



**Pró-Reitoria de Graduação
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso**

**REPERCUSSÕES NA APLICABILIDADE DO
MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM PRESOS**

**Autor: Clésio Cavalcante Chagas
Orientador: Professor Douglas Ponciano da Silva**

**Brasília - DF
2010**

CLÉSIO CAVALCANTE CHAGAS

**REPERCUSSÕES NA APLICABILIDADE DO
MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM PRESOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Douglas Ponciano da Silva

**Brasília
2010**



Monografia de autoria de Clésio Cavalcante Chagas, intitulada “REPERCUSSÕES NA APLICABILIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM PRESOS”, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Católica de Brasília, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Professor Douglas Ponciano da Silva
Orientador
Direito – UCB

Professor (a)
Direito – UCB

Professor (a)
Direito – UCB

Brasília
2010

Imensuravelmente a Deus, na mesma linha do reconhecimento estão os meus familiares, com ênfase na minha heroína mãe, e não se afastando da intensa gratidão, por ter suportado e apoiado todos estes recentes anos difíceis, a mulher e namorada Cátia Regina.

AGRADECIMENTOS

Em especial a querida tia Nicélia Barros, que a tenho como referência de vida, com extensão ao meu filho Ésio Talles, ainda fielmente apresento grato pela presença dos meus professores e amigos de faculdade, tendo-os como suporte e alavanca do meu progresso.

Ao orientador e professor Douglas Ponciano da Silva pela indicação do tema e por ter acompanhado minuciosamente a evolução da presente monografia.

RESUMO

CHAGAS, Clésio Cavalcante. **Repercussões na Aplicabilidade do Monitoramento Eletrônico em Presos**. 2010. 83 fls. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010.

A nação brasileira apresenta uma circunstância caótica no aspecto do sistema prisional, realça-se a não obediência do Estado em atender os objetivos estipulados na Legislação de Execuções Penais (LEP). O monitoramento eletrônico de presos assume o papel significativo como alternativa no esvaziamento dos estabelecimentos prisionais, mas a aplicabilidade deste equipamento instiga as reais repercussões sobre a sociedade, o infrator e o Estado. Questões do conflito de competências legislativas entre entes federativos, segurança da sociedade e constrangimento do usuário da tornozeleira eletrônica geram a necessidade de uma análise mais apurada.

Palavras Chave: Monitoramento eletrônico. Preso. Estabelecimentos prisionais. Dignidade da pessoa humana. Segurança. Competência.

ABSTRACT

The Brazilian nation has a chaotic condition in the aspect of the prison system, stresses obedience to the state not to meet the objectives laid down in legislation on Sentence (LEP). The electronic monitoring of prisoners takes significant role as alternative to emptying the prisons, but the applicability of this equipment instigates on the actual impact on society, the offender and the state. Questions about conflict of legislative powers between federal entities, the security of society and embarrassment User's electronic ankle bracelet generates a need for much needed analysis.

Keywords: Electronic monitoring. Arrested. Prisons. Dignity. Security. Competence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
CAPÍTULO 1 – ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS LEIS	17
1.1 CONFLITO DE COMPETÊNCIAS.....	17
1.2 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL/SP Nº 12.906/08.....	23
1.3 APONTAMENTOS NO PROJETO DE LEI FEDERAL Nº 1605/07.....	29
CAPÍTULO 2 – ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PRISIONAL.....	40
2.1 A LEI VERSUS REALIDADE CARCERÁRIA.....	40
2.2 DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	50
CAPÍTULO 3 – APLICABILIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	53
3.1 REPERCUSSÕES ECONÔMICAS.....	53
3.2 REPERCUSSÕES NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	55
3.3 REPERCUSSÕES NA SOCIEDADE.....	68
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

INTRODUÇÃO

A pesquisa visa demonstrar a possibilidade da aplicação do monitoramento eletrônico nos presos brasileiros e a efetiva repercussão que tal equipamento provocará sobre o usuário, na sociedade e no Estado, além de verificar a pertinência da (in) constitucionalidade do Estado legislar.

Pretende-se realizar a pesquisa por meio do método hipotético dedutivo, partindo de situações previsíveis e chegando as devidas conclusões gerais. O trabalho deverá ser estruturado na metodologia dialética, tanto na modalidade documental quanto na bibliográfica.

Ainda poderão ter serventia os mais diversos textos extraídos da internet, direcionados ao assunto, além de projetos de lei e a lei propriamente dita. Confrontando diversos posicionamentos gerais sobre o tema, em especial os correlacionados à competência legislativa e a ofensa transgressiva de alguns princípios constitucionais, quando aplicado o monitoramento eletrônico aos infratores.

É de *praxis* vislumbrar em filmes, presos fazendo uso de tornozeleiras eletrônicas, instigando aos telespectadores várias dúvidas, tais como: o funcionamento, a confiabilidade do sistema e as consequências sofridas pelo usuário. Então ao me sugerir o tema monográfico, o professor e orientador Douglas Ponciano, despertou-me a vontade de realizar o aprofundamento sobre o tema, por ser um assunto inovador no Brasil e tão amplamente discutido na atualidade brasileira, com evidente uso em alguns estados brasileiros.

Certamente num Estado Democrático de Direito, amparado por uma Constituição alicerçada nos direitos e garantias fundamentais do ser humano, como a do Brasil, leis que possam ferir a dignidade da pessoa humana, despertam a atenção das instituições de direitos humanos.

Sendo observada a possível violação de princípios constitucionais, caberá neste trabalho, verificar as facetas do monitoramento eletrônico em diversos ângulos críticos.

Existem situações que mesmo não comprovada a culpa do acusado, nele incide necessariamente a restrição total da liberdade, são os casos de prisões temporárias. E contraposto ao cárcere, existe o instituto da liberdade provisória que

resguarda ao suspeito, responder a todos os atos processuais em liberdade, amparado pelos princípios da não culpabilidade e da presunção de inocência, ambos cravados na Constituição Federal do Brasil, assim cita-se o art. 5º, LVII, CF “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”¹

Exatamente neste aspecto, será vislumbrado a possibilidade da aplicação do monitoramento eletrônico em presos, abrangendo os submetidos à prisão cautelar, ao livramento condicional, a suspensão de pena, a permissão de saída temporária, e em alguns casos de prisão submetida ao regime fechado, ao regime semiaberto, ao aberto, entre outras situações possíveis.

Em outra modalidade de pena, não correlacionado diretamente com o aprisionamento, estão os que cumprem a medida de segurança, a suspensão processual, penal e os apreendidos em albergues, que de tal sorte são privados também da liberdade.

Sendo assim, a sociedade estará juntamente com o Estado co-responsável por todos estes infelizes indivíduos restritos dos seus direitos, diretamente interligado com a aplicação de penas ou medidas que visem à limitação de sua liberdade.

No Brasil a realidade dos estabelecimentos prisionais é caótica, desta forma destacam-se os seguintes problemas predominantemente apresentados, por exemplo, nas penitenciárias: carência de vagas, ausência de infraestrutura, falta de profissionais aptos a atenderem os detentos, insuficiência de cursos destinados à formação técnica de pessoal, escassez de equipamentos adequados para reforçarem a vigilância, dentre outros pertinentes ao caso.

Diante da falência indiscutível do sistema prisional brasileiro, o Estado depara com a possibilidade da utilização do monitoramento eletrônico de presos, em âmbito nacional. O uso do monitoramento eletrônico é uma realidade fática em alguns entes federativos estaduais, com projetos de lei em andamento, citam-se Minas Gerais, Paraíba, Rio de Janeiro, Brasília, Rio Grande do Sul e Mato Grosso. Certamente

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 dez. 2009.

com a promessa de aplicar, com a tentativa da proteção jurídica, o mais pronto possível.

A inquietação dos legisladores aflora quando diz respeito à competência de legislar sobre questões penais, processuais ou penitenciárias. A pergunta é: a competência será privativa, exclusivamente, ou concorrente da União? O uso da tecnologia de rastreamento de presos é matéria de execução penal, que a Constituição elege a União como competente para legislar neste aspecto, mas qual o comportamento do judiciário quando o estado legisla sobre a matéria? Tais temas pertinentes trarão questionamentos intermináveis, mas este trabalho buscará a resposta mais precisa e compatível com o direito brasileiro.

Não será afastado da pesquisa o custo do equipamento, quais as empresas que participarão do processo licitatório para oferecer à venda, qual tecnologia será a melhor aplicada, e quem será responsável pelo rastreamento do preso: a empresa privada da prestação do serviço ou o próprio ente público?

Diante de uma nova experiência brasileira, no que diz respeito à vigilância indireta de pessoas por meio de equipamentos eletrônicos, caberá ao Brasil pesquisar em outros países, os prós e os contras da aplicabilidade desta tecnologia, sabe-se que o Canadá, os Estados Unidos, a Argentina e alguns países europeus, tais como Inglaterra, Portugal, Países de Gales, já utilizam este recurso, alguns com uma farta experiência.

Portanto, neste caminho de omissão do Estado e com as novas formas de resolução dos problemas carcerário brasileiro, sem deixar de observar o respeito aos princípios que resguardam ao cidadão na seara da dignidade e o direito de ir e vir, resulta em mais um questionamento: O Brasil deve resolver as omissões quando diz respeito aos direitos e garantias constitucionais da sociedade, fazendo cumprir efetivamente o que está nas leis ou criar novas formas para resolver o caos instalado?

No transcorrer do trabalho serão perseguidas as respostas do que fora questionado, analisando a viabilidade do monitoramento eletrônico em caráter estadual e federal. A forma será gradativa ou abrupta, voluntária e ou impositiva, e quais hipóteses de privação de liberdade serão aplicadas, quais as consequências da nova Lei no Código Penal, no Código Processual Penal e na Lei de Execuções Penais.

O corpo da monografia concentra-se em três capítulos antecedendo-os por uma breve evolução histórica da origem do monitoramento eletrônico aos tempos modernos.

O primeiro capítulo direciona-se na discussão sobre a competência de legislar, sendo questionada a validade de lei estadual sobre matéria processual penal e de execução penal.

A importância de mostrar a realidade dos estabelecimentos penais, por meio de dados do DEPEN, será abordada no segundo capítulo, onde também constará a projeção da realidade carcerária num futuro próximo, através de cálculos estatísticos simples.

Encontra-se no terceiro capítulo as repercussões propriamente ditas, na demonstração do orçamento federal destinado ao sistema prisional, as transgressões de alguns princípios constitucionais, quando o transgressor faz uso deste equipamento e na repercussão social, principalmente na possibilidade do Estado delegar o poder de polícia a terceiros.

BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Estado sempre se preocupou com a manutenção da segurança pública. As diversas formas de prevalecer o mais eficiente sistema de proteção estão direcionadas a resguardar a *res pública* e a *res particular*, com o objetivo fim de alcançar a defesa da liberdade e da vida humana, vêm sendo aplicada e substituída ao longo dos tempos, por métodos hábeis ao combate à criminalidade.

A formação da humanidade moderna percorreu uma longa trajetória, traçada pelos procedimentos mais primitivos de perfazer a justiça, desde a autotutela até a pena de morte, ainda consagrada em alguns países, com alcance mais atual prevalece na humanidade o método da jurisdição, sendo que Antônio Rully Jr. define a jurisdição como:

Uma função do Estado e, normalmente, tem sido entregue a pessoa ou pessoas imparciais e independentes que se encarregam de efetivá-la; o direito de pacificar e harmonizar as relações sociais, dizendo a justiça, garantia de segurança jurídica, social e política.²

A autotutela refere-se a prevalência do ser mais forte sobre o mais frágil, como um dos antigos e prescritos métodos de resolução de conflitos.³

Com referência a origem do Estado, segundo Dallari (2000, p. 53), “costuma-se identificar, como marco do surgimento dos Estados modernos o ano de 1648, no qual se celebrou a paz de Westfália, responsável por definir os limites territoriais da França e da Alemanha”⁴, então, após a figura estatutária, manifestada por diversas formas de governo, o mesmo assume a responsabilidade de punir o infrator sobre a égide da lei.

A história de punir o infrator na competência do Estado perfaz um longo caminho, desde as penas extremamente severas com o mero intuito de retribuir ao preso uma sanção proporcional ao seu ato criminoso, até a concepção recente de buscar a ressocialização do apenado, medida majoritária utilizada na grande maioria das nações.

E foi um caminho natural o declínio das penas corporais severas, como o

² RULLI JR. Antônio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 2.

³ WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Aututela**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Autotutela>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

banimento, trabalho forçado, penas cruéis, tortura e outras. Destaca por meio do entendimento do doutrinador João José Leal, a consequência gerada pela decadência das penas corporais:

O declínio das penas corporais fez com que se buscasse uma alternativa penal, encontrada na privação da liberdade física do condenado, que fica sujeito ao isolamento do meio social (encarceramento), durante algum tempo ou perpetuamente, num estabelecimento penitenciário. A prisão transformou-se no núcleo do sistema punitivo estatal, a partir do final do século XVIII. (LEAL, 1988, p. 21)

O Estado, a partir do instante que se afasta das penas corporais, assume também o papel ressocializador do preso, aplicando as penas alternativas. Bitencourt é esclarecedor quando posiciona, para tanto verifique o exposto seguinte:

As penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da reforma penal de 1984, que procurou obviar a crise da pena de prisão, a qual sabidamente não atende aos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado e integrá-lo socialmente.⁵

Mas não somente o Brasil como tantas outras nações almejam a possibilidade de recuperar o preso, inserindo-o ao manto social, por meios de técnicas eficientes de ressocialização do indivíduo transgressor, por vezes não conseguindo atingir este objetivo fim.

As nações vêm aderindo às convenções e tratados internacionais que centralizam a finalidade primordial ao respeito do ser humano, cita-se como exemplo o Pacto de San José Da Costa Rica de 1969, art. 5º, VI, “6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

A ideia de aprimorar a segurança e a eficácia das penas alternativas há em diversas nações, agora quando se trata de aplicar o uso do monitoramento eletrônico em presos, o país precursor são os Estados Unidos.

Inicialmente, nos Estados Unidos, por exemplo, apenas 826 criminosos participaram dos programas de monitoramento eletrônico em 1987, já em 1998, este número tinha aumentado para mais de 95.000. Outros países, incluindo Canadá, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia, Singapura, África do Sul, Suécia e Holanda

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 293-294.

têm implementado programas de monitoramento eletrônico em vários graus.⁶

O primeiro equipamento de vigilância eletrônica foi idealizado e desenvolvido nos anos sessenta pelo psicólogo americano Harvard Robert Schwitzgebel. O Dr. Robert entendeu que sua invenção poderia fornecer uma alternativa abaixo custo à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça. A máquina consistia em um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor dentro de uma distância de meio quilômetro.

Embora o Dr. Schwitzgebel patenteou o aparelho em 1969, a prática real de controle eletrônico dos infratores não começou até a década de 1980. Ainda em 1977, o Juiz de Albuquerque, Novo México/EUA, Jack Love, inspirado por um episódio da série Spiderman (Homem-Aranha), persuadiu o perito em eletrônica, Michael Goss, a projetar e manufaturar um novo dispositivo de monitoramento.⁷

No início foi desenvolvido uma espécie de TRF (transmissor/receptor de rádio frequência), este dispositivo de sinalização operava com três componentes essenciais: um transmissor, um receptor / discador e um computador central.

O transmissor era fixado no pulso do infrator ou no tornozelo e transmitia um sinal codificado por uma linha telefônica em intervalos regulares. O receptor / discador captava sinais do transmissor do infrator e emitia relatórios para um computador central, quando os sinais paravam, indicava a irregularidade. Nos sistemas de contato programado, o computador chama o agressor de forma aleatória ou em horários específicos, e em seguida, relatórios sobre os resultados das chamadas são emitidos.⁸

Quando o usuário se afastava do limite de captação de sinais pela central de monitoramento, o equipamento automaticamente discava para um determinado número, identificando a situação como adversa da normalidade.

Os aparelhos de monitoramento eletrônico, por meio de novas tecnologias, possibilitam maior eficiência, no que tange ao tamanho, ao peso, ao custo, à durabilidade da bateria e à resistência à água, além de estabelecer uma maior precisão na localização do usuário.

⁶ HOWARD, John. **Electronic Monitoring**: A Publication of the John Howard Society of Ontario. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

⁷ MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico**: Liberdade Viglada. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cnppc/services/DocumentManagement/FileDownload.EZSvc.asp?DocumentID=%7BC9076872-0D4F-4CED-9BA4-5A6BB881AADA%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D>>. Acesso 5 dez. 2009.

⁸ HOWARD, op. cit., p.16.

Atualmente os aparelhos de vigilância eletrônica utilizam a tecnologia GPS (Global Positioning System), neste caso, o apenado deve usar 24 horas ao dia a tornozeleira junto com a Unidade Portátil de Rastreamento - UPR. Estes dispositivos se comunicam através de rádio frequência de forma que ambos se políam constantemente. A UPR permite que o apenado seja rastreado por satélite (GPS) e pela rede de telefonia celular (LBS). As informações capturadas pela UPR são transmitidas para os servidores da empresa via GPRS e disponibilizados ao usuário através de uma interface acessada pela Internet.⁹

Principais características das tornozeleiras eletrônicas, a exemplo do modelo SAC (sistema de acompanhamento de custódia) 24, que é produzido no Brasil, é a autonomia da bateria que perfaz uma vida útil de dois anos, com peso de 65 (sessenta e cinco) gramas, com resistência à água alcançando aproximadamente cinco metros de profundidade, opera em frequência de 915MHz, com possibilidades de emitir SMS, além do recurso de envios de e-mail's, que perfaz hoje o custo aproximado de R\$ 600,00 (seiscentos reais).¹⁰

Existem outros equipamentos modernos e alternativos do modo de uso, destinados à supervisão dos apenados, a exemplo, destacam-se o bracelete e o chip subcutâneo, ambos com a tecnologia GPS e funcionamento semelhante ao SAC 24.

