder.

O abuso dos regulamentos de 25 de julho de 1830 em França devia ter imposto grave pena sobre os ministros prevaricadores, que por esse meio traíram seus deveres sagrados para com Carlos X. É um dos maiores abusos pois que se deriva justamente do poder, que mais deveria zelar pela lei; é ele então o primeiro que a corrompe.

Desde que o regulamento excede seus limites constitucionais, desde que ofende a lei, fica certamente sem autoridade porquanto é ele mesmo quem estabelece o dilema ou de respeitar-se a autoridade legítima e soberana da lei, ou de violá-la para preferir o abuso do poder Executivo^[17].

Esse também é o pensamento do Pleno do STF:

A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua "contra legem" ou "praeter legem", não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência



extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)”. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN nº 01/2005^[18].

Estabelecida a norma jurídica (que em tudo se aplica à esfera estadual) que incidirá sobre a situação dos autos (premissa maior), passo ao juízo de valor especificamente sobre a Portaria 529/2020 com vistas a concluir se o Poder Executivo invadiu, ou não, o espaço constitucional do Poder Legislativo (Lei 8.906/1994).

O advogado não se confunde com seu cliente. Ele é o primeiro juiz da causa, porque analisa os fatos trazidos pelo cliente e decide se sua pretensão tem respaldo jurídico. Em caso positivo, há o primeiro e único julgamento feito pelo advogado, já que, a partir daí, ele tem o dever jurídico de utilizar todos os artifícios jurídicos dentro da lei e da ética que aproveitam ao seu cliente. Assim, o advogado é o profissional que, entre teses alternativas minimamente razoáveis, patrocina aquela que atende ao interesse do seu cliente, razão pela qual ele é “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da CRFB).

A indispensabilidade do advogado, dentre várias razões, apoia-se na conveniência psíquica de se evitar atitudes passionais da pessoa em defesa dos seus próprios interesses (acirramentos, angústias, condutas agressivas e desleais) e conveniência técnica de confiar a defesa dos interesses a quem tem capacidade profissional adequada para institutos, expressões e vocabulário técnico que escapa do domínio dos leigos.

A Lei 8.906/1994 dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

[...]

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

[...]

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;

III - 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;



VI - ingressar livremente:

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

Na mesma linha do art. 5º, XII, da CRFB[19], é ampla a inviolabilidade profissional do advogado, salvo por ordem de um juiz diante de indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado. Todavia, mesmo nessa exceção, é “vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes”.

Essa exceção é diretamente ligada à base processual do sistema de justiça.

É praticamente impossível dizer que a verdade sobre os fatos relacionados à uma lide é extraída por meio do processo judicial. Em primeiro lugar, a discussão sobre o conceito e a definição do que é verdade é interminável. Em segundo lugar, prevalece no direito o interesse de que os processos tenham um limite temporal mais ou menos definido, de sorte que priorizar em caráter absoluto a “busca da verdade material” é eternizar os conflitos, já que o juiz poderia nunca estar satisfeito e continuar procurando incansavelmente essa “verdade”. Em terceiro lugar, o ônus da prova direcionado aos sujeitos parciais é como um farol que os orienta na atividade probatória, isto é, as partes sabem previamente sua responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato[20] e a consequência negativa do insucesso nessa atividade.

Por isso que o sistema de justiça, notadamente o penal (para o que interessa), fez a seguinte calibragem: a) quem acusa tem a sua disposição o prazo prescricional para formar seu convencimento e medidas de investigação sigilosas, mas por outro lado é seu o ônus provar a prática de um fato típico, antijurídico e culpável; b) a responsabilidade da atividade probatória da defesa é reduzida, mas vários elementos de prova podem ser colhidos sem sua ciência (intercepção telefônica, por exemplo), e o tempo para formar sua tese é menor do que o tempo que o Estado dispõe para formar a tese da acusação.

Diante dessa sistemática em que os advogados e o Ministério Público são os sujeitos proeminentes do contraditório, o juízo de valor exposto na sentença é o resultado do confronto entre as alegações dos advogados e do Ministério Público aliado à prova dos autos. Logo, o Estado ter acesso a qualquer documento que se refira a relação advogado/cliente, impor



uma pauta de assuntos nessa relação ou impedir que o advogado tenha acesso ao seu cliente custodiado sem motivo razoável desequilibra a relação entre acusação e defesa, pois adiciona ordinariamente uma vantagem à acusação sem suporte em lei.

Foi o que fez, em parte, o art. 3º da Portaria 529/2020:

Art. 3º - As entrevistas de advogado/cliente no CRPP II ocorrerão, em razão de ser considerado presídio de segurança máxima, da seguinte forma:

I – Destinadas à informação processual, sujeitas a supervisão ou restrições em casos específicos, de interesse da administração da justiça e à segurança e ordem do estabelecimento prisional.

II – As entrevistas de advogados serão agendadas mediante agendamento eletrônico (<http://agendamento.susipe.pa.gov.br/>), com antecedência mínima de 48 horas, a fim de se reduzir a espera dos advogados por seus clientes, de segunda a sexta-feira, até o horário máximo até às 16h, salvo os casos específicos e urgentes, que serão analisados e deliberados pela Diretoria de Execução Criminal – DEC, considerando as peculiaridades e o perfil da unidade.

