

NOTA TÉCNICA N. 21/2020

Comentários sobre as propostas de Resoluções CNJ que tratam da monitoração eletrônica.

1 - Histórico

O Colégio Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, solicitou ao GNCCRIM a análise de dois Projetos de Resolução CNJ, sendo um destes sobre diretrizes para a realização de visitas sociais e para o uso de tecnologias voltadas à promoção do contato de pessoas privadas de liberdade com o mundo exterior, por meio de visitas virtuais e de atendimento profissional à distância, enquanto que o segundo projeto trata da Monitoração Eletrônica.

A demanda foi apresentada pelo Procurador-Geral de Justiça Coordenador do GNCCRIM, Dr. Antônio Sérgio Tonet, mediante encaminhamento das propostas de resolução.

Foram criadas duas comissões, uma para cada resolução. A primeira, referente à resolução sobre visitas sociais, integrada por três membros do GNCCRIM, a saber: Dr. Daniel de Oliveira Malard (CAOCRIM – MPMG), Dr. Jádel da Silva Júnior (CAOCRIM – MPSC) e Dra. Luana Azeredo Alves (CAOCRIM – MPPI). A segunda comissão, acerca da monitoração eletrônica, foi integrada por outros três membros do GNCCRIM: Dr. Rafael Moreno Rodrigues Silva Machado (CAOCRIM – MPMG), Dra. Renata Ruth Fernandes Goya Marinho (CAOCRIM – MPMS) e Dr. Rogério Sanches Cunha (CAOCRIM – MPSP).

A primeira comissão discutiu o projeto de resolução em reunião virtual realizada no dia 23/07/2020, às 18h, através da plataforma Microsoft Teams. Por sua vez, a segunda comissão se reuniu, também pela plataforma Teams, em 23/07/2020, às 17h.

A regulamentação da monitoração eletrônica como **instrumento acessório** no cumprimento das medidas privativas de liberdade é salutar.

Ocorre, no entanto, que as proposições feitas na aludida minuta merecem atenção em alguns pontos, evitando futuras alegações de inconstitucionalidade. Eis o momento para serem corrigidos.

2. Da exorbitância do Poder Regulamentar

Preliminarmente, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça, por meio de resolução, legisla em matéria de direito penal, processual penal e execução penal, criando novas formas de cumprimento de pena privativa de liberdade não previstas em lei.

Os regimes prisionais – e suas características – encontram-se previstos em lei, mais especificamente nos arts. 33 a 36, do Código Penal, e arts. 110 a 118, da Lei de Execuções Penais. É neste diploma (LEP) que o legislador disciplina as hipóteses de monitoramento eletrônico¹, quais sejam, como instrumento de fiscalização da saída

¹ Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV - determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

temporária, que por sua vez, pressupõe o condenado no regime semiaberto (art. 122 da LEP), e quando determinada a prisão domiciliar, que, por sua vez, exige que o reeducando esteja no regime aberto (art. 117 da LEP)

A lei serve de berço para anunciar as citadas opções políticas, pois está-se diante de matérias sujeitas à reserva legal e de competência privativa da União (direito penal - art. 22, I, da CF) e concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (direito penitenciário - art. 24, I, da CF).

O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, está previsto no art. 103-B, §4º, I e II, da Constituição Federal:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência**, ou recomendar providências; (Grifou-se)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

Deve-se relembrar, ainda, que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF², decidiu o Supremo Tribunal Federal que o “*Conselho detém competência para regular primariamente sobre matérias de*

² <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>

*que trata o art. 103-B, §4º, II, da CF, entendendo que a competência para zelar pelo art. 37 da Constituição, e de baixar atos para sanar condutas contrárias à legalidade, é poder-dever que traz consigo a dimensão normativa em abstrato.*³

Sendo assim, diante do texto constitucional e da interpretação já conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao mencionado texto, não pairam dúvidas de que o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça é extraído de duas circunstâncias:

- 1) Na defesa da autonomia do Poder Judiciário e no cumprimento do estatuto da magistratura, podendo expedir atos regulamentares, **no âmbito de sua competência**. (art. 103-B, §4º, I, CF)
- 2) Na hipótese de ato normativo autônomo, para zelar pelo art. 37 da Constituição Federal – Art. 103-B, §4º, II, CF, com interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 12/DF;

A regulamentação proposta na minuta em comento não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses. Isto porque não trata de matéria atinente à magistratura, mas, repise-se, de novas hipóteses de cumprimento de pena privativa de liberdade por meio de monitoração eletrônica. Com efeito, o art. 7º da minuta dispõe que:

“Art. 7º O período que a pessoa estiver submetida à monitoração eletrônica na hipótese de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, com regular cumprimento das condições impostas, será considerado como tempo de cumprimento de pena, assegurando que o período total de sua aplicação não exceda o tempo para cumprimento do requisito objetivo para a progressão ao regime aberto ou semiaberto.”

A minuta de resolução, como se percebe, transforma a monitoração eletrônica, criada para ser um mero instrumento de fiscalização,

³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio L. (coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 1439.

numa forma anômala de cumprimento de pena privativa de liberdade. Trata-se, portanto, de evidente exorbitância do poder regulamentar.

Diante da regulamentação não autorizada na Constituição Federal, não podem ser aceitos dispositivos que, na prática, insiste-se, criam novas formas de cumprimento de pena sem previsão legal.

3. Da violação à separação dos Poderes

Como já citado, a monitoração eletrônica como instrumento de fiscalização do cumprimento da pena está regulamentada no art. 146-B, da Lei de Execuções Penais:

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV - determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Observa-se que, por conta de inúmeros vetos, a monitoração eletrônica apresenta **unicamente** a característica de acessório na fiscalização da saída temporária no regime semiaberto (inciso II) e da prisão domiciliar para o reeducando que se encontra no aberto⁴ (inciso IV).

⁴ Prisão domiciliar que, segundo a Lei de Execuções Penais, é aceita apenas nas seguintes hipóteses:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

Relembrem-se as razões do veto:

“A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, **a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal.** Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.” (Grifou-se)

A inclusão do monitoramento eletrônico como forma de cumprimento de pena privativa de liberdade (e não simples acessório) foi rechaçada pelo Poder Executivo, sem qualquer rejeição pelo Parlamento (art. 66, §4º, da Constituição Federal). Trata-se, portanto, da posição adotada pelo Poder Legislativo, que detém a competência para deliberar sobre o tema.

De mais a mais, o próprio Poder Executivo foi indicado na Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, em seu artigo 3º, como o responsável pela regulamentação da implementação da monitoração eletrônica no Brasil.

A regulamentação proposta na minuta, por via oblíqua, tenta criar no mundo jurídico uma nova forma de cumprimento de pena privativa de liberdade, mas sem privação, com o mero uso do monitoramento eletrônico. **Busca-se exumar o que já foi deliberado – e rechaçada - pelos Poderes Executivo e Legislativo.**

Vejamos.

-
- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
 - II - condenado acometido de doença grave;
 - III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
 - IV - condenada gestante

4. Dos comentários aos dispositivos

a) Vedação à proteção insuficiente – arts. 4º e 7º da Minuta

Passa-se, neste tópico, à análise dos dispositivos previstos na minuta de regulamentação.

Causa evidente preocupação a monitoração eletrônica servir como substitutivo dos regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, em especial o regime fechado. De acordo com o art. 4º da proposta de regulamentação:

Art. 4º São hipóteses para a aplicação da medida de monitoração eletrônica:

I – medida cautelar diversa da prisão;

II – saída temporária no regime semiaberto;

III – saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, cumulada ou não com prisão domiciliar;

IV – prisão domiciliar de caráter cautelar;

V – prisão domiciliar substitutiva dos regimes fechado e semiaberto; e

VI – medida protetiva de urgência nos casos de violência doméstica e familiar.