O Brasil direciona a aplicar a tornozeleira eletrônica por apresentar um custo mais atrativo e comparado com o bracelete, de maior facilidade de ocultação.

⁹ SPACECOM LTDA. **Sistema de Acompanhamento de Custódia 24 Horas - SAC24.** Disponível em: <<http://www.spacecom.com.br/?s=mon>>. Acesso em: 6 dez. 2009.

¹⁰ Ibidem, p. 2.

1- ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS LEIS

1.1-CONFLITO DE COMPETÊNCIAS

Uma das grandes inquietações quando se adentra ao tema “monitoramento eletrônico de presos” é sobre a possibilidade de um determinado estado legislar a respeito do tema.

Antes de se fazer uma análise é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 traz no artigo 1º c/c § único, como um dos princípios fundamentais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.¹¹ (grifo nosso).

Dentre outros princípios fundamentais, é esclarecedor que a República Federativa do Brasil seguiu a Federação como sistema de organização de Estado, imperado por uma Constituição rígida, onde a repartição de competências dar-se-á entre os entes políticos, já que esta característica peculiar de descentralização de poder é típica desta classificação, diferentemente da forma de Estado Unitário. Michel Temer mostra as consequências da descentralização de poder:

Descentralizar implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro. Quando se fala em descentralização administrativa quer significar a existência de novos centros administrativos, independentes de outros. Se a referência é descentralização política, os novos centros terão capacidade política.¹² (grifo nosso)

Portanto, a Constituição brasileira não adotou a forma de Estado Unitário, que nas palavras de Paulo Lopo Saraiva “[...] é, por conseguinte, rigorosamente

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 dez. 2009.

¹² TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1993

centralizado, no seu limiar, e identifica um mesmo poder, para o mesmo povo, num mesmo território [...].¹³

Dentro deste raciocínio, a Constituição não foi omissa em definir as linhas limítrofes de atuação de cada ente federativo, quando diz as suas competências. Sendo o Brasil dotado de Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, todos apresentando governo autônomo, com estrutura tríplice, amparados pela Constituição contra qualquer interferência e ameaças da União, este por sua vez, representa o governo central.

A descentralização do poder gera, no caso do Brasil, a existência de outros chefes do Poder Executivo, a exemplo, os governos estaduais, municipais e distritais, que possuem autonomia política, mas não soberania, devendo respeitar os ditames constitucionais. Assim, não são somente os entes federativos executam a administração, mas também julgam e legislam.

Então, no aspecto do poder de legislar, todo ente deverá observar a fronteira do alcance das matérias constitucionais, quer dizer, a Constituição definiu com clareza as repartições de competências legislativas cabíveis para cada governo. Para esclarecer José Afonso define competência como:

É a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão, ou ainda a um agente do poder público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.¹⁴

As repartições de competências se classificam, conforme a doutrina, em modelos horizontais e verticais, para tanto, vejam o que diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quanto ao conceito de repartição constitucional de competências:

“separar, radicalmente, a competência dos entes federativos, por meio da atribuição a cada um deles de uma 'área' própria, consistente em toda uma matéria (do geral ao particular ou específico), a ele privativa, a ele reservada, com exclusão absoluta da participação, no seu exercício, por parte de outro ente”.¹⁵

As competências horizontais estão diretamente relacionadas às matérias peculiares a cada ente da federação, sem oferecer conflitos de interesses sobre o conteúdo a ser legislado, preleciona Paulo José Leite Farias que “[...] a Constituição

¹³ SARAIVA, Paulo Lopo. **Federalismo Regional**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 11.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 155.

Brasileira de 1988 adota, em matéria de repartição de competências legislativas entre os entes políticos, tanto a técnica de repartição horizontal como a vertical”.¹⁶

Citando Manoel Gonçalves Pinto Ferreira esclarece que de um modo geral sobre as classificações de competências:

a índole de repartição horizontal 'é de separar, radicalmente, a competência dos entes federativos, por meio da atribuição de cada um deles de uma 'área' própria, consistente em toda uma 'matéria' (do geral ao particular ou específico), a ele privativa por parte de outro ente.' Daí a denominação de tais competências em 'privativas ou exclusivas'. E, ao abordar a competência vertical, ensina: '[...] a da segunda é a de dividir uma mesma matéria em diferentes níveis, entre diferentes entes federativos diversos, sempre, porém, em níveis diferentes: a um atribui-se o estabelecimento de normas gerais; a outro, das normas particulares ou específicas', razão pela qual se denomina competência concorrente.¹⁷ (grifo nosso)

Constata-se que nas competências verticais estão direcionadas as mesmas matérias constitucionais, podendo ser legisladas inicialmente pelo ente que ocupa o maior grau de hierarquia legislativa, ainda para aludir sobre o assunto, posiciona Raul Machado Horta:

As Constituições Federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais.¹⁸ (grifo nosso)

As competências ainda se repartem em exclusivas, privativas, comuns e concorrentes. Para esclarecer a grande discussão do conflito de competências, entre a seara do poder federal e o estadual, ao se tratar de monitoramento eletrônico de presos, é pertinente diferenciar os tipos de competências, para tanto, o doutrinador José Afonso da Silva assim as distingue:

a diferença que se faz entre competência exclusiva e competência privativa é que aquela é indelegável e esta é delegável [...] Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto. Veja-se, por exemplo, que nos arts. 51 e 52 traz matérias de competência exclusiva, respectivamente da

¹⁶ FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

¹⁷ FERREIRA, Manoel Gonçalves Pinto. **O Estado Federal brasileiro na Constituição de 1988**. In Revista de Direito Administrativo. Jan/jun, Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 287. v. 179/180.

¹⁸ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 366.

Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas diz que se trata de competência privativa. Não é deste último tipo, porque são atribuições indelegáveis.¹⁹

Na competência concorrente é possível ocorrer o interesse de mais de um ente federado legislar sobre o mesmo assunto ou matéria, mas sempre devendo respeitar a primazia da União quanto às normas gerais. (SILVA, 2007).²⁰

Quando se fala que a União detém a hierarquia de legislar referenciando às normas gerais em relação aos outros entes, significa ela ter o direito primeiro de elaborar a norma, mas que esta norma tenha características amplas, com alcance nacional, no entendimento de Eros Roberto Grau:

Norma geral é o termo que designa outro conceito, diverso daquele com trânsito no campo, da teoria geral do direito, é, disse-o, norma que supõe a determinação de parâmetros, em um nível maior de generalidade, a serem sentidos na normatividade subsequente à sua definição. O que conferiria às normas gerais só o caráter de direito sobre direito [...].²¹

Para um melhor esclarecimento, insistindo nas normas gerais, que podem ser instituídas tanto por lei complementar quanto por lei ordinária, o doutrinador Uadi Lammego esclarece:

São as que contêm declarações principiológicas, dirigidas aos legisladores, condicionando-lhes a ação legiferante. Recebem a adjetivação de “gerais”, porque possuem um alcance maior, uma generalidade e abstração destacadas, se comparadas àquelas de normatividade de índole local. Conseqüência disso, elas não se prestam a detalhar minúcias, filigranas ou pormenores. As matérias que lhes são afeitas não podem ser legisladas por outros entes federativos, exceto nos casos expressos de suplementação.²²

O artigo 24, inciso I da Constituição Federal de 1988, destina-se a matéria concorrente do direito penitenciário, vejam: “art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I-direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]” (grifo nosso).

Surge, neste momento, a polêmica de quem detém o direito de legislar sobre a vigilância eletrônica de presos, por se tratar de direito penitenciário, a competência é concorrente, sendo assim, nasce a possível existência de qualquer um dos

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

²⁰ Ibid. p. 479.

²¹ GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo (estudo sobre a interpretação da Lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6. ed. Ver., atual. E ampl. até a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 574

estados da federação e ou Distrito Federal em editarem leis, neste sentido, ensina o Ministro Celso de Mello que:

A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24) [...], cabe à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º),[...] deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em inexistindo lei federal sobre normas gerais, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que para atender as suas peculiaridades (CF, art. 24, § 3º).²³ (grifo nosso)

O contexto do monitoramento eletrônico de presos trata diretamente da norma referente ao direito penitenciário, conforme visto, e se o Estado e/ou Distrito Federal anseiam por legislar, deverá concorrentemente disputar com a supremacia da União, é assim que dizem os parágrafos 1º e 2º, do art. 24 da CF/88, “§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”²⁴

Matéria suplementar é quando o Estado ou Distrito Federal optam por legislar sobre a omissão da norma geral, devendo se limitar a atender suas próprias peculiaridades locais e carências de sua população.

No caso em particular da matéria a ser legislada pelos entes abaixo hierarquicamente da União, quando diz ao monitoramento eletrônico de presos, encontrarão dificuldades de legislar supletivamente a respeito. Pois mesmo a Constituição permitindo que norma geral seja complementada ou suplementada, a norma geral (Lei de Execução Penal), já editada pela União, não impõe subordinação aos juízes e tribunais da justiça obedecerem à Lei Estadual ou Distrital, isto pela limitação existente no seu artigo 2º, vejam os dizeres da lei:

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.²⁵ (grifo nosso)

²³ STF. **Medida Cautelar em ADI 2.667/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Noticiado no informativo 273. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo339.htm>> Acesso em: 7 dez. 2009.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 dez. 2009.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicada no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 9 dez. 2009.

Mesmo o § 2º, art. 24, da CF/88 que relata “§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”, os entes estaduais e distrital depararão com o obstáculo constitucional, quando desejarem editar leis que tratam do monitoramento eletrônico de presos, pois a Lei de Execução Penal trata exatamente do modo que o preso deverá cumprir suas penas, não autorizando nenhum equipamento inovador substituir a vigilância direta dos presos pelas autoridades competentes.

Com exceção do art. 119 da LEP, que autoriza lei local suplementar o modo que deverá cumprir o regime aberto. Nas outras formas de cumprimento de pena, não há expressamente na Lei de Execução Penal a autorização do uso de equipamento eletrônico que vise à vigilância à distância.

É de suma importância realçar que a LEP, norma geral da União, não fora omissa na matéria, inclusive no aspecto e modo que deverá ser cumprida a pena, sem concessão, praticamente para leis locais suplementarem. Qualquer tentativa de suplementá-la, salvo exceção, irá modificá-la, alterando a essência da norma geral, com reflexos que confrontam diretamente a Constituição.

Por se tratar de direito penitenciário, caberá unicamente ao Congresso Nacional legislar sobre norma geral, e se existir o desejo de modificá-la, poderá, tão somente, ser por outra lei geral com o mesmo status, respeitando o ente federal detentor da competência originária.

Para sedimentar a ideia destinada às competências, Amaral posiciona:

Por esse dispositivo constitucional, artigo 24 da CF/88, relacionado à competência concorrente, a União limitar-se-á a editar normas gerais e os Estados e Distrito Federal a editar normas específicas, de natureza especial (competência supletiva). As normas gerais editadas pela União são de observância obrigatória, não podendo ser suplementadas pelos Estados com legislação complementar inovadora ou conflituosa, salvo exceções, que vão além de suas peculiaridades locais.²⁶

Agora quando lei nova pretender modificar o Código Penal e Processual Penal, o único competente para legislar é a União, verifiquem o art. 22, I, c/c § Único, da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.²⁷ (grifo nosso)

²⁶ AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Monitoramento Eletrônico e Liberdade Vigada de Presos. **Jusvi**, 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/42840>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

Por conseguinte, será inconstitucional lei estadual ou municipal que tentar modificar o Código Processual Penal ou Código Penal, pois não existe lei complementar que delegue a estes entes o poder de legislar sobre estas matérias.

Portanto em matéria de Direito Penitenciário a União legislou editando a norma geral de execuções penais, em obediência ao atributo constitucional da competência concorrente, obstando os estados membros suplementarem, salvo os casos vistos excepcionalmente.

1.2 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL/SP Nº 12.906/08

O deputado estadual de São Paulo Baleia Rossi submeteu à apreciação da Assembleia Legislativa no dia 16 de maio de 2007 o Projeto de Lei Estadual n.º 443/07²⁸, que possui o conteúdo diretamente relacionado com o monitoramento eletrônico de presos.

Com algumas emendas o PL n.º 443/07 é aprovado e sancionado pelo Governador de São Paulo, José Serra, no dia 14 de abril de 2008, tornando Lei Estadual/SP n.º. 12.906/08, a primeira lei estadual a tratar do assunto.

A Lei n.º 12.906/08 será interpretada nas linhas posteriores, de tal modo que, possa perceber em sua essência a presença de alguns conflitos com outras legislações existentes.

O artigo 1º da Lei Estadual de São Paulo n.º 12.906/08 expõe:

Artigo 1º - Esta lei estabelece normas suplementares de direito penitenciário e regula a utilização da vigilância eletrônica para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisão judicial que:

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 dez. 2009.

²⁸ Artigo 1º — Os detentos beneficiados por indulto ou liberdade condicional serão obrigados a usar uma pulseira ou tornozeleira equipada com “chip”, que permita ao Estado, através de equipamentos instalados nos presídios sob a jurisdição da Secretaria de Administração Penitenciária, identificar suas locomoções e o lugar exato onde se encontram.
 Artigo 2º — A Secretaria de Administração Penitenciária equipará cada presídio a ela subordinado com uma central de equipamentos para acompanhar os passos dos detentos beneficiados por indultos ou liberdade condicional e que estiverem portando as pulseiras e as tornozeleiras a que se refere o artigo anterior.
 Artigo 3º — As referidas pulseiras ou tornozeleiras terão lacre cuja eventual violação será imediatamente identificada pela central de equipamentos de identificação implantada nos presídios mantidos pelo Estado.
 Artigo 4º — Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

I - determine a prisão em residência particular, de que trata o artigo 117 da Lei federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal;
 II - aplique a proibição de freqüentar determinados lugares;
 III - conceda o livramento condicional, autorize a saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, ou a prestação de trabalho externo.

Parágrafo único - A vigilância eletrônica consiste no uso da telemática e de meios técnicos que permitam, à distância e com respeito à dignidade da pessoa a ela sujeita, observar sua presença ou ausência em determinado local e durante o período em que, por determinação judicial, ali deva ou não possa estar.²⁹

No caput do artigo 1º, da recente lei estadual identifica-se como matéria suplementar de direito penitenciário, portanto visa complementar a Lei de Execução Penal, de competência da União. Em parágrafos anteriores, fora visto que o direito penitenciário já fora legislado pela União, por meio da norma geral Lei n.º 7.210/84, conhecida como a Lei de Execução Penal.

É de se admitir, que o artigo inaugural da lei estadual, poderá trazer ofensa constitucional, pela tentativa de suplementar a LEP, amparada constitucionalmente pelo art. 24, I, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988.

O inciso I do artigo 1º da Lei nº 12.906/08 de São Paulo, indica o modo no qual, os presos submetidos à prisão domiciliar, enquadrados no regime aberto, deverão cumprir às suas penas. Neste caso, deverá ser por meio do uso de equipamento que execute o monitoramento eletrônico, com a decisão livre do apenado sobre escolha do uso ou não deste equipamento.

A opção do uso da tornozeleira eletrônica, por exemplo, fará o rastreamento do condenado, este procedimento de vigilância eletrônica de presos não está previsto na LEP, mas o art. 119 da LEP, deixa opção para lei local legislar quanto à forma de cumprimento da pena no regime aberto, destacando o subscrito do art. 119 da LEP, que diz: “Neste sentido, a legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (artigo 36, § 1º, do Código Penal).”³⁰.

Portanto, no caso específico, a lei local não feriu a Constituição, pois

²⁹ SÃO PAULO. **Lei nº 12.906/08, de 14 de abril de 2008**. Esta lei estabelece normas suplementares de direito penitenciário e regula a utilização da vigilância eletrônica para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisão judicial. Publicada no DOE/SP-I 15/04/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2009.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 9 dez. 2009.

suplementou com a autorização da LEP, por tratar de prisão domiciliar em regime aberto.

Existe jurisprudência que menciona a autorização de se aplicar a legislação local, quando o condenado for submetido ao regime aberto, verifique:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.

I – O art. 115 da LEP autoriza o Magistrado fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da pena em regime aberto.

II – Havendo previsão na legislação local da prestação de serviços à comunidade como condição especial, não há qualquer ilegalidade em sua exigência para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 119 da LEP).

III - In casu, não se trata de pena restritiva de direitos substitutiva de pena privativa de liberdade (art. 43, inciso IV, e art. 46 do Código Penal), mas sim de condição especial na fixação do regime aberto, como forma de se alcançar a finalidade da execução penal. Recurso provido.