III – A entrevista ocorrerá exclusivamente no parlatório da unidade prisional, no dia e hora, de acordo com o prévio agendamento, disposto no inciso II;

IV – Preferencialmente deverá ser usado pelo advogado no momento da entrevista: caneta esferográfica de tinta azul ou preta de corpo transparente e folha de papel A4 branca sem rascunhos, rabiscos ou impressões de qualquer natureza, fornecidas pela unidade prisional, e nos casos de documentos oficiais ou específicos da advocacia, estes serão submetidos a devida inspeção.

É ilegal inspecionar documentos oficiais ou específicos da advocacia bem como qualquer documento ou folha de papel (anotada ou em branco) que o advogado leve consigo ou faça uso durante a entrevista com seu cliente, pois se presume, até prova em contrário, que seu conteúdo tem relação com a atividade profissional desenvolvida em prol do seu cliente. Assim, o advogado não é obrigado a utilizar o papel fornecido pela unidade prisional e pode carregar qualquer documento, seja folha em branco ou com anotações, oficial ou não oficial, e não deve ser objeto de inspeção.

Outra ilegalidade é encontrada na exigência de que o advogado justifique previamente a reunião com seu cliente – o doc. 322564430 prova que os advogados estão tendo acesso negado em razão de “não fora preenchido o campo justificativa” (p. 10, 21, 22 e 23) –, vez que o advogado não é obrigado por lei a justificar sua reunião com seu cliente. Desse modo, os advogados não devem ser obrigados a preencherem o “campo justificativa” do sistema eletrônico de agendamento.



A decisão sobre legalidade do agendamento eletrônico merece temperança. De um lado, ele pode trazer organização e planejamento, o que é bom. Contudo, o instrumento está sendo mal utilizado, pois outra razão para negar o acesso do advogado a seu cliente é “erro no sistema” (doc. 322564430, p. 12/15).

Como não há direitos absolutos, não há dúvidas que o acesso pode ser negado, quando, por exemplo, uma questão de segurança devidamente fundamentada impuser cuidados à incolumidade física e psíquica do advogado. Mas esse ato administrativo que nega o acesso do advogado a seu cliente deve ser tomado por uma autoridade, a qual deve expor motivos específicos e concretos da negativa. Assim sendo, negar o acesso com base em “erros de sistema” é ilegal, porque é motivo abstrato e genérico que pode ser usado para toda e qualquer situação, e delega a prática de um ato administrativo a um objeto sem razão nem discernimento.

Diante desse quadro, a não utilização de agendamento eletrônico prévio, “erro no sistema” e o não preenchimento do “campo justificativa” não são, nesse juízo de cognição sumária, fundamentos para negar o acesso do advogado.

O perigo da demora é evidente, visto que pessoas estão sendo privadas da assistência do seu advogado.

Aguardarei a manifestação do estado do Pará e as informações da autoridade impetrada sobre a utilização de caneta esferográfica de tinta azul ou preta de corpo transparente, tendo em vista ela não impedir o exercício da advocacia.

A Portaria 529/2020, aparentemente, não “impede que dois advogados possam atender o mesmo cliente ou que cada advogado possa se entrevistar com mais de dois clientes no dia”.

Por todas essas razões, não me resta outra vereda a trilhar, senão acolher parcialmente o pleito liminar, em virtude de a Portaria 529/2020 do Poder Executivo do estado do Pará ter inconstitucional e ilegalmente invadido matéria de competência do Poder Legislativo Federal.

Posto isso, defiro parcialmente o pedido liminar para, suspendendo parcialmente os efeitos do art. 3º da Portaria 529/2020, (i) proibir a inspeção em documentos que o advogado leve consigo, e (ii) desobrigar o advogado a utilizar o sistema de agendamento eletrônico e folha de papel fornecida pela unidade prisional.

Comunicações legais.

Após, colha-se parecer do MPF.

Intimações em regime de plantão.

I.

Belém/PA, *data de validação do sistema.*

**Henrique Jorge Dantas da Cruz
Juiz Federal Substituto**



[1] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 108/109.

[2] “A *função executiva* resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 110).

[3] AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.

[4] MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do Direito Público**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

[5] Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.

[6] GUEDES, Néviton. Tomemos a sério o princípio da separação de Poderes. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de janeiro de 2013, 21h57. Acesso em 02/07/2020.

[7] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

[9] Art. 61 da CRFB. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[10] Paulo Bonavides (**Ciência Política**. 10 ed. Malheiros Editores LTDA: São Paulo, 2000) relembra que Kant, sempre numa alta esfera de valoração ética, afirma que o legislativo é “irrepreensível”, o executivo “irresistível” e o judiciário “inapelável”.

[11] Em recente entrevista, Carlos Ayres Britto disse que existem dois tipos de legitimidade: a que vem pelo voto e a que vem pelo exercício do cargo; e, segundo ele, só a legitimidade do voto não basta.

[12] FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

[13] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112/113.



[14] Excerto do voto da Min^a. Cármen Lúcia na ADI 6121 MC acima mencionada.

[15] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

[16] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional - Normas Constitucionais. Direitos Fundamentais. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização de Constitucionalidade**. Vol. 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

[17] SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. **Coleção Formadores do Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 316/317.

[18] Trecho da ementa da AC 1033 AgR-QO, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2006.

[19] “Art. 5º [...] XII - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

[20] CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