(REsp 982847/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2008, DJe 17/11/2008).³¹ (grifo nosso)

No inciso II, do artigo 1º da Lei 12.906/08, o preso, caso este seja o seu desejo, atendendo aos requisitos da lei, poderá ser supervisionado pelo monitoramento, para fiscalizá-lo quanto à limitação de frequentar determinados locais. O art. 147 da LEP não prevê o uso de monitoramento eletrônico e não autoriza ser suplementado por lei local, devendo o preso ser fiscalizado diretamente por autoridade competente, assim expressa o artigo:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.³²

Neste caso, a lei estadual extrapolou o âmbito de legislar, ultrapassando a linha limítrofe da constitucionalidade, transgredindo o artigo 24, I c/c §§ 1º e 2º da Constituição Federal, quando libera o ente concorrente editar leis somente em caráter supletivo, e neste caso pertinente a Lei de Execução Penal não carece e nem permite lei suplementar local.

No art. 1º da Lei nº 12.906/08, exatamente no inciso III, encontram-se nesta

³¹ JUSBRASIL. **STJ: REsp 982847/PR**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_982847_PR_11.09.2008.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2009.

³² BRASIL, op.cit.

lei estadual regras que alteram o cumprimento do livramento condicional, da saída temporária e do trabalho externo, podendo, conforme a lei, o condenado cumprir estes institutos por meio do monitoramento eletrônico. Sabe-se que os artigos 131 ao 146 da LEP c/c artigos 82 ao 92 do Código Penal completam a legislação referente ao livramento condicional, sem permissão para serem suplementados por lei local.

Verifica-se que o livramento condicional, estipulado pela Lei de Execução Penal e desde que preenchidos os requisitos do Código Penal, será sem o uso de quaisquer equipamentos que rastreiem o preso.

No entanto, quando aplicado o monitoramento eletrônico estipulado por lei estadual, trará uma ofensa direta à Lei de Execução Penal, ao princípio da dignidade humana e ao princípio da dupla pena, que será estudado em capítulos seguintes, pois mesmo sendo uma opção do condenado, o uso da tornozeleira, irá restringi-lo ainda mais da sua liberdade adquirida, já tão mitigada.

No que tange o conflito com a LEP, a lei estadual está invadindo novamente a competência concorrente com a União, pois está interferindo na matéria que somente a Lei Federal poderá modificá-la, assim determinado pelo artigo 24, I da Constituição Federal de 1988.

Nota-se que para a obtenção do livramento condicional são delineados requisitos do CP e na execução são atribuídas ao infrator condições existentes no art. 132 da LEP. É interessante observar que o juiz estipulará estas condições, não estando inseridas aí o uso do monitoramento eletrônico de presos. Se houver insistência pela defesa do apenado a favor do uso do rastreador eletrônico, o juiz, à luz da lei, poderá alegar que somente é obediente à LEP e não à outra lei local que trata de execução penal, amparada a justificativa judicial pelo art. 2º deste mesmo dispositivo penal.

A repercussão da inconstitucionalidade da lei estadual em questão, confirma-se nos seus artigos (6º e 7º) ³³ combinados entre-si, isto porque o artigo 6º adverte o

³³ Lei Estadual 12.906/08 de São Paulo. Artigo 6º - O condenado será advertido, pessoalmente e por escrito, quanto ao sistema de vigilância eletrônica e, enquanto estiver submetido a ela, sem prejuízo das demais condições fixadas na decisão que a determinar, terá os seguintes deveres:
I - receber visitas do servidor responsável pela vigilância eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;
II - abster-se de qualquer comportamento que possa afetar o normal funcionamento da vigilância eletrônica, especialmente atos tendentes a impedi-la ou dificultá-la, a eximir-se dela, a iludir o servidor que a acompanha ou a causar dano ao equipamento utilizado para a atividade;
III - informar de imediato ao órgão ou entidade responsável pela vigilância eletrônica se detectar falhas no respectivo equipamento;

condenado de que a sua transgressão dos deveres determinados pelo uso da vigilância eletrônica, refletirá em falta grave, assim determinado no artigo 7º.

A consequência maior da Lei Estadual legislar sobre falta grave é quanto aos seus reflexos, expostos nos incisos I e II desta mesma lei no artigo 7º, quer dizer, assim que o condenado viole algum dos deveres estipulados quanto ao uso do rastreador, acarretará a revogação do livramento condicional, da saída temporária ou da prestação de trabalho externo.

A Lei Federal de Execução Penal de n.º 7.210/84 deixa explícito que a lei local poderá determinar somente a falta leve e média, para tanto propõe o art. 49 da LEP, “art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.” (grifo nosso). Desta forma ficou incumbido como único detentor do direito de legislar sobre falta grave a União, e assim o fez nos artigos 50, 51 e 52 da Lei de Execução Penal, salientando que nenhum destes artigos refere-se à falta grave associada ao uso do sistema de monitoramento eletrônico.

Não obstante, a Lei 12.906/08 de São Paulo, determinou as devidas sanções que o apenado sofreria: a revogação do livramento condicional, da saída temporária ou do trabalho externo, sendo recolhido a estabelecimento penal comum. O conflito com a norma geral é clara, pois além de legislar sobre falta grave, ainda estipula as repercussões quando o apenado a ela é enquadrada.

A LEP esclarece no seu art. 40, que o livramento condicional será revogado em conformidade com os art. 86 e 87 do Código Penal:

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I - por crime cometido durante a vigência do benefício;

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

Revogação facultativa

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (grifo nosso).³⁴

IV - apresentar justificativa para seu comportamento aparentemente irregular, descoberto durante os períodos de vigilância eletrônica e incompatível com a decisão judicial que a determinou.

Artigo 7º - A violação dos deveres previstos no artigo 6º configura falta grave e será motivo suficiente para:

I - a revogação do livramento condicional, da saída temporária ou da prestação de trabalho externo;

II - o recolhimento em estabelecimento penal comum. (grifo nosso).

³⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Publicado no DOU de 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm>. Acesso em: 4 dez. 2009.

Não se deve persuadir na leitura do art. 87 do Código Penal, convencendo o leitor a certa compatibilidade com a lei estadual, ao dizer que o juiz poderá revogar o livramento condicional, caso o condenado venha a descumprir qualquer das obrigações constantes na sentença. Portanto, a exemplo, se o juiz estipular o uso do monitoramento até determinado horário e se o condenado deixar de cumprir, será considerado pela lei local falta grave e deverá, de imediato, ser revogado o livramento do condenado, em respeito ao artigo 7º, da Lei nº 12.906/08.

Todavia para a Lei Federal a conduta do apenado seria apenas uma mera desobediência a uma das obrigações estipuladas na sentença, podendo, a critério do juiz, recair na revogação facultativa do benefício de livramento condicional. Ora, esta é uma revogação facultativa determinada por lei federal e na lei estadual é revogação obrigatória.

A legislação local não somente ofendeu a norma geral de execução penal, de competência concorrente, art. 24, I, da Constituição Federal, como também, invadiu a seara da lei federal, relativa ao Código Penal, que esta é de competência privativa da União, art. 22, I, da Constituição Federal, não permitindo lei local suplementá-la ou modificá-la.

Nas saídas temporárias, a revogação dar-se-á somente por determinação da Lei Federal, art. 125 da LEP:

Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.³⁵

Quanto à revogação do trabalho externo, a Lei nº 7.210/84 esclarece no artigo 37 § único, que será revogado quando:

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.
Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.³⁶
 (grifo nosso)

³⁵ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 dez. 2009.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 dez. 2009.

Em nenhum momento a lei federal autoriza o corte do benefício, trabalho externo, quando o condenado venha a descumprir dever determinado por lei local, portanto, chapadamente a Lei Estadual nº 12.906/08 de São Paulo contraria Lei Federal de nº 7.210/84.

Ao editar leis, o ente deverá respeitar os ditames das competências constitucionais, não invadindo o campo de outro ente federativo, pois certamente, quando for incidente tal situação, estará caracterizada a inconstitucionalidade da lei. É o caso da Lei 12.906/08 de São Paulo, que adentrou na competência privativa da União, ao legislar matéria do Código Penal, e ao conflitar com a Lei de Execução Penal.

Embora concorrentemente pudesse legislar com a União, não o fez no limite da Constituição, indo muito além da sua competência de apenas suplementar a matéria.

1.3 APONTAMENTOS NO PROJETO DE LEI FEDERAL Nº 165/2007

Existem dois grandes Projetos de Lei³⁷ Federal que tramitam no Senado Federal, relacionados com o monitoramento eletrônico de presos, o primeiro é o Projeto de Lei do Senado (PLS) 165/07, de autoria do Senador Aloizio Mercadante, o segundo é o PLS 175/07³⁸, com foco maior no regime aberto e semiaberto, de

³⁷ Projeto de lei ou uma proposta de lei é um conjunto de normas que deve submeter-se à tramitação num órgão legislativo com o objetivo de efetivar-se através de uma lei. Os projetos de lei são feitos por membros do próprio órgão legislativo. Já as propostas de lei são feitas pelo poder executivo.

³⁸ PLS 175/07: Art. 1º O § 1º do art. 36 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 36[...]

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada.[...]”

Art. 2º Os arts. 66, 115, 122 e 132 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 66[...], V:

i) a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado, quando julgar necessário;[...]

“Art. 115. O juiz poderá estabelecer condições especiais para concessão de regime aberto, entre as quais o rastreamento eletrônico do condenado, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:[...]

“Art. 122[...] não impede a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.”

“Art. 132.[...]§ 2º [...]

d) utilizar equipamento de rastreamento eletrônico.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10813.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

autoria do Senador Magno Malta.

De acordo com a Constituição Federal, é competente a União para legislar sobre o direito penal, processual, art. 22, inciso I, CF e o penitenciário, art.24, inciso I, CF, tornando os projetos legitimamente constitucionais no âmbito da competência federal.

Ambos os projetos tendem a alterar alguns dispositivos do Código Penal, Processual Penal e da Lei de Execução Penal, inserçando nos mesmos conteúdos correlacionados com o monitoramento eletrônico de presos.

Por ser um projeto mais abrangente, alcançando as saídas temporárias, o livramento condicional, o trabalho externo e os mais variados regimes, analisar-se-á o PLS 165/07, que fora obtido o texto final e por meio dos membros que compõem o Senado Federal. O artigo 1º deste projeto indica alterações no Decreto Lei nº 2.848/40 (Código Penal), no Decreto de Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal) e Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que serão atingidos, modificando alguns artigos e noutras acrescentando novos dispositivos, é o caso que acontecerá com a LEP.

E é exatamente na LEP que o provável PLS/07 surtirá os maiores efeitos, para tal vejam as alterações propostas pelo projeto na primeira parte do art. 2º, PLS 165/07:

Art. 2º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:
 “Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena, da aceitação do monitoramento eletrônico, sempre que venha a ser determinado, e do cumprimento de suas condições [...]”³⁹ (grifo nosso)

O art. 37 da Lei nº 7.210 com modificação pelo PLS 165/07, alterará o modo no qual se cumpre o trabalho externo, que poderá, desde que preenchidas as condições da LEP, ser indicado ao condenado, fazendo o uso do rastreador eletrônico apenas por meio do seu consentimento, logo para o preso ter o benefício do trabalho externo terá que cumprir um sexto da pena, isto significa também a progressão do regime, quer dizer, estaria o condenado na forma mais branda da

³⁹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloizio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

pena, no regime semi-aberto ou no aberto.

Deduz de forma geral, que o monitoramento seria aplicado nos apenados que se encontram no regime aberto ou semiaberto, portanto o preso que tenha indicação para o uso do monitoramento eletrônico, poderá optar pela utilização, e uma vez feita a adesão, este não precisará voltar para o estabelecimento penal no período noturno, permanecendo após o trabalho externo diurno, conforme condições judiciais, no seu domicílio.

Quando se tratar do trabalho externo, o apenado poderá fazer a opção do monitoramento eletrônico, sempre que ao caso concreto, for cabível o seu uso.

O art. 2º do Projeto de Lei do Senado Federal prevê alteração no artigo 66 da LEP, confirmando que o juiz da execução penal será o competente para determinar o uso do monitoramento eletrônico nos presos, assim como demonstra as palavras do PLS165/07, “Art.66 Compete ao juiz da execução: V- Determinar: i) a utilização de monitoramento eletrônico;[...]”⁴⁰ (grifo nosso).

No mesmo artigo 2º do PLS 165/07 prevê acréscimo no artigo 115 da LEP, conforme o exposto abaixo:

“Art.115 O juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias.
[...]

§ 1º O cumprimento das condições obrigatórias poderá ser acompanhada por meio de monitoramento eletrônico.

§ 2º Ouvido o Ministério Público o juiz decidirá fundamentadamente sobre a necessidade da medida prevista no § 1º.”⁴¹ (grifo nosso)

Este acréscimo no artigo da LEP, não refoge ao objetivo do uso eletrônico do rastreador de presos, que visa além de outras medidas, ao esvaziamento dos estabelecimentos penais, isto porque, o transgressor penal em vez de retornar ao albergue, teria a opção de fazer o uso do sistema de monitoramento à distância, desde que seja indicado ao seu caso, permanecendo na sua própria residência.

O interessante que no §2º deste artigo, após determinado judicialmente o uso do monitoramento eletrônico do preso, terá o juiz que ouvir o Ministério Público, para tão somente aplicar a medida, por meio da vontade do infrator.

O art. 2º do PLS 165/07 que altera o art. 123 da Lei nº 7.210/84, diz: “A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução [...] IV – aceitação da vigilância eletrônica, sempre que venha a ser determinada.”⁴²(grifo nosso), evidencia-se que o juiz competente da saída temporária permanece sendo o da

⁴⁰ Ibidem, p. 1.

⁴¹ BRASIL, loc. cit.

execução penal, e para se fazer o uso da tornozeleira eletrônica, por exemplo, quando aplicado o benefício da saída temporária, deverá ter a anuência do apenado.

O artigo 123 é subsidiário do artigo 122 da LEP, por isso os presos submetidos ao regime semiaberto e que obtiverem a autorização da saída temporária, conforme o escrito no PLS, poderão fazer o uso do equipamento eletrônico de rastreamento, desde que cabível ao caso do apenado e preenchido todos requisitos da LEP.

A consequência direta deste artigo é a não necessidade do preso retornar aos estabelecimentos penais, como se trata do regime semiaberto, o estabelecimento pertinente é a colônia agrícola ou a colônia industrial.

O artigo 2º do PLS também sugere alteração no artigo 132 da LEP, devendo ficar assim, “Art.132 Deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento, §2º Poderá ainda ser impostas ao liberado condicional , entre outras obrigações, as seguintes: d) submeter-se a monitoramento eletrônico.”⁴³(grifo nosso). Parece que neste caso o PLS 165/07 não deixa a critério do apenado o poder voluntário do uso do equipamento de monitoramento eletrônico, quando o benefício for de livramento condicional, exatamente pela expressão “ser impostas ao liberado”.

Neste acréscimo, poderá ser arguido a inconstitucionalidade da lei, ao impor ao liberado o uso do equipamento, entendendo a infringência ao princípio da dignidade humana, dentre outros casos, que serão analisados detalhadamente nos capítulos seguintes.

Verifica-se que o liberado tem o seu livramento condicional sem maiores restrições, agora com a pretensão do PLS passará a ter adicionado ao seu benefício de livramento condicional uma pena extra, a pena do monitoramento eletrônico de livramento condicional.

O projeto de lei inovador acrescenta no capítulo I, do título V (Da Execução da Pena em Espécie) da LEP a seção VI, que objetiva definir o monitoramento, em quais circunstâncias deverá ser aplicado, a obrigatoriedade do uso, dentre outros, para ser alcançado os apontamentos na íntegra do projeto 165/07 do Senador

⁴² BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloizio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

⁴³ Ibidem, p. 1.

Aloísio Mercadante, passa a se analisar:

TÍTULO V

Seção VI

Do Monitoramento Eletrônico

Art. 146-A. O monitoramento eletrônico, que consiste no uso da telemática e de meios técnicos que permitam, à distância e com respeito à dignidade da pessoa a ele sujeito, observar sua presença ou ausência em determinado local e período em que ali deva ou não possa estar, será aplicado mediante as condições fixadas por determinação judicial que:

I – deferir a liberdade provisória;

II – determinar a prisão domiciliar;

III – aplicar a proibição de freqüentar determinados lugares;

IV – conceder livramento condicional ou progressão para os regimes aberto ou semi-aberto;

V – autorizar a saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, ou a prestação de trabalho externo;

VI – decretar a prisão preventiva, na forma do § 1º do art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

§ 1º A determinação do monitoramento eletrônico, sempre por decisão judicial, será precedida de oitiva do Ministério Público e dependerá de consentimento do acusado ou condenado, que será presumido quando requerer essa providência, diretamente ou representado por seu defensor.

§ 2º A qualquer tempo caberá a retratação do consentimento previsto no § 1º deste artigo.⁴⁴ (grifo nosso)

Esta expectativa de ampliação da Lei de Execução Penal, por meio do PLS nº 165/07, delinea o monitoramento eletrônico na sua essência, e nos incisos subsequentes ao art. 146A, mostra a dimensão do alcance do projeto de lei do Senado Federal. Praticamente alcançando todos os institutos que tratam da liberdade do preso.

As dimensões e os efeitos desta nova proposta são grandes, atingindo exatamente os estabelecimentos penais e a segurança da população. Os presos do regime aberto e semi-aberto não necessitarão retornar mais aos albergues, às colônias agrícolas e industriais ou similares, incluindo os presos submetidos ao trabalho externo.

No caso da liberdade provisória, livramento condicional, saída temporária, proibição de frequentar determinados locais e da prisão domiciliar, os efeitos serão os relacionados apenas a maior supervisão da conduta externa do apenado. Não havendo tantos reflexos na diminuição da população carcerária, já que estes institutos eram existentes e aplicáveis anteriormente ao projeto, mas certamente proporcionará à sociedade expectativa de uma maior segurança.

⁴⁴ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloísio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

O ponto de maior relevância do PLS nº 165/07 é o que menciona sobre a prisão preventiva, pois ao decretá-la, o juiz determina o imediato encarceramento do suspeito. No entanto, com a opção do monitoramento eletrônico, certamente muitas dessas prisões poderão ser substituídas pelo rastreamento eletrônico de presos, sempre devendo o juiz observar os requisitos de admissibilidade.

Todos estes institutos favoráveis ao preso deverão atender aos requisitos anteriormente determinados pela LEP, e uma vez o preso enquadrado ao instituto, poderá fazer o uso do monitoramento eletrônico. É dever do juiz colher a oitiva do Ministério Público seguido do consentimento do preso. Para a aplicabilidade do equipamento, não bastará existir tão somente o desejo do preso, mas também a indicação do juiz.

O parágrafo segundo do artigo 146A do projeto permite a retratação do uso do equipamento eletrônico rastreador pelo condenado ou acusado, se assim desejar, o usuário poderá manifestar ao juiz da execução, que dispensa o rastreador eletrônico.

Encontram-se no artigo 146-B os crimes nos quais o infrator fará uso obrigatório da vigilância eletrônica, leiam o que diz este artigo do PLS nº 165/07:

Art. 146-B. Presentes os demais requisitos da medida, o monitoramento eletrônico será obrigatório quando se tratar de condenação por tortura, genocídio, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, crimes decorrentes de ações praticadas por organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, consumados ou tentados, ou por algum dos seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, também consumados ou tentados:

[...]

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

[...]

Parágrafo único. Quando se tratar de condenação por infração penal mencionada neste artigo, o monitoramento eletrônico poderá ser dispensado, motivadamente, se o juiz da execução, apreciando o caso concreto, considerá-lo desnecessário ou inadequado.⁴⁵

De um modo geral, todos os acusados ou condenados que cometeram crimes hediondos, prontamente classificados pela Lei nº 8.072/90⁴⁶, farão

⁴⁵ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloizio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009. p. 2.

⁴⁶ A Lei nº 8.072/90 explicita no art. 1º:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

compulsoriamente o uso do monitoramento eletrônico, quando contemplado por um dos institutos citados no artigo 146-A do projeto analisado, com exceção da prisão preventiva art. 4º PLS nº 165/07.

Mas existe a possibilidade de não ser submetido ao monitoramento eletrônico, o acusado ou condenado, desde que seja requerida pela parte interessada e esteja o ato enquadrado na modalidade de infração penal, o juiz analisará o pedido e assim decidirá sobre o uso.

Sabe-se que o projeto de lei deverá remodelar os seus incisos V e VI do artigo 146B, para entrar em conformidade com a nova lei do estupro, Lei nº. 12.015/09, que revoga o artigo 214 e altera o artigo 213, ambos do Código Penal.

Os artigos 146-C e 146-D do projeto de lei em análise, citam a discricionariedade do juiz determinar os locais e períodos em que o condenado ou acusado fará uso do monitoramento eletrônico, assim como as condições da revogação do seu uso. É de se a ter que o juiz, em consonância ao projeto poderá alterar o período e o local do cumprimento do monitoramento eletrônico, agindo de ofício.

Art. 146-C. A decisão que determinar o monitoramento eletrônico especificará os locais e os períodos em que será exercido, que poderão ser modificados, quando necessário, pelo juiz de execução.

Art. 146-D. O monitoramento eletrônico será revogado:

I – quando se tornar desnecessário ou inadequado;

II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que fica adstrito durante a sua vigência ou retratar-se do consentimento prestado.⁴⁷

O artigo 146-E do PLS 165/07 determina em que momento será aplicado à nova tecnologia: “O monitoramento eletrônico se iniciará após a instalação dos meios técnicos necessários à sua execução e, conforme o fim a que visar, será realizado no âmbito das atividades de segurança pública ou de administração

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (conforme a Lei 12.015/09)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (conforme a Lei 12.015/09)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos

ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (grifo nosso)

⁴⁷ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloízio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009. p. 3.

penitenciária.”⁴⁸

Os deveres que os usuários deverão seguir, orientações sobre o funcionamento do equipamento ou outras orientações a serem seguidas, estão estipulados no artigo 146-F, PLS 165/07.

A desobediência de uma das condições determinadas, acarretará àqueles submetidos à vigilância eletrônica falta grave, ocasionando a suspensão dos benefícios (livramento condicional, saída temporária etc) e o imediato recolhimento ao estabelecimento penal comum, se assim o juiz entender.

Deste modo, constata-se na letra do projeto PLS nº 165/07:

Art. 146-F. O acusado ou condenado será advertido pessoalmente e por escrito, quanto ao sistema de monitoramento eletrônico e, enquanto estiver submetido a ele, sem prejuízo das demais condições fixadas na decisão que a determinar, terá os seguintes deveres:

[...]

Parágrafo único. A violação dos deveres previstos neste artigo configura falta grave e será motivo suficiente para:

I – a revogação da progressão do regime de cumprimento da pena, da liberdade provisória, do livramento condicional, da saída temporária ou da prestação de trabalho externo;

II – o recolhimento em estabelecimento penal comum.⁴⁹

O projeto também transfere a responsabilidade para o ente federativo a implantação, aquisição e administração do sistema de monitoramento eletrônico, como expressa o art. 146-G do projeto em tramitação no Senado Federal:

Art. 146-G. Compete ao ente federativo responsável pelo monitoramento eletrônico:

I – planejar sua implementação progressiva;

II – adquirir os meios e sistemas tecnológicos necessários para realizá-lo;

III – providenciar o apoio logístico e administrativo para seu funcionamento.⁵⁰

As verbas orçamentárias destinadas à segurança pública, principalmente as direcionadas ao sistema penitenciário e prisionais em geral, deverão ser utilizadas para implantação de todo o aparato tecnológico relacionado à vigilância eletrônica de acusados e condenados, desta forma, deverá proceder o ente federativo.

O projeto de lei 165/07, na escrita do seu art. 3º, trará reflexos nos artigos 35, 36 e 85 do Código Penal, tal qual demonstra:

⁴⁸ Ibidem, p. 3

⁴⁹ BRASIL, loc. cit.

⁵⁰ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloízio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009. p. 3.

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 36[...]

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância direta, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno ou nos dias de folga. (grifo pessoal)

[...]

§ 3º O cumprimento das disposições de que trata este artigo poderá ser acompanhado por meio de monitoramento eletrônico.”⁵¹

No caso de uma futura aprovação do PLS e conversão em Lei Federal, acarretará o acréscimo do § 3º no art. 35 do Código Penal, conforme escrito, com nova redação, tem-se: “art. 35[...]

§ 3º O cumprimento das disposições de que trata este artigo poderá ser acompanhado por meio de monitoramento eletrônico.”⁵², que será apenas uma compatibilização com as alterações previstas na Lei de Execução Penal, decorrentes da provável transformação do PLS nº 165/07 em lei, ambas mudanças referem-se ao modo de cumprimento da pena no regime semiaberto. Situação estudada em parágrafos anteriores deste trabalho.

O artigo 36 no seu § 1º, do CP, sofrerá uma mudança discreta, mas de grandes repercussões no cotidiano do apenado suscetível às medidas do regime aberto, pois passará a não ter à obrigatoriedade do infrator cumprir a sua pena, necessariamente recolhido no período noturno e nos dias de folga, sendo facultativo ao juiz aplicar tal dever.

No mesmo artigo 36 do Código Penal, será acrescentado o § 3º, expondo exatamente a justificativa da mudança, que é a indicação do monitoramento eletrônico para os presos submetidos ao regime aberto, sabendo que nestes casos, faz se necessário a anuência do infrator, quanto à opção do uso, se assim a lei e o juiz indicarem o equipamento rastreador.

Quanto ao livramento condicional, se ocorrer a mudança do CP pelo PLS nº 165/07, no artigo 85 do Código Penal será adicionado o § único, que o juiz da execução passará a autorizar o livramento condicional, somente com o uso da tornozeleira eletrônica, por exemplo.

Desta maneira, se o condenado não aceitar as condições da sentença, não contemplará do benefício do instituto do livramento condicional, observem a redação dada pelo PLS nº 165/07:

⁵¹ Ibidem, p. 1.

⁵² BRASIL, loc. cit.

art. 85[...] Parágrafo único. Sem prejuízo de outras condições que a sentença especificar, o livramento só poderá ser concedido ao condenado que aceitar submeter-se ao monitoramento eletrônico, sempre que venha a ser determinado.⁵³ (grifo nosso)

Não se afastará das alterações o Código Processual Penal⁵⁴, isto quando o PLS nº 165/07 for transformado em lei. Sendo que somente o artigo 312 do CPP será alvo das modificações, e é exatamente este dispositivo jurídico que legisla sobre a prisão preventiva, mostrando os requisitos necessários para que o juiz a decrete.

Com o sugestivo projeto de lei em tela, uma vez transformada em lei, adicionará no Código Processual Penal dois parágrafos, confirmam a provável alteração, em harmonia com o PLS nº 165/07:

Art. 312[...]

§ 1º Quando a prisão preventiva for decretada para assegurar a aplicação da lei penal, e havendo comprovação nos autos de efetivo risco de fuga do acusado, o juiz poderá, fundamentadamente, substituir a medida cautelar de prisão pela liberdade vigiada por monitoramento eletrônico.

§ 2º A medida prevista no § 1º dependerá da anuência do acusado e não poderá ser adotada nos crimes hediondos e nos a eles equiparados.⁵⁵

O acréscimo do parágrafo primeiro no art. 312 do Código Processual Penal é preciso, permitindo ao juiz substituir a prisão preventiva pela liberdade provisória, sempre assistida do monitoramento eletrônico, quando o acusado oferecer risco de fuga.

O uso do equipamento rastreador pelo acusado, uma vez sugerido e fundamentado pelo juiz da execução, deverá necessariamente ser precedido do consentimento do suspeito. Constando a discordância do acusado, quanto ao uso do equipamento de monitoramento eletrônico, não restará outra postura do juízo, a não ser a confirmação da prisão preventiva.

Agora na implantação desta ou de outra Lei Federal, relacionada com normas

⁵³ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloízio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

⁵⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código Processual Penal. Publicado no D.O.U. de 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 4 dez. 2009.

⁵⁵ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007**. Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloízio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

gerais do Direito Penitenciário, provocará a imediata suspensão da Lei Estadual, no que for contrário, a Constituição Federal deixa explícito no art.24, § 4º, este procedimento:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.(grifo nosso)⁵⁶

Apesar da própria LEP ser anterior a Lei Estadual nº 12.906/08, esta é suficiente para não permitir que leis estaduais invadam o âmbito, suspendendo-as automaticamente.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 dez. 2009.

2-ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PRISIONAL

2.1 A LEI VERSUS REALIDADE CARCERÁRIA

A aplicação fiel da lei está afastada da realidade, principalmente no que diz respeito aos princípios emanados pela Constituição e outras legislações que direcionam o bom andamento das execuções penais.

Hoje, as entidades governamentais, com extensão ao Poder Legislativo e ao Judiciário, estão sempre procurando formas para driblarem o estado caótico, apresentado nos estabelecimentos penais.

A mais recente proposta é o uso do monitoramento eletrônico de presos, que vem atacar exatamente o desfalque orçamentário do sistema carcerário, certamente com a promessa de esvaziar os estabelecimentos prisionais.

Antes de se verificar a efetiva consequência do uso deste rastreador. É importante acompanhar alguns pontos de desajustes existentes nas penitenciárias, albergues, cadeias públicas e as condições de abandono que o preso vivencia no Brasil.

O caos penal se deve principalmente à ausência efetiva da administração pública, que tem provocado ao sistema prisional o maior de todos os malefícios.

O Brasil é dotado de leis que focam o bom andamento do cárcere do transgressor. O grande problema é que embora a Lei de Execução Penal exija, o Estado não cumpre, são as condições ideais para os enjaulados perfazerem, durante a sua estadia nos estabelecimentos penais, as suas dívidas para com o estado, e ao final alcançarem à ressocialização.

A exemplo, estão os presos provisórios ou primários que não deveriam cumprir suas penas com presos definitivos reincidentes, é assim que intitula a Lei de Execuções Penais, mas flagrantemente é descumprida.

Os investimentos em construção de novos estabelecimentos penitenciários e em contratação de profissionais são insuficientes para atender a crescente progressão geométrica da comunidade carcerária.

Este estudo não se encaminha para a justificativa do avanço de infratores criminais, contudo dados mundiais revelam que o investimento em educação de qualidade, recai diretamente na baixa de infrações criminais.

Em relação ao gasto por estudante, o país ficou em último lugar, com US\$ 1.303 investidos por ano. A quantia equivale a 17,2% da média dos gastos dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, de US\$ 7.572 anuais por aluno, e representa pouco mais de um décimo do investido pelos Estados Unidos, que lideram a lista com US\$ 12.082, o Brasil investe 3,9% do seu produto interno bruto em educação (FOLHA DA REGIÃO, 2009).⁵⁷

Os problemas apresentados no sistema prisional são muitos: destacam a super lotação; infraestrutura interna precária dos estabelecimentos penais, apresentando poucas vagas destinadas aos condenados e acusados; faltam funcionários e a valorização destes, em termos de remuneração e melhores condições de trabalho; entre outros.

O descaso da nação brasileira, em relação ao sistema prisional, apresenta-se nas mais variadas formas. Com relevância ao descumprimento dos ditames constitucionais, da Lei de Execução Penal, dentre outras legislações que farão parte da pesquisa.

Serão pontuados os mais relevantes artigos legislativos, flagrantemente violados pelas autoridades competentes. Paralelamente, por meio de notícias, será revelada a real situação que se encontram os seres humanos nos estabelecimentos penais.

Não é suficiente demonstrar apenas o caos do sistema carcerário brasileiro, mas também deverá ser demonstrado a lei, que assegura o direito, que outrora fora violado.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX e L, descreve:

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, nos termos seguintes:

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam

⁵⁷ FOLHA DA REGIÃO. **Haddad defende aumento de investimentos na educação**. Araçatuba, 9 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.folhadaregiao.com.br/noticia?76322&PHPSESSID=01ca53d1627b84254b6916f6666f1a0c>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;⁵⁸ (grifo nosso)

Embora a Constituição Federal do Brasil assegure o direito à vida e à segurança estendendo estes direitos aos presos, a comunidade carcerária vive outra realidade. Dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) informam que o número de suicídios de detentos subiu em 40% em três anos, quadro comparativo de 2008 em relação ao ano de 2006.

A proporção de suicidas é quase cinco vezes maior dentro das penitenciárias e delegacias do que do lado de fora. Segundo o Datasus, em 2007, pelo menos 8.500 brasileiros teriam cometido suicídio, a média é de um caso para 22.331 pessoas da população do país. Já nas carceragens, foram 97 suicídios, em 2007, para uma população prisional de 422.373 detentos - um caso para cada 4.354 presos.⁵⁹

Os dados do DEPEN revelam que os encarcerados brasileiros posicionam, em média, na faixa etária entre 18 e 45 anos, embora muito jovens, o índice é alto, quando se fala de mortes por doenças.

As mortes naturais, provocadas, na maioria das vezes, por pneumonia e tuberculose, também subiram de 586 em 2006 para 819 em 2008, uma alta de 39%, certamente associadas à omissão de socorro.⁶⁰ É um direito do preso à assistência à saúde, a própria Lei nº 7.210/84, destina o artigo 14 assegurando este direito ao detento, assim prescreve:

Da Assistência à Saúde

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.⁶¹

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2009.

⁵⁹ NOTAPAJOS. **Polícia - Presídios brasileiros têm 'boom' de suicídios**. São Paulo, 15 fev. 2009. Disponível em: <<http://notapajos.globo.com/lernoticias.asp?id=24449>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

⁶⁰ NOTAPAJOS, loc. cit.

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 dez. 2009.

Quando o Estado não proporciona o mínimo de assistência médica ao condenado, esta omissão instiga ao infrator a recorrer à justiça, a fim de assegurar a si, o atendimento médico necessário. A jurisprudência não tem se afastado de garantir este direito ao preso, decidindo favoravelmente, àqueles que carecem de tratamento médico.

Abaixo esta uma decisão do STF, quanto à matéria:

EMENTA:

HABEAS CORPUS. DIREITO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO PRESO. [...] ASSISTÊNCIA POR MÉDICO PARTICULAR. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO. TRANSFERÊNCIA PARA SALA DE ESTADO-MAIOR. DEFERIMENTO. [...]

A Lei de Execuções Penais garante ao paciente o direito à assistência de médico particular e à realização dos exames necessários, caso esteja impossibilitado de fazê-lo nas dependências do estabelecimento prisional.

[...]

Decisão: a turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, [...]. 2ª turma, 08.11.2005.⁶² (grifo nosso)

Quanto aos crimes cometidos no interior das penitenciárias, existe uma redução do número de assassinatos de detentos, caindo 21%, entre 2006 e 2008. Mesmo assim, a mortandade nos estabelecimentos penais permanece apresentando números relevantes, principalmente na modalidade de ocorrências relativas a assassinatos.

Observa-se que em relação à defesa da vida dos detentos, o Estado pouco faz, deixando o preso sofrer violação física, até sucumbir para a morte. Esta desatenção viola as normas preceituadas na Constituição brasileira.

A LEP, no art. 3º, § único, garante:

Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.⁶³

⁶² JUSBRASIL. **STF: HC 85431/SP**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_85431_SP%20_17.05.2005.pdf> Acesso em: 14 dez. 2009.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 dez. 2009.

Ainda na LEP, o artigo 88 garante ao preso, que cumpre pena em penitenciária, cela individual de área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados), salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana. Devendo o condenado ser alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Infelizmente a realidade não condiz com o preceito das nobres leis, “numa estrutura metálica, feita com chapas de aço, trancada com correntes e cadeados. Não há grades nem janelas. É neste lugar que estão os presos da cidade de Serra (ES), que aguardam decisão da Justiça para serem transferidos.”⁶⁴, assim relata o noticiário (O Globo) de uma cidade do Espírito Santo.

As notícias se repetem por todo o Brasil, expondo a precariedade dos estabelecimentos penais, que se apresentam fora dos padrões estipulados pela lei. Com estrutura velha ou degradada, ausência de ventilação e de dormitórios, alta umidade interna nas celas, precariedade na higiene, falta de iluminação, são estes alguns dos grandes problemas relacionados às celas.

Para enfatizar o descrito, será mostrado o posicionamento do Deputado Federal Domingos Dutra, ao relatar o que se apurou no decorrer da CPI do Sistema Carcerário brasileiro, segue-se a narração:

Apesar de normas constitucionais transparentes, da excelência da Lei de Execução Penal e após 24 anos de sua vigência e da existência de novos atos normativos, o sistema carcerário nacional se constitui num verdadeiro inferno, por responsabilidade pura e nua da federação brasileira através da ação e omissão dos seus mais diversos agentes. [...] Nas unidades prisionais diligenciados, constatou-se que os estados não fornecem uniformes, colchões, lençóis ou cobertores, que são levados pelas famílias. Também não fornece material de higiene, que igualmente são levados pelos familiares ou comprados nas mercearias das cadeias a preços superfaturados. Os estabelecimentos são escuros pela economia de energia elétrica. As celas e outros espaços de uso dos presos mais parecem masmorras, pelo estado de sujeira e mau cheiro. A falta de água é freqüente em várias unidades e racionada em outros. Como racionamento, é distribuído um limite de 6 litros por cela ao dia. Essas celas são ocupadas, em média, com 30 homens. No verão, a temperatura chega aos 35 graus. Os banhos são com água sem aquecimento, para a economia de energia elétrica. Em geral, os estabelecimentos são insalubres, sem a mínima condição de

⁶⁴ G1. **Presos vivem em condições precárias em celas superlotadas no Espírito Santo**. Espírito Santos, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL988985-5598,00-PRESOS+VIVEM+EM+CONDICOES+PRECARIAS+EM+CELAS+SUPERLOTADAS+NO+ESPIRITO+SANTO.html>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

abrigo humano.⁶⁵ (grifo nosso)

As jurisprudências se multiplicam, quando diz respeito à exigência do cumprimento das condições mínimas, que o Estado deve, em conformidade com a LEP, fazer com que os estabelecimentos penais tenham condições humanas mínimas para recepcionarem os presos.

Não sendo assim, o preso recorre à justiça e obtém direito de cumprir pena em local mais adequado, veja decisão do STF:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DECISÃO PROFERIDA POR MAIORIA DE VOTOS EM SEDE DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. INADMISSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 207 DO STJ. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME PENITENCIÁRIO ABERTO. FALTA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONCESSÃO DE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR, EM CARÁTER EXCEPCIONAL. OMISSÃO DO ESTADO.[...]

O Superior Tribunal de Justiça, atento às condições precárias da carceragem no Brasil, vem permitindo, em caráter excepcional e à falta de estabelecimento adequado, a concessão de prisão domiciliar a condenados submetidos a regime prisional aberto. Recurso conhecido e provido. (grifo nosso)⁶⁶

Outra realidade é o cumprimento de penas por mães que se apresentam no período da amamentação, a grande maioria das celas não possui berçário, apenas 19,61% dos presídios femininos têm berçários e 16,13% dos estabelecimentos penais têm creches.⁶⁷

Este direito, violado pelo Estado, recebe defesa da Constituição Federal no art. 5º, L, “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;”⁶⁸ e também no o artigo 83, § 2º, LEP “[...]§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres

⁶⁵ MARIATH, Carlos Alberto. **Monitoramento Eletrônico de Presos: Dignidade da Pessoa Humana em Foco**. Brasília, 3 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/monitoramento-eletronico-de-presos-dignidade-da-pessoa-humana-em-foco>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

⁶⁶ STJ. **Recurso Especial nº: 194.548**. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca., DJ 29.03.1999, p. 222.. Disponível em: <[⁶⁷ JUSBRASIL. Lei que garante berçário e creches no Brasil é sancionada. **Câmara dos Deputados**. Brasília, maio 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1127716/lei-que-garante-bercarios-e-creches-em-presidios-e-sancionada>>. Acesso em 14 dez. 2009.](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=(('RESP'.clap.+ou+'RESP'. clas.)+e+@num='194548')+ou+('RESP'+adj+'194548'.suce.)>>. Acesso em: 14 dez. 2009.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2009.

serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.”⁶⁹

Fátima Pelaes lembra que, segundo dados do Ministério da Justiça, houve um aumento real da população carcerária feminina de 37,47% nos últimos quatro anos. Há, no Brasil, 58 estabelecimentos penais exclusivos para mulheres e 450 mistos. Nestes, em sua maioria, não há programas de ressocialização das detentas nem creche ou berçário.⁷⁰ (grifo nosso)

A jurisprudência tutela, à mãe condenada, o direito de amamentar, a exemplo da situação, tem se a decisão do TJSC:

TJSC - RECURSO DE AGRAVO: RECAGRAV 86294 SC 2005.008629-4
EMENTA
AGRAVO EM EXECUÇÃO - CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA DETENTA LACTANTE CUMPRINDO PENA EM REGIME FECHADO - IMPOSSIBILIDADE - NÃO PREENCHIMENTO DE PRESSUPOSTO [...] ALÉM DE POSSUIR O PRESÍDIO CONDIÇÕES ADEQUADAS À AMAMENTAÇÃO DA CRIANÇA. RECURSO PROVIDO.⁷¹ (GRIFO NOSSO)

Outra situação manifestamente presente nos estabelecimentos prisionais é o descaso do trato em relação aos presos provisórios e aos condenados primários, onde seus direitos de se manterem em celas isoladas dos demais condenados são violados.

Para uma melhor compreensão, Jeferson Moreira de Carvalho define prisão temporária:

Prisão decretada pelo juiz por um determinado tempo e sempre no início das investigações do inquérito policial. Sendo prisão em fase de inquérito policial, tem natureza cautelar e é provisória... Não tendo como pressuposto uma condenação, recorrível ou não, ela perde efeito com a chegada no *dies ad quem*.⁷²

A Lei nº 7.201/84 resguarda o direito do acusado submetido à prisão temporária manter-se isolado dos demais condenados de caráter definitivo, assim disserta o art. 84 desta lei, “O preso provisório ficará separado do condenado por

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 dez. 2009.

⁷⁰ JUSBRASIL. Audiência discute implantação de berçários e creches em presídios. **Câmara dos Deputados.** São Paulo, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2022260/audiencia-discute-implantacao-de-bercar-ios-e-creches-em-presidios>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

⁷¹ JUSBRASIL. **TJSC: Agr. 86294/SC.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5365127/recurso-de-agravo-recagrav-86294-sc-2005008629-4-tjsc>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

⁷² CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Prisão e Liberdade Provisória.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 34.

sentença transitada em julgado.”⁷³ As condições para o decreto da prisão temporária encontram-se na Lei nº 77.960, de 21 de dezembro de 1989.

O doutrinador Fernando da Costa sabe dos perigos de se decretar a prisão provisória no Brasil e posiciona:

O Juiz deve ser prudente e mesmo avaro na decretação. Há alguns perigos contra os quais deveriam premunir-se todos os juizes, ao menos os de bem: *o perigo do calo profissional*, que insensibiliza. De tanto mandar prender, há juizes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão. Fazem aquilo como ato de rotina... *o perigo da precipitação*, do açodamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erros.⁷⁴(grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça concede *habeas corpus* ao acusado por crime, na justificativa de inexistência de estabelecimento adequado para a sua manutenção, para tanto, acompanhem a decisão seguinte:

EMENTA

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÕES SEM TRÂNSITO EM JULGADO. PRESO PROVISÓRIO. INSERÇÃO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL DESTINADO A PRESOS COM CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verificando-se que das condenações proferidas em desfavor do paciente não adveio o trânsito em julgado, não é viável, portanto, a manutenção do preso provisório em estabelecimento prisional destinado a presos com condenações definitivas, ex vi do artigo 84, caput, da Lei 7210/84. 2. Ordem concedida a fim de determinar a transferência do paciente para uma instituição que se destine a presos provisórios, até que advenha o trânsito em julgado de qualquer uma das condenações.⁷⁵ (grifo nosso)

No mesmo patamar de descumprimento, pelas autoridades competentes, está à violação dos direitos do preso primário, que são colocados juntamente com os presos reincidentes, uma clara violação da Lei de Execução Penal, que escreve no art. 84, § 1º, “§ 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.”⁷⁶

Complicada é a situação de desprezo com todo o aparato prisional, as notícias estão presentes em todos os meios de comunicação.

Também é a realidade existente na cidade de Bandeirantes em Mato Grosso do Sul, observe o que foi observado pelo juízo de Dourados:

⁷³ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 15 dez. 2009.

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 23 ed. Rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.v. 3. p. 463.

⁷⁵ JUSBRASIL. **STJ: HC 138769 PE 2009/0111154-4.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5917124/habeas-corporus-hc-138769-pe-20090111154-4-stj>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

⁷⁶ BRASIL, op. cit.

[...] entre outros pontos, o preso primário não fica separado do reincidente; não é assegurado o direito de visitas íntimas; não há prestação de assistência educacional, social e religiosa, havendo assistência material, de saúde e jurídica. (grifo nosso)⁷⁷

O cumprimento de penas no regime aberto e semiaberto deverá ser em estabelecimento penal apropriado, sendo em albergue; e colônia agrícola, industrial ou similar, respectivamente, assim elenca a LEP, nos artigos 91 e 93:

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Na prática, o procedimento é outro, até mesmo porque muitos entes da federação são desprovidos destes locais, assim será demonstrado no subcapítulo seguinte.

Os tribunais vêm decidindo para decretação da concessão da prisão domiciliar ou habeas corpus, até o surgimento de vagas em albergues, é o caso julgado no TJSP “Habeas Corpus: HC 990081241994 SP”:

EMENTA

HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO VISANDO À REMOÇÃO DO PACIENTE PARA O REGIME SEMI-ABERTO OU A CONCESSÃO DE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR ATÉ SURGIMENTO DE VAGA - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE ESTRUTURA SUFICIENTE NOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS, A FIM DE GARANTIR VAGA IMEDIATA NO REGIME IMPOSTO - RECOMENDAÇÃO PARA TRANSFERÊNCIA AO REGIME SEMIABERTO, SOB PENA DE SER COLOCADO EM PRISÃO DOMICILIAR - DENEGADA A ORDEM, COM RECOMENDAÇÃO.⁷⁸ (GRIFO NOSSO)

O STJ não se exime da responsabilidade e constatando a realidade da inexistência de casa de albergado, profere a seguinte decisão:

PENA. RÉU CONDENADO AO REGIME ABERTO. INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO NA COMARCA.

Deferimento, excepcional, da casa prisão domiciliar. Se o Estado, durante anos a fio, permanece inerte e não constrói a chamada "Casa do Albergado", para o cumprimento da prisão no regime aberto, não é justo que o condenado nessa condição seja trancafiado numa prisão comum, em contato com delinquentes de toda a sorte. Impõe-se, assim, excepcionalmente, conceder-lhe a prisão domiciliar, enquanto inexistente o local apropriado.⁷⁹(grifo nosso)

⁷⁷ JUSBRASIL. Bandeirantes mantém detentos em cadeia pública desativada. **TJMS**, Mato Grosso, 18 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2009552/bandeirantes-mantem-detentos-em-cadeia-publica-desativada>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

⁷⁸ JUSBRASIL. **TJSP: HC 990081241994/SP**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2734384/habeas-corpus-hc-990081241994-sp-tjsp>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

⁷⁹ STJ. **Recurso Especial: nº 129.869/DF**. Rel. Min. Anselmo Santiago - J. em 10/02/98 - DJ, de 04/05/98, in Boletim Informativo da Juruá Editora, 193, de 11 a 20/08/98, nº 15336. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1090>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

Certamente o grande problema presente nos estabelecimentos penais é a superlotação, situação desencadeada por vários motivos, que não advém ao nosso interesse serem analisados. A Constituição resguarda no art. 5º, II, ao preso o direito de ser tratado dignamente, e não podendo ser maltratado fisicamente e nem moralmente.⁸⁰

O artigo 85 da Lei de Execução Penal também faz referências na preservação de uma lotação compatível com a dignidade humana, descreve:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.⁸¹

A falha no sistema de execução penal, quando se diz respeito ao excesso de presos na mesma cela, acarreta a soltura do condenado, esta é a tendência nas decisões jurídicas, conforme visto nas prisões temporárias, de presos primários e outras situações jurisprudenciais. Quer dizer, quando não existem vagas apropriadas para esta espécie de prisão, os tribunais sentem se pressionados a conceder ao impetrante o habeas corpus ou a prisão domiciliar, refulgindo do que impõe a lei.

As repercussões decorrentes de penitenciárias hiperlotadas podem gerar, conforme Antônio Julião da Silva:

[...] declarando que o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade (art. 84), o legislador prevê como punição, a interdição do estabelecimento a ser declarada pelo juiz encarregado da execução da pena (art. 65, inciso VIII), bem como a suspensão de qualquer ajuda financeira destinada às unidades federativas, para atender às despesas da execução das penas e medidas de segurança (art. 203, § 4º).⁸² (grifo nosso)

Então, se verifica que a lotação nos estabelecimentos pode provocar no sistema prisional consequências muito mais drásticas do que o real desprezo com a

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2009.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 15 dez. 2009.

⁸² SILVA, Antônio Julião da. Plano Nacional de Segurança Pública e o sistema penitenciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1601>> . Acesso em: 15 dez. 2009.

vida humana. Pois poderá acentuar mais ainda a problemática nas penitenciárias, quando se diz respeito à super lotação, já que os recursos destinados a solução deste problema, poderão ser suspensos.

Além do quadro visto, a superlotação é uma das causas de rebeliões, fugas, mortandade e o grande inimigo do insucesso na ressocialização dos presos.

A hiperlotação é presente na maioria dos estabelecimentos penais do Brasil, com iminente predisposição para as rebeliões, registra-se o fato quanto ao extinto Carandiru:

Uma pesquisa feita no antigo complexo penitenciário do Carandiru, mostrava que a Casa de Detenção mantinha 6.508 detentos em sete pavilhões diferentes, sendo que a capacidade era de 500 detentos. Tanta irresponsabilidade por parte dos governantes, foi que em 1992, explodiu uma grande rebelião, que terminou na morte de 111 detentos, e muitos feridos. As prisões paulistas ainda continuam a demonstrar, que as condições continuam as mesmas ou até piores. Nos últimos meses, varias rebeliões estouraram no estado. Segundo o jornal O Globo Online, a revolta dos detentos continua a ser devido a superlotação.⁸³ (grifo nosso)

Esta pesquisa não visa analisar os objetos que provocaram os desajustes no sistema de execução penal, apenas vislumbrar algumas situações presentes, vivenciadas pelo preso no Brasil.

Constatada a negligência do Estado em solucionar a problemática geral, o mesmo procura artifícios aparentemente eficientes para recobrir as suas falhas. O PLS nº 165/08 vem com a promessa de solucionar muitas dessas omissões governamentais. Sugerindo a utilização de rastreadores eletrônicos para fazer a vigilância de presos a longa distância. Certamente os efeitos serão imediatos, assim que o Estado disponibilizar toda infraestrutura para a sua aplicabilidade.

2.2 DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO

Para comprovar a real situação da falência do sistema prisional brasileiro, caberá mostrar dados de julho de 2009, fornecidos pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). Este órgão está subordinado ao Ministério da Justiça, pertencente ao executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo

⁸³ REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1299.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.⁸⁴

Os dados fornecidos serão vistos por modalidades de regimes (fechado, semiaberto e aberto), da medida de segurança e espécies de prisões (definitivas e provisórias). Sendo exposto inicialmente o do ano de 2009, e depois por uma análise estatística simples, verificará a evolução de 2004 para 2009, no sistema carcerário, em termos de números de infratores e de vagas oferecidas nos estabelecimentos penais.

A comunidade carcerária que cumpre pena privativa de liberdade no regime fechado, em conformidade com dados mais recentes, equivale ao total de 172.477, inclusos homens e mulheres de todo o Brasil.

No regime semiaberto o número de encarcerados perfaz 63.712, enquanto no regime aberto chega a 19.877 detentos.

Aqueles que cumprem a medida de segurança em ambulatórios ou hospitais de custódia equivale a 3.968 pessoas.

Dado surpreendente é que o número de presos provisórios chega a 149.514.

O total de detentos na Secretaria de Segurança Pública dos entes federativos também apresenta número significativo, perfazendo 60.259 presos.

Em suma, o número de presos em caráter definitivo e provisório, somando todos os infratores e acusados, é de 469.807, montante da tabela do DEPEN, fornecida em julho de 2009.⁸⁵

Os números acima remetem a alguns questionamentos, observem que, segundo o DEPEN, se os presos provisórios tivessem sido julgados, em tempo hábil, muitos deveriam estar soltos. Segundo o DEPEN, pelo excesso de permanência na prisão, ou certamente estariam contemplados com os benefícios do regime semiaberto, aberto ou até mesmo do livramento condicional.

E não se exclui a possibilidade que, dos presos provisórios, muitos conseguirão a absolvição. Estes questionamentos encontram justificativa nas despesas excedentes que a nação executa no sistema prisional, de forma desnecessária, caso tivesse um Poder Judiciário eficiente e suficiente para atender toda demanda.

No entanto, as vagas disponibilizadas não são suficientes para atender toda a

⁸⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução Penal. **DEPEN/INFOPEN**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/DEPEN/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

⁸⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, op. cit.

comunidade carcerária, num total existente de 299.392 vagas para atender 469.807 presos. Não estão inclusos nestes números os mandados de prisão a serem cumpridos, que giram em torno de 550.000, segundo o DEPEN.

Somando presos e mandados de prisão a cumprir, obtém o número alarmante de 1.019.807 vagas necessárias, para comportar toda a demanda de infratores. Hoje, como as vagas disponíveis são de 299.392, o sistema apresenta um déficit que totaliza 720.415 vagas.

Em 2004, possuíam 336.358 presos, com 250.036 mandados a serem cumpridos, perfazendo um total de 586.394 infratores, com 211.255 vagas disponíveis no sistema prisional, apresentando um déficit de 375.139 vagas.

A porcentagem do número de infratores de 2004 para 2009 cresceu aproximadamente 73% e o número de vagas ofertadas, passou a ser no ano de 2009 em torno de 41% maior ao do ano de 2004.

Com obediência às porcentagens obtidas do ano de 2004 em relação ao ano de 2009 (5 anos de variação), pode-se chegar a conclusão que nos anos seguintes, provavelmente, o número de infratores continuará crescendo e o número de vagas oferecidas pelo Estado não acompanhará na mesma proporção, prevalecendo um déficit cada vez mais significativo. Para o ano de 2014 estima-se um déficit superior a um milhão de vagas.

3-APLICABILIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

3.1 REPERCUSSÕES ECONÔMICAS

O uso do monitoramento eletrônico pelo apenado ou acusado acarretará reflexos, tanto na intervenção da própria conduta do usuário quanto na sociedade.

Para o Estado a aplicação deste novo recurso de vigilância eletrônica poderá, gradativamente, trazer uma relevante economia, isto porque, para se manter um preso, no sistema prisional brasileiro, hoje, perfaz uma despesa aproximada de R\$ 1.500,00.⁸⁶

No capítulo anterior foi verificado a carência de vagas nos estabelecimentos penais, em destaque, as penitenciárias, as cadeias públicas, os albergues e outros. Eles se encontram em situação de superlotação, ainda tendo que se cumprir 550.000 mandados de prisão.

É interessante se fazer uma estimativa desta economia, caso esta nova tecnologia seja incorporada no Brasil. Os presos provisórios, certamente serão os primeiros a serem beneficiados com a vigilância eletrônica.

No Brasil existe em torno de 149.000 presos nestas condições, para o Estado o dispêndio hoje é de 230 milhões de reais por mês, com a nova tecnologia se prever o custo de R\$ 600,00⁸⁷ por preso, logo as despesas chegariam apenas há 90 milhões mensais. Desta forma, a economia brasileira chegaria à cifra de 59 milhões de reais mensais, em um ano, permaneceriam nos cofres públicos em torno de 708 milhões de reais.

A economia acima calculada ficou adstrita somente aos presos provisórios, mas o uso da tornozeleira eletrônica tende a alcançar outras modalidades de prisões, em destaque o regime aberto, o semiaberto e o livramento condicional, logo o superávit seria superior a um bilhão de reais. Isto sem calcular os mandados não cumpridos, que destes muitos seriam beneficiados com o monitoramento eletrônico.

Os projetos de lei enfatizados não contemplam a suspensão penal, a

⁸⁶ SILVA, José Maria. **MONITORAMENTO ELETRÔNICO** começa a ser testado em **PRESOS. MP/ GO, GOIÁS, 5 FEV. 2009**. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=11&pageLink=1&conteudo=noticia/0149fbd5891d93e5b5e592714b497388.html>>. Acesso em: 21 dez. 2009.

⁸⁷ SILVA, op. cit.

suspensão processual, os menores apreendidos, o indulto e a medida de segurança, por exemplo. Estendendo este novo recurso de segurança para os menores infratores, a economia estadual certamente seria bem maior.

É interessante observar que o nosso país arrecada em torno de R\$ 1.000.000.000.000,00 (um trilhão de reais) ano, somente com impostos, e que a economia do monitoramento seria 0,1% deste valor, aproximadamente R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) ano, quando relacionado com as prisões provisórias.

Estes números são de grande expressão, mas as vantagens econômicas não seriam apenas relativas ao dispêndio com o preso. Se for considerado que o Brasil deixará de construir novas vagas prisionais, a economia, certamente, alcançaria valores muito mais relevantes. Sem levar em consideração a moderação das despesas que se fará com dispensa de contratação de novos funcionários, referentes à segurança pública.

Além da economia com o preso, o Estado seria contemplado com o esvaziamento dos estabelecimentos penais.

Hoje a realidade carcerária é um caos total, principalmente com a problemática da hiperlotação das celas, uma desobediência em relação aos princípios constitucionais, quanto à exigência da Lei de Execução Penal.

Diante desta realidade, cada vez mais, os presos se apoiam às leis e passam a requerer os seus direitos, que nada mais é o efetivo cumprimento da legislação. Baseado no art. 5º, V e X da CF/88:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁸⁸

Combinado com os artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, o interessado ajuíza ação em desfavor do Estado, requerendo indenizações, respaldado no que a lei expressa:

Art. 186 CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 dez. 2009.

exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁸⁹

Para o país, a mudança imediata da realidade carcerária proporcionará também economia nas questões indenizatórias. Para salientar o dito, faz-se necessário ressaltar à seguinte jurisprudência do STF, a qual concedeu ganho de causa à vítima presa, por violência física e moral, e consentiu o direito à indenização, fundada na responsabilidade objetiva do Estado, é o que consta no RE nº 466.322/STF:

Quanto ao mérito, o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Tribunal no sentido de que o Estado se responsabiliza pela integridade física do preso, devendo reparar eventuais danos. Indico, no mesmo sentido, as seguintes decisões, dentre outras: AI 343.129-AgR/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 215.981/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 382.054/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 272.839/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 466.322-AgR/MT, Rel. Min. Eros Grau.⁹⁰ (grifo nosso)

Logo que o Brasil aplicar o monitoramento eletrônico aos presos, resguardar nosso ar-se-á em dois aspectos fundamentais: o primeiro é a economia financeira e o segundo é a salvaguarda da vida do preso, explicado pelo fato das nossas prisões serem efetivamente lugares propícios à tortura e à concretização da pena de morte, seja por doenças ou atritos internos.

3.2 REPERCUSSÕES NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A nação brasileira tem por obrigação buscar sempre a preservação da integridade física e mental do cidadão, em obediência à Constituição Federal e aos Tratados e Convenções Internacionais, que se remetem aos direitos humanos.

Isto porque a Constituição Federal admite também que Leis Internacionais,

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicado no DOU de 11.1.2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 21 de dez. 2009.

⁹⁰ STF. **Recurso Extraordinário nº: 422.666**. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 31 mar. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?seq=3039793>. Acesso em: 21 dez. 2009.

quando relacionadas aos direitos humanos, ao serem ratificadas pelo país, terão força de Lei Constitucional, confirmado pelo art. 5º, §§ 2º e 3º CF/88:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁹¹

Mas em outro aspecto, a pergunta pertinente quando se refere ao monitoramento, é quanto a dúvida sobre a afronta direta aos princípios constitucionais, em evidência cita-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o da intimidade, o da presunção de inocência/não culpabilidade, o da dupla pena, o da irretroatividade da lei penal e o da reintegração social.

A expressão "princípio" é utilizada nas ciências em geral, como, por exemplo, na política, física, filosofia, entre outros, mas, sempre designando a estruturação de um sistema de idéias ou pensamentos por idéia mestra, tida como um verdadeiro alicerce.⁹²

Assim define o filósofo Miguel Reale (1986; p. 60):

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.⁹³

E completa o jurista Rothenburg (1999; p. 51):

Os princípios são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Por sua própria definição, eles reportar-se-iam a um conjunto concatenado, enquanto "mandamentos nucleares", base ou fundamento, "traves mestras jurídico-constitucionais".⁹⁴

⁹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 dez. 2009.

⁹² PRETEL, Mariana Pretel e. A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10519>>. Acesso em: 22 dez. 2009. p. 1.

⁹³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

⁹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1999.

O art. 1º, III, c/c art. 5º, III, ambos da Constituição Federal afirmam que o nosso Estado Democrático de Direito, dentre outros ditames, impõem a todos os cidadãos o respeito ao princípio da dignidade humana:

Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante,⁹⁵ (grifo nosso)

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia a proposição “todos os seres humanos nascem livres e iguais em *dignidade* e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.⁹⁶

Inclusive foi Emmanuel Kant que abordou com excelência o conceito de dignidade, com a seguinte exposição:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.

[...] toda a dignidade da humanidade consiste precisamente nessa capacidade de ser legislador universal, se bem que sob a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação.⁹⁷

Entende-se que a violação da intimidade, o tratamento desumano, e dentre outros citados no título dos direitos e garantias fundamentais, elencados na

⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez. 2009.

⁹⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 25 dez. 2009.

⁹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Constituição Federal, são espécies do princípio da dignidade humana, na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana:

[...] constitui-se em "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".⁹⁸

Alexandre de Moraes define a dignidade da pessoa humana como sendo:

[...] um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.⁹⁹ (grifo do autor).

Bem colocado por Joseane que mostra os reflexos na saída do sistema prisional pelo condenado, nas palavras de Zaffaroni:

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo, (no caso, o condenado) é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é de sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo.¹⁰⁰

Um exemplo possível da agressão ao princípio da dignidade humana seria o cidadão adentrar numa agência bancária e a porta giratória apitar, indicando que aquela pessoa é detentora de algo metalizado. Sendo ele portador do rastreador, certamente passará por um grande constrangimento.

A aplicação da vigilância eletrônica, certamente provocará, por consequência, a iminente transgressão ao princípio da intimidade, elencado no art. 5º, X, CF/88, que discorre assim:

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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 62

⁹⁹ MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 96.

¹⁰⁰ 1927 apud Zaffaroni; Joseane, 2007.

peçoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;¹⁰¹ (grifo nosso)

Celso Ribeiro Bastos mostra o sentido da reserva da intimidade, em harmonia com o inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal:

[...] oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.¹⁰²(grifo nosso)

No caso citado, percebe-se que o condenado não receberia a defesa da Constituição Federal, que lhe resguardava o direito da intimidade e mais ainda, aos cuidados do princípio da dignidade da pessoa humana.

Óbvio que o princípio da intimidade do preso é limitado, mas quando lhe é concedido alguns dos benefícios penais, tal como o livramento condicional, o princípio é muito ampliado, sendo quase pleno, com a justificativa legislativa de lhe proporcionar maiores possibilidades de ressocialização.

Na prática, o princípio da intimidade poderá facilmente ser reduzido, é o caso do mero descuido do portador, quando não conseguir esconder o equipamento, imediatamente sofrerá o preconceito social. Destarte, comprometendo-lhe a sua ressocialização. No entanto, não somente o descuido poderá expô-lo a vergonha, mas também as circunstâncias naturais, ora pelo clima do Brasil, ora pelo poder aquisitivo mínimo do preso.

O Brasil possui dimensões continentais e realidades climáticas bastante diferenciadas em todas as regiões, sendo que em algumas localidades brasileiras apresentam-se altas temperaturas, e permanência de sol na maioria dos meses, em destaque Rio de Janeiro, São Paulo, Manaus e também a maioria das cidades nordestinas.

E será principalmente no interior do nordeste, que o usuário do equipamento rastreador, terá grandes dificuldades em ocultá-lo, isto porque a região exige roupas curtas e leves, exatamente para proteger das altas temperaturas, as que podem chegar acima de 40° C.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**.. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 dez. 2009.

¹⁰² BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 63.

Sobre a prevalência do clima semiárido no interior do Nordeste, posiciona o site Wikipédia:

O clima semiárido é típico do interior do Nordeste, região conhecida como o Polígono das Secas, que corresponde a quase todo o sertão nordestino e aos vales médio e inferior do rio São Francisco. Sofre a influência da massa tropical atlântica que, ao chegar à região, já se apresenta com pouca umidade. Caracteriza-se por elevadas temperaturas (média de 27°C) e chuvas escassas (em torno de 200 mm/ano), irregulares e mal distribuídas durante o ano.¹⁰³ (grifo nosso)

Não tão somente as altas temperaturas brasileiras, bem como o poder econômico do preso serão empecilhos na ocultação do rastreador, em pesquisa realizada no sistema prisional brasileiro, constatou o DEPEN que das pessoas presas 2/3 são negros e mulatos; 89% são presos sem atividade produtiva ou trabalho fixo; 76% são analfabetos ou semianalfabetos; 95% são pobres; 85% cometem reincidência.

Segundo a FUNAP (Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel) 77,4% dos detentos, tanto masculino como feminino, ganham entre R\$ 20,00 e R\$ 80,00, dos quais 48% dos presos do sexo masculino auferem até R\$ 20,00 ao mês e 32% percebem de R\$ 21,00 a R\$ 80,00, em referências as presas, existe uma pequena melhoria na remuneração, no qual 22% ganham de R\$ 81,00 a 120,00 e 60% de R\$ 121,00 a R\$ 200,00.¹⁰⁴

Diante desta realidade, o preso brasileiro “contemplado” com o monitoramento eletrônico, certamente, trará consigo o obstáculo da ocultação do equipamento. Devido a sua ínfima remuneração, não o propiciando condições sócias e econômicas necessárias para a aquisição de trajas longos.

É do saber de todos, que além da tornozeleira ou bracelete, o usuário deverá carregar consigo a unidade portátil móvel de transmissão, que possui as dimensões de 12 cm x 7,5 cm x 4 cm, pesando 275 gramas (SAC 24)¹⁰⁵. Equipamento necessário para a receptação e transmissão de sinais entre a central e o portador, propiciando-lhe mais um problema, entre tantos outros, para escondê-lo. Visto que, ao carregá-lo no bolso de uma calça, deverá necessariamente tirá-lo ao sentar, expondo-o ao público.

¹⁰³ WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Climas no Brasil**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Climas_no_Brasil>. Acesso em: 23 dez. 2009.

¹⁰⁴ FUNAP. **Perfil do Preso no Estado de São Paulo**: Levantamento Atitudinal. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.funap.sp.gov.br/faq_censo.htm>. Acesso em: 23 dez. 2009.

¹⁰⁵ SPACECOM LTDA. **Sistema de Acompanhamento de Custódia 24 Horas - SAC24**. Disponível em: <<http://www.spacecom.com.br/?s=mon>>. Acesso em: 23 dez. 2009.

A própria Constituição Federal enfatiza-se que o preso tem os seus direitos limitados, descrito no art. 5º, XLVI, alínea e, “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]; e) suspensão ou interdição de direitos;”¹⁰⁶

A Constituição explicita que os direitos do preso são reduzidos, não extrai dele a tutela e a preservação do princípio da dignidade humana, devendo-lhe ser concedido o digno tratamento humano, além de lhe preservar o respeito ao princípio da sua intimidade, quando assim deve ser aplicável.

Todos os princípios constitucionais garantidos ao cidadão comum, deverão prevalecer para o preso, salvo exceção, pela peculiaridade da natureza de alguns que lhe são mitigados, a exemplo do princípio da liberdade e dos direitos políticos. Mas certamente, aos portadores do equipamento rastreador, deverá ser preservada a segurança, em detrimento do grande risco de sê-lo identificado pela sociedade.

Os altos índices criminológicos são muito comuns nas grandes metrópoles, por isso se for analisado a seguinte situação hipotética, mas próxima do real, em que um determinado crime acontece, e que o usuário do monitoramento eletrônico se encontra no exato momento do evento e é identificado. Poderá, mesmo sendo inocente, sofrer retaliações, ofensas, agressões físicas e até mesmo ser vítima de um eventual linchamento.

Ao contrário do que a sociedade imagina, os linchamentos são comuns, traduzido por um conjunto de atos coletivo, praticado por indivíduos enfurecidos e com sede de justiça. Como se constata a incidência nos estádios de futebol, principalmente em jogos de grande importância, onde as torcidas se digladiam entre-si ou buscam vingança contra árbitros e jogadores.

De alguma forma a sociedade procura fazer o julgamento precipitado do suspeito, e logo após, realiza-se a execução com as próprias mãos.

O Dicionário Aurélio, traz o significado da palavra linchar, como sendo a prática de fazer “justiça ou executar sumariamente, sem qualquer espécie de julgamento legal, segundo as normas instituídas por Willian Lynch nos E.U.A.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez. 2009.

¹⁰⁷ LINCHAR. Novo Dicionário Aurélio “eletrônico”. Versão 5.0. Positivo Informática: São Paulo, 2004, CD-ROM.

O site Wikipédia aprofunda na definição de linchamento, dissertando da forma descrita abaixo:

Linchagem, linchamento ou **lei de Lynch** é o assassinato de um indivíduo, geralmente por uma multidão, sem procedimento judiciário legal e em detrimento dos direitos básicos de todo cidadão.

Muitos autores atribuem a origem da palavra ao coronel Charles Lynch, que praticava o ato por volta de 1782, durante a guerra de independência dos Estados Unidos da América, ao tratar dos pró-britânicos. Entretanto, é mais seguidamente atribuída ao capitão William Lynch (1742-1820), do condado de Pittsylvania, Virgínia, que manteve um comitê para manutenção da ordem durante a revolução, por volta de 1780.¹⁰⁸(grifo do autor)

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, outros princípios serão atingidos. É o caso dos presos submetidos à liberdade provisória combinada com o uso obrigatório do rastreador eletrônico, entende-se que recai em ofensa direta ao princípio da presunção da inocência.

Quando se refere ao preso provisório brasileiro, é interessante remeter-se a presente e existente violação do princípio da presunção da inocência, quando não mais justifica a manutenção de sua prisão cautelar, em decorrência do excesso do prazo encarcerado, pois o preso não pode permanecer na prisão *ad eterno*. Exato motivo, por ter a justiça tempo estipulado para apuração das provas do processo.

Portanto, o Brasil estará cometendo a transgressão ao princípio da inocência e, além disso, desobedecerá o art. 5º, inciso LXVI, da CF/88 que expressa “LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.¹⁰⁹

Flagrantemente a nação brasileira mantém os presos provisórios, por excesso de prazo, nos estabelecimentos penais sem nenhuma justificativa plausível.

Pesquisa realizada no Pará constata que em média os presos provisórios permanecem no cárcere por 14 meses até que sua situação judicial seja definida.¹¹⁰

Nesta conjuntura, a ineficiência do Estado provoca ao preso danos irreparáveis, por sua longa permanência nos degradantes estabelecimentos penais.

Com a hipótese da real possibilidade do projeto de lei tornar-se Lei Federal, surge um novo problema, quanto ao uso do monitoramento eletrônico nos presos

¹⁰⁸ WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Definição de Linchamento**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Linchamento>>. Acesso em: 23 dez. 2009.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 dez. 2009.

¹¹⁰ MENDES, Carlos. Esquecidos pela Justiça enchem cadeias. **TJPA**, Pará, 9 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.pa.gov.br/clipping/verNoticia.do?id=120>>. Acesso em: 21 dez. 2009.

provisórios, quando contemplados com a liberdade provisória.

É o ato do Estado infligir novamente o princípio da presunção da inocência, que dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"¹¹¹

Sobre este princípio constitucional o doutrinador Florian, citado por Mirabete, posiciona:

[...] existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Por isso, a nossa Constituição Federal não 'presume' a inocência, mas declara que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.¹¹² (grifo nosso)

O Pacto de San José da Costa Rica é um exemplo de convenção internacional, ao qual o Brasil é adepto, e que reforça a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência. E menciona no seu art. 8º, I, "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".¹¹³

Caso os projetos de lei 165/07 e/ou 175/07, ambos do Senado Federal, que tratam do monitoramento eletrônico de presos, sejam sancionados. O Estado depara-se com a fácil situação de liberar o preso provisório com a obrigação de fazê-lo usar o rastreador, não atentando que estes já deveriam estar soltos, sem qualquer acessório atrelado ao teu corpo. O efeito desta prática é a afronta direta ao acusado, que tem o direito constitucional de usufruir de sua liberdade plenamente, amparada pelo princípio em questão.

Esta inquietação, quando se faz referência ao preso provisório, o qual já cumpriu prontamente os 81 dias hábeis para a prisão cautelar, e agora terá, após este período, que cumprir novamente outra pena, a pena da vigilância eletrônica. Certamente, conflitará diretamente com a Constituição Federal e as Convenções

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 dez. 2009

¹¹² MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 252.

¹¹³ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Publicado no DOU de 9.11.1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2009.

Internacionais.

Além de tudo, o Brasil não cumpre rigorosamente o princípio da razoável duração do processo, que se encontra dentro das garantias fundamentais, mostrado no inciso LXXVIII do art. 5º da CF 1988, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹¹⁴

Com a iminência condição do PLS 165/07 converter-se em lei, esta alterará também o modo da concessão do livramento condicional, desta forma, o detento passará a ser beneficiado com este instituto, se e somente se, houver o seu consentimento com uso obrigatório, caso contrário, permanecerá encarcerado.

Também ocorrerá problema quando houver a conversão dos projetos em lei (PLS nº 165/07 e/ou PLS 175/07), isto porque os encarcerados, anteriormente a estas prováveis e futuras leis, deverão requerer a proteção do judiciário, resguardando-lhes a aplicação da legislação anterior.

O direito do preso ser agraciado com o livramento condicional sem o uso de qualquer equipamento que lhe possa fazer o rastreamento eletrônico é assegurado, segundo a LEP, e mais, a concessão do livramento não deve ser condicionada à aceitação do monitoramento, é o que prevê a legislação de execuções penais (Lei nº 7.210/84).

Caso a nova lei seja aplicada no caso concreto, entender-se-á uma afronta direta ao princípio da irretroatividade da lei penal, salvo exceção para beneficiar o réu, e do princípio da dupla punição. Tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal asseguram tais princípios. É o que está previsto no art. 5º, XL, da CF/88, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”¹¹⁵ e no art. 2º, § único, do Código Penal:

Art. 2º- Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.¹¹⁶

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez. 2009.

¹¹⁵ BRASIL, op. cit.

¹¹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Publicado no DOU de 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 23 dez. 2009.

Francisco de Assis Toledo é esclarecedor, quando se posiciona em relação ao princípio da irretroatividade da lei penal:

[...] a norma de direito material mais severa só se aplica, *enquanto vigente*, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal.¹¹⁷

Para se confirmar o entendimento que não se deve aplicar a lei mais gravosa, em obediência ao princípio da irretroatividade da lei penal, abaixo se destaca a jurisprudência do STF, exemplo relacionado ao crime hediondo, quanto à progressão de regime, prevalecendo o cumprimento de 1/6 da pena em vez de se cumprir 2/5 da pena, dito pela nova Lei 11.464/07:

[...] a progressão de regime, conforme art. 2º, §2º da Lei 8.072, com a redação dada pela Lei 11.464 de 2007, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena se primário o réu. Esta última alteração legislativa não pode retroagir para alcançar o delito, em tese, cometido pelo paciente, pois o fato, segundo a sentença [...] teria ocorrido em 26.10.2006, antes, portanto, de estar em vigor legislação mais gravosa. Assim, aplicando-se a legislação anterior, o paciente poderia progredir de regime ao cumprir 1/6 da pena imposta (art. 112 da Lei de Execução Penal), ou seja, no caso em exame, já faria jus à progressão. (STF. HC 91.360 MC/SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 28/05/2007. Publicado no DJ de 04/06/07, p. 00031 – sem destaque no original.)¹¹⁸ (grifo nosso)

Logo, a lei com o inovador tipo penal, *novatio legis incriminador*, recaindo no agravamento da legislação anterior, *novatio legis in peju*, terá sua eficácia limitada apenas a partir de sua vigência, vedada a retroatividade dessas novas leis severas ao preso.

Outro princípio que poderá ser extraído do portador do rastreador eletrônico, é o princípio da reintegração social, assegurado no art.1º da Lei de Execuções Penais, que expressa: “art. 1º- A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”¹¹⁹ (grifo nosso)

¹¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

¹¹⁸ BERNARDES NETO, Napoleão. STF reconhece irretroatividade do novo requisito objetivo para progressão de regime em crimes hediondos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1546, 25 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10450>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, garantem ao preso à sua inserção na sociedade, é o que cita a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, resguarda o direito à integridade pessoal, na forma prevista pelo artigo 5º:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

§1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

§2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...]

§6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.¹²⁰ (grifo nosso)

Para Ana Miranda Rodrigues a ressocialização significa:

muito mais do que tentar *reinsere* o detento à vida social, pressupondo-se as formações intelectuais e espirituais do condenado, o despertar de sua consciência para a responsabilidade social: pela vida social, pelo convívio harmonioso, pelo não mais praticar crimes.¹²¹

A dificuldade de reintegração do condenado deverá ser principalmente decorrente da difícil ocultação do rastreador, já justificado em linhas anteriores. Porém tantas outras situações farão o portador expor o aparelho no convívio social.

Por exemplo, ao fazer exames clínicos admissionais, o médico da empresa visualizará a tornozeleira eletrônica, e assim o monitorado será identificado e associado a um criminoso, resultando-lhe na não garantia do emprego.

Outra circunstância que lhe poderá proporcionar constrangimento é no momento de praticar esportes. Na maioria das modalidades esportivas, o sujeito deverá revelar parte do seu corpo, e neste instante, o portador será facilmente rotulado e discriminado.

Passeios para o clube, juntamente com os familiares, provocará também ao portador a inibição de participar efetivamente das brincadeiras, e caso queira tomar

Acesso em: 23 dez. 2009.

¹²⁰ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Publicado no DOU de 9.11.1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2009.

¹²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

um banho de piscina, deverá estar preparado para eventualidades de toda a sorte, contra a sua pessoa e aos seus entes queridos.

Tanto são os exemplos, quanto são as consequências negativas que o monitoramento poderá provocar ao ser humano, principalmente no obstáculo que ele encontrará em se inserir na sociedade.

No entanto, verifica-se que em países adeptos ao monitoramento foi constada uma redução significativa na reincidência criminal, aos presos que submeteram voluntariamente a este benefício. Os dados do Canadá demonstram que apenas 30,4% dos presos submetidos ao programa de monitoramento eletrônico reincidiram, averiguado no relato seguinte:

Em um estudo recente de monitoramento eletrônico no Canadá, Bonta et al. (1999) constatou que 89,3% dos participantes no programa BC completado o programa com sucesso. Os autores observam que isso pode ser explicado pelo nível de risco baixo colocados pelos participantes (aproximadamente 80% dos infratores tinham um crime não-violento listado como seu delito mais grave) e pela curta duração da participação no programa (uma média de 37,3 dias). A taxa de recidiva um ano após a conclusão foi de 30,4%.¹²²

Embora a porcentagem ínfima dos reincidentes seja convidativa a induzir ao sucesso da aplicação deste recurso, não se deve antecipar o aparente bom resultado. Isto por que no país onde foi aplicado o monitoramento há uma realidade socioeconômica diversa do Brasil, e não se deve desprezar o modo no qual foi aplicado o monitoramento. Quer dizer, foi feito um rígido exame criminológico, selecionando os detentos de baixa periculosidade e mais ainda, aplicados aos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, obviamente com penas extremamente brandas.

É impressionante como o sucesso do programa se repete nos mais diversos países aplicadores do monitoramento, em destaque a Inglaterra, País de Gales, Portugal, Estados Unidos, Canadá, Argentina e outros, quando se diz a baixa reincidência e o alto poder de ressocialização proporcionado aos detentos.¹²³

No Brasil, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a reincidência é aproximadamente de 80%, e sendo superior em algumas das regiões brasileiras. Então a pergunta é inevitável: por que não aplicar o monitoramento eletrônico, já que o mesmo possibilita a aproximação do acusado ou

¹²² HOWARD, John. **Electronic Monitoring**: A Publication of the John Howard Society of Ontario. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

¹²³ HOWARD, loc.cit.

condenado ao seio familiar, possibilitando a maior integralização na sociedade e a evidente ressocialização?

E a vontade imediata do uso do monitoramento ganha espaço ao saber da precariedade e escassez de vagas no sistema penitenciário brasileiro, interpretado por muitos doutrinadores e conhecedores do assunto, a falência na execução penal. Verificado desde 1983 o posicionamento do filósofo Miguel Reale: “As nefastas conseqüências do encarceramento revelam o fracasso do Direito Penal, que ao invés de provocar, na fase da execução, a reintegração social do condenado, promove a elevação dos índices de reincidência”¹²⁴.

Batista na mesma linha de raciocínio posiciona sobre as prisões:

Os malefícios da prisão têm sido ressaltados pela doutrina com tal constância e uniformidade que se pode dizer, hoje em dia, que é praticamente unânime a conclusão de que a cadeia fracassou como meio de reforma do delinqüente. O que se apregoa, ao contrário, é sua nefasta influência na vida do preso, como verdadeira escola de criminosos, que é.¹²⁵

Não tão somente é de conhecimento dos especialistas em execução penal o descaso das autoridades governamentais, mas de toda a sociedade que anseia por uma medida plausível, que possa solucionar ou pelo menos atenuar esta grave ferida social.

3.3 REPERCUSSÕES NA SOCIEDADE

Ao decretar o uso do monitoramento eletrônico para presos, o Estado depara com a polêmica discussão da legalidade da medida, quanto a privatização, isto por que o poder de polícia, lato senso, é indelegável?

Os projetos que tramitam no Senado Federal, a exemplo do PLS 165/07, não fazem menção da responsabilidade pela fiscalização da monitoração do usuário, detentor do equipamento eletrônico, o ente público ou o ente particular.

O Estado de São Paulo, em específico, aprovou a Lei Estadual nº.: 12.906/08 e o precedente da terceirização, abrindo a licitação para empresas fornecedoras e prestadoras de serviços de monitoramento eletrônico de pessoas. O estado demonstrou que delegará parcialmente o poder de polícia, repassando para

¹²⁴ JÚNIOR, Miguel Reale. **Novos Rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

¹²⁵ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

empresas privadas o poder de fiscalizar os presos.

Certamente no âmbito nacional, o monitoramento eletrônico de detentos também necessariamente terá o apoio de empresas particulares, pelo país ser desprovido de fábricas e funcionários públicos qualificado para este fim.

Quer dizer, aplicado o monitoramento eletrônico, parte da fiscalização do preso dar-se-á por meio de empresas terceirizadas, devendo o rastreamento ser efetivado exclusivamente pela empresa privada. Isto significa que parte da atividade fim da polícia judiciária estará sendo atingida pela terceirização.

É notório que neste caso específico, o gerenciamento da administração penitenciária está isenta do questionamento, pelo Estado ser o detentor na sua totalidade. A dúvida emergente é sobre a legalidade do repasse parcial da fiscalização de presos para empresas privadas. Entendendo por se tratar de uma atividade fim e não meio.

Quando se refere aos técnicos de vigilância, a atual legislação de execuções penais, no artigo 77, §§ 1º e 2º da LEP, determina que estes possuam vocação e bons antecedentes, para explicitar melhor sobre o tema, veja o que a lei traz:

Art. 77. A escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato.

§ 1º O ingresso do pessoal penitenciário, bem como a progressão ou a ascensão funcional dependerão de cursos específicos de formação, procedendo-se à reciclagem periódica dos servidores em exercício.

§ 2º No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.¹²⁶ (grifo nosso)

No artigo citado acima, da Lei 7.210/84 não explicita diretamente se o funcionário da vigilância de presos deve ser servidor público, proporcionando ao jurista uma interpretação extensiva. De qualquer forma, a análise direcionará por meio do direito administrativo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das formas de privatização é através da terceirização, definida como “a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para o desempenho de atividades meio”¹²⁷

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicada no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 fev. 2010.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 97.

No entendimento do doutrinador Wilson Polônio a terceirização é descrita como:

O processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa, com o objetivo na liberação da empresa da realização de atividades consideradas acessórias (ou atividades meio), permitindo que a administração concentre suas energias e criatividade nas atividades essenciais.¹²⁸

A Lei de Execuções Penais, no artigo 4º descreve: “Art. 4º. O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.”¹²⁹ E ainda no art. 149, III, do mesmo dispositivo jurídico, expressa: “Caberá ao Juiz da execução: [...] III - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.[...]”¹³⁰

O presente trabalho não visa estabelecer a competência da fiscalização do presos, mas cita que o monitoramento eletrônico de presos poderá esbarrar em questões jurídicas, defendidas por doutrinadores de grande repercussões quanto na legalidade da terceirização da atividade fim da polícia.

A preocupação da terceirização na vigilância indireta dos presos recai em proporcionar para a sociedade uma segurança mais fragilizada, pois evidencia que o funcionário privado imbuído de monitorar presos poderá não ter a mesma responsabilidade que o funcionário estatal.

A afirmativa comprovante do fato, a título exemplificativo, é o caso de uma possível greve dos técnicos terceirizados responsáveis pelo monitoramento eletrônico dos presos, sendo este instituto amparado pelo respaldo legal da Constituição Federal no art. 9º, CF: “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”¹³¹

Outro possível entrave na terceirização deste serviço, é então a difícil fiscalização dos órgãos penitenciários ou judiciários constatarem que a empresa prestadora está cumprindo fielmente com os seus encargos, por apresentarem já

¹²⁸ POLÔNIO, Wilson Alves. **Terceirização: Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 97.

¹²⁹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicada no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 fev. 2010.

¹³⁰ Brasil, op. cit.

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2009.

apresentarem déficit de servidores públicos.

A fragilidade que se expõe à sociedade quando se trata do monitoramento eletrônico de presos efetivados por empresas particulares, ocupa dimensões superiores ao simples pensamento imediatista, podendo ter o alcance, até mesmo no aspecto da existência corruptivo do pessoal, responsável pela vigilância dos presos.

Agora por ser apenas especulativa a aplicação do monitoramento eletrônico, serão levantadas situações hipotéticas que mostram os perigos que a sociedade poderá sofrer quando se propõe a terceirização do sistema carcerário, no aspecto do monitoramento eletrônico de detentos.

A primeira situação está exatamente no preço da contratação, hoje se especula está em torno de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais por preso, o que equivale ao custo total da tornozeleira mais a prestação de serviço pela empresa monitorante. Quer dizer, este foi o preço inicialmente fornecido pela empresa, porém não existe nenhuma garantia para o Estado, que uma vez contratado o serviço, nas próximas renovações contratuais o preço permaneça convidativo. Ainda mais, é inimaginável o quanto de capital estará envolvido no contrato entre o Estado e o particular.

As empresas nacionais fornecedoras de equipamentos destinados ao monitoramento eletrônico de pessoas são em números ínfimos, questiona-se: por ventura que a empresa prestadora de serviços resolva aumentar demasiadamente o preço, ao argumento da inviabilidade pelo alto custo do serviço, como ficará o Estado? Terá que renovar o contrato ou fará outro processo licitatório? E se as outras empresas não conseguirem cobrir a oferta? E desta maneira, com o tempo, o monitoramento ficará superior ao custo de um preso convencional? Terá que revogar a Lei do monitoramento ou submeter ao monopólio das empresas?

A segunda situação é a importância de se verificar que uma vez aprovado o Projeto de Lei 165/07 do Senado Federal, alguns institutos penais poderão ser prejudicados, por serem concedidos somente com o uso do monitoramento eletrônico, são os casos do livramento condicional e da liberdade provisória. Desta forma, se a empresa parar de prestar o serviço de monitoramento, além de prejudicar os usuários contemplados com a tornozeleira eletrônica, atingirão também aqueles que se encontram presos, pois não poderão sair do cárcere.

As situações hipotéticas não alcançarão as reais problemáticas sobre o tema,

que somente serão respondidas na vivência real da aplicação do monitoramento eletrônico de presos, por meio da aprovação do Projeto de Lei Federal.

Outro aspecto que poderia ser abordado é quanto ao rompimento da tornozeleira pelo preso, repercutindo ao judiciário a fragilidade do equipamento, e proporcionando uma descrença da medida. Mas certamente o equipamento não objetiva ser inviolável, ele visa proporcionar ao preso o aspecto de vigilância, e que uma vez rompido, poderá proporcionar ao usuário diversos tipos de sanções, a exemplo, a perda imediata do benefício.

CONCLUSÃO

O Brasil apresenta um quadro caótico, quando a questão é o sistema prisional. Ao longo dos tempos a federação se omitiu em realizar investimentos no setor, provocando o abandono de todo o complexo penitenciário.

Embora o ordenamento jurídico, em âmbito constitucional e federal, exija condições necessárias para o recebimento do condenado e ou acusado nos estabelecimentos penais, a realidade mostra se ao contrário, apresentando cadeias hiperlotadas com escassez de funcionários na área de vigilância, prédios envelhecidos com ausência de infraestrutura básica: água e luz, dentre tantos outros.

Em países desenvolvidos, como os Estados Unidos, a comunidade carcerária também apresenta número significativo. Por consequência das super lotações dos estabelecimentos penais, o país adotou no fim da década de 80 o recurso do monitoramento eletrônico de presos. O resultado imediato foi o esvaziamento do cárcere físico, cita que em 1998 atendeu 95.000 presos por este equipamento.

A tendência do uso da vigilância eletrônica em presos ramificou-se, atingindo países diversos, a exemplo a Inglaterra, Países de Gales, Canadá, Argentina, Espanha e outros. A finalidade inicial era a diminuição da comunidade carcerária no regime fechado, por se apresentar alta, refletia negativamente na ressocialização dos presos.

É importante ressaltar que os resultados na utilização do equipamento eletrônico de presos, nos países adeptos, têm se mostrado positivamente, no âmbito da baixa de reincidentes criminais. Embora este dado seja animador, deverá sempre observar as condições da aplicabilidade do equipamento, como também, a realidade cultural diversificada de cada país.

No Brasil existe uma tendência forte quanto ao uso deste recurso, inclusive alguns estados brasileiros já aplicam o monitoramento eletrônico, atrelado ao consentimento do futuro usuário.

De forma pioneira, o estado paulistano inseriu a legislação do monitoramento eletrônico de presos pela Lei Estadual nº 12.906/08. Conforme explicitado na pesquisa, esta lei não compactua com os ditames constitucionais, por adentrar a competência concorrente da União, art. 24, I, CF/88, tornando-a inconstitucional.

Logo, qualquer lei estadual que legislar sobre o tema, será flagrantemente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

A solução de inserir normas pertinentes sobre o assunto encontra-se nos Projetos de Lei Federal, tanto no PLS 165/07, quanto no PLS 175/07, ambos do Senado Federal, mas certamente a possibilidade de aprovação de alguns destes projetos proporcionam inquietações em parte dos juristas nacionais.

Entre os pontos de rejeição do projeto estão à ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a delegação do poder de polícia a terceiros.

É importante salientar que esta pesquisa não vislumbra defender ou destruir teses, e sim, visa mostrar as repercussões da aplicabilidade do monitoramento eletrônico em presos. Mas não se exime de analisar os itens relevantes de divergência entre os doutrinadores.

Portanto, quanto ao eventual flagra do descumprimento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, quando aplicado o equipamento ao preso. Deverá ser observado que ele hoje é submetido a uma maratona de sobrevivência, isto porque as nossas prisões não oferecem as mínimas condições humanas, excetuando desta realidade uma parte mínima dos estabelecimentos prisionais.

Nas prisões nacionais, o preso poderá contrair moléstias graves, desenvolver novas habilidades para cometer crime, tornar-se mais violento, morrer, requerer indenizações do estado, isto é fato, podendo ser constatado nas folhas jornalísticas brasileiras. Por conseguinte, o preso é violado fisicamente e moralmente nas carcerárias nacionais.

Embora as condições degradantes das prisões não sejam argumentos necessários para derrubar a tese que a substituição dessas pelo monitoramento seja plausível por ainda continuar a ofender princípios constitucionais.

Não se deve afastar do conhecimento que o preso possui direitos constitucionais mitigados, é o caso, por exemplo, da limitação da sua liberdade, da intimidade e dos direitos políticos.

O questionamento surge ao aprovar os projetos que tratam do monitoramento, que sendo lei, tornará obrigado o beneficiado pelo livramento condicional, a exemplo, a usar o equipamento, surgindo daí outro problema, a questão da dupla pena, pois outrora nesta situação era inexistente.

Quer dizer, poderá a União está ofendendo a Constituição além dos tratados e convenções internacionais que versem sobre os direitos humanos, em específico ao direito de ressocialização do preso.

Foi detectado que nos países adimplentes ao monitoramento surgiram as mesmas dúvidas sobre o eventual desrespeito aos diversos princípios resguardados constitucionalmente, principalmente os que versem à pessoa humana. Mas posteriormente a incorporação do uso da vigilância nestes países, todas as colocações contrárias foram superadas, ou seja, não existem mais, majoritariamente as divergências ao abuso sobre os direitos humanos.

Outra instabilidade da aprovação dos projetos mencionados, poderá se encontrar na terceirização da atividade fim das penitenciárias, tornando assim, a lei incompatível com as nossas regras jurídicas. Contudo os especialistas posicionam que a empresa privada detentora do aparato, relativo ao monitoramento, será sempre acompanhada por técnicos do quadro de servidores públicos, afastando a suspeita da ilegalidade da lei.

Nos aspectos positivos do uso do monitoramento verifica-se o forte poder de ressocialização da medida, verificado nos países precursores. Deve-se muito ao sucesso da baixa de reincidentes, quando usado o monitoramento, ao contato intenso do preso com os seus familiares e amigos.

Quando se remete ao monitoramento, não se poderá descartar as vantagens da economia pública, justificado pela retirada das prisões de uma infinidade de infratores. Considerando que serão beneficiados imediatamente os presos do regime aberto, semiaberto e da prisão cautelar.

Sendo assim, as cadeias tornar-se-ão menos lotadas e mais compatíveis com a exigência legal, podendo o estado melhor atender o preso, afastando por consequência eventuais situações de perigo que o acusado/condenado é submetido. Logo os pedidos judiciais de indenização, por diversos fatos acontecidos no interior da prisão, serão significativamente reduzidos.

Diante da realidade peculiar que o Brasil apresenta no todo penitenciário, direciono-me favoravelmente a aplicação do monitoramento eletrônico, embora sejam percebidas algumas infringências constitucionais, as prerrogativas positivas justificam-se por si só.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT NBR 14724. **Associação Brasileira de Normas Técnicas**: informação e documentação – Trabalhos acadêmicos- Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2005.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Monitoramento Eletrônico e Liberdade Vigada De Presos. **Jusvi**, 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/42840>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 63.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 dez. 2009.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Publicado no DOU de 9.11.1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Publicado no DOU de 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 4 dez. 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código Processual Penal. Publicado no D.O.U. de 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 4 dez. 2009.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Publicada no D.O.U. de 13.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 9 dez. 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Publicada no D.O.U. de 26.7.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 11 dez. 2009.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Publicada no DOU de 11.1.2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 21 de dez. 2009.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2007.** Altera dispositivos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e do Código de Processo Penal, para dispor sobre o monitoramento eletrônico, de autoria do Sen. Aloízio Mercadante. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 175, de 2007.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para alterar as regras do regime aberto e prever o rastreamento eletrônico de condenado, de autoria do Sen. Magno Malta. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10813.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 6. ed. Ver., atual. E ampl. até a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal.** 13 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Prisão e Liberdade Provisória.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

COSTA, Nelson Nery e ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal Anotada e Explicada.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2000.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 25 dez. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Pinto. **O Estado Federal brasileiro na Constituição de 1988**. In Revista de Direito Administrativo. Jan/jun, Rio de Janeiro: Renovar, 1990. v. 179/180.

FOLHA DA REGIÃO. **Haddad defende aumento de investimentos na educação**. Araçatuba, 9 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.folhadaregiao.com.br/noticia?76322&PHPSESSID=01ca53d1627b84254b6916f6666f1a0c>>. Acesso em: 9 dez. 2009.

FUNAP. **Perfil do Preso no Estado de São Paulo: Levantamento Atitudinal**. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.funap.sp.gov.br/faq_censo.htm>. Acesso em: 23 dez. 2009.

G1. **Presos vivem em condições precárias em celas superlotadas no Espírito Santo**. Espírito Santos, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL988985-5598,00-PRESOS+VIVEM+EM+CONDICOES+PRECARIAS+EM+CELAS+SUPERLOTADAS+NO+ESPIRITO+SANTO.html>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

GRAU. Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo (estudo sobre a interpretação da Lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v. 1.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HOWARD, John. **Electronic Monitoring**: A Publication of the John Howard Society of Ontario. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

JESUS, Joseane A. S. de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a realidade do Sistema Prisional Brasileiro. **JUSVI**, 30 abr. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33136>>. Acesso em: 23 dez. 2009.

JÚNIOR, Miguel Reale. **Novos Rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JUSBRASIL. Audiência discute implantação de berçários e creches em presídios. **Câmara dos Deputados**. São Paulo, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2022260/audiencia-discute-implantacao-de-bercar-ios-e-creches-em-presidios>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

JUSBRASIL. Bandeirantes mantém detentos em cadeia pública desativada. **TJMS**, Mato Grosso, 18 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2009552/bandeirantes-mantem-detentos-em-cadeia-publica-desativada>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

JUSBRASIL. Lei que garante berçário e creches no Brasil é sancionada. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 28 maio 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1127716/lei-que-garante-bercarios-e-creches-em-presidios-e-sancionada>>. Acesso em 14 dez. 2009.

JUSBRASIL. **STF: HC 85431/SP**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_85431_SP%20_17.05.2005.pdf> Acesso em: 14 dez. 2009.

JUSBRASIL. **STJ: HC 138769 PE 2009/0111154-4**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5917124/habeas-corpus-hc-138769-pe-20090111154-4-stj>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

JUSBRASIL. **STJ: REsp 982847/PR**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_982847_PR_11.09.2008.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2009.

JUSBRASIL. **TJSC: Agr. 86294/SC**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5365127/recurso-de-agravo-recagrav-86294-sc-2005008629-4-tjsc>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

JUSBRASIL. **TJSP: HC 990081241994/SP**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2734384/habeas-corpus-hc-990081241994-sp-tjsp>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2006.

MARIATH, Carlos Alberto. **Monitoramento Eletrônico de Presos: Dignidade da Pessoa Humana em Foco**. Brasília, 3 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/monitoramento-eletronico-de-presos-dignidade-da-pessoa-humana-em-foco>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico: Liberdade Vigada**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cnppc/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BC9076872-0D4F-4CED-9BA4-5A6BB881AADA%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D>>. Acesso 5 dez. 2009.

MENDES, Carlos. Esquecidos pela Justiça enchem cadeias. **TJPA**, Pará, 9 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.pa.gov.br/clipping/verNoticia.do?id=120>>. Acesso em: 21 dez. 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução Penal. **DEPEN/INFOPEN**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/DEPEN/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1. Monitoramento. In.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 252.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, Napoleão Bernades. STF reconhece irretroatividade do novo requisito objetivo para progressão de regime em crimes hediondos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1546, 25 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10450>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

NOTAPAJOS. **Polícia - Presídios brasileiros têm 'boom' de suicídios**. São Paulo, 15 fev. 2009. Disponível em: <<http://notapajos.globo.com/lernoticias.asp?id=24449>>. Acesso em: 14 dez.2009.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO “ELETRÔNICO”. Versão 5.0. São Paulo: Positivo Informática, 2004, cd-rom.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POLÔNIO, Wilson Alves. **Terceirização: Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.

PRETEL, Mariana Pretel e. A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10519>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1299.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1999.

RULLI JR. Antônio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SÃO PAULO. **Lei n.º 12.906/08, de 14 de abril de 2008**. Esta lei estabelece normas suplementares de direito penitenciário e regula a utilização da vigilância eletrônica para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisão judicial. Publicada no DOE/SP-I 15/04/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2009.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei Estadual nº 443, de 2007**. Dispõe sobre implantação de dispositivo que permite a localização de detentos beneficiados por indulto ou liberdade condicional, de autoria do dep. Baleia Rossi. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10354.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Federalismo Regional**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

SILVA, Antônio Julião da. Plano Nacional de Segurança Pública e o sistema penitenciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1601>> . Acesso em: 15 dez. 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

SILVA, José Maria. Monitoramento eletrônico começa a ser testado em presos. **O Popular**, Goiás, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=11&pageLink=1&conteudo=noticia/0149fbd5891d93e5b5e592714b497388.html>>. Acesso em: 21 dez. 2009.

SPACECOM LTDA. **Sistema de Acompanhamento de Custódia 24 Horas - SAC24**. Disponível em: <<http://www.spacecom.com.br/?s=mon>>. Acesso em: 6 dez. 2009.

STF. **Medida Cautelar em ADI 2.667/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Noticiado no informativo 273. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo339.htm>> Acesso em: 7 dez. 2009.

STF. **Recurso Extraordinário nº: 422.666**. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 31 mar. 2009. Disponível em:
<www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?seq=3039793>. Acesso em: 21 dez. 2009.

STJ. **Recurso Especial nº: 129.869/DF**. Rel. Min. Anselmo Santiago - J. em 10/02/98 - DJ, de 04/05/98, in Boletim Informativo da Juruá Editora, 193, de 11 a 20/08/98, nº 15336. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1090>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

STJ. **Recurso Especial nº: 194.548/SP**. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 29.03.1999, p. 222. Disponível em:
<[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=\(\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='194548'\)+ou+\('RESP'+adj+'194548'.suce.\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=(('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='194548')+ou+('RESP'+adj+'194548'.suce.)>)>. Acesso em: 14 dez. 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 23 ed. Rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.v. 3.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Aututela**. Disponível em:
<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Autotutela>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Climas no Brasil**. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Climas_no_Brasil>. Acesso em: 23 dez. 2009.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Definição de Linchamento**. Disponível em:
<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Linchamento>>. Acesso em: 24 dez. 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1927. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sergio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revam, 2007, 2º edição.