§ 1º Sempre que as circunstâncias do caso permitirem, adotar-se-á medida menos gravosa que a monitoração eletrônica.

§ 2º A determinação da prisão domiciliar nos casos de medida cautelar, saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, ou de substituição desses regimes, poderá ser cumulada com a medida de monitoração eletrônica, mediante decisão fundamentada que indique a necessidade e adequação ao caso concreto, considerando o disposto no art. 9º.

Os incisos I e II já possuem previsão legal, tratando-se de mera repetição dos art. 319, IX, do Código de Processo Penal e art. 146-B, II, da Lei de Execuções Penais. O inciso IV, a despeito de não possuir previsão

legal expressa, pode ser aplicado como interpretação conjunta dos incisos V e IX do art. 319, não existindo maiores óbices.

Os incisos III e V, contudo, além de padecerem dos vícios mencionados nos itens 1 e 2 acima, violam a necessária proporcionalidade e suficiência do cumprimento da pena. A previsão de saída antecipada do regime fechado e do semiaberto ou de domiciliar nestes mesmos regimes, substituídas por monitoramento eletrônico, soa como medida desarrazoada, agravada ainda pela disposição do art. 7º, que considera este período de monitoramento como pena cumprida.

A pena, no regime fechado, deve ser cumprida em penitenciária (que não se confunde com a cadeia pública, destinada aos presos provisórios – art. 102, LEP)⁵⁻⁶, alojando-se o condenado, ao menos consoante proclama Lei de Execução Penal, em cela individual, salubre e aerada, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de área mínima de seis metros quadrados (arts. 87 e 88 da LEP)⁷.

⁵. Tratando-se de lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição, o início do cumprimento da pena deve ser em estabelecimentos penais de segurança máxima, como dispõe o art. 2º, § 8º, da Lei 12.850/13.

⁶. De acordo com a súmula nº 192 do STJ, “Compete ao Juízo das execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual”. E, tratando-se de presos condenados pela Justiça Estadual que cumpram pena em estabelecimento federal, a competência para tratar da execução é da Justiça Federal, não só por interpretação a contrario sensu da mesma súmula como também em virtude do disposto nos arts. 4, § 1º e 6º da Lei nº 11.671/08.

⁷. De acordo com o art. 84 da Lei de Execução Penal, modificado pela Lei nº 13.167/15, os presos condenados e os presos provisórios devem ser alojados em locais diversos e, além disso, no respectivo alojamento deve haver divisão específica pela espécie de crime e pelas condições pessoais do preso. Assim, os provisórios serão dispostos conforme sejam acusados (1) pela prática de crimes hediondos ou equiparados, (2) pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou (3) pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos mencionados. Os condenados, por sua vez, são divididos entre os que (1) cometeram crimes hediondos ou equiparados, (2) os reincidentes que cometeram crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, (3) os primários que cometeram crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, (4) os demais que praticaram outros crimes ou contravenções em situação diversa.

Nesse regime (mais rigoroso), o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (art. 34, *caput*, CP).

Em regra, o preso fica sujeito a trabalho durante o dia e a isolamento à noite (art. 34, §1º, CP). A labuta se realiza dentro do próprio estabelecimento prisional e de acordo com as aptidões do reeducando (sempre que possível). A lei admite, em caráter excepcional, o trabalho externo, desde que autorizado pelo juiz ou diretor do estabelecimento, a ser realizado em obras ou serviços públicos. Pressupõe, no entanto, que o condenado tenha demonstrado aptidão, bem como cumprido, pelo menos, um sexto da pena, tomando-se as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 34, §3º, CP e art. 37 da LEP).

Ora, diante das características acima, aceitar a equivalência deste regime com a simples monitoração eletrônica, além de ser violação frontal ao direito posto, é um ataque ao princípio da proporcionalidade, sob sua faceta da **vedação à proteção insuficiente**. Este princípio está cada vez mais presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, servindo, inclusive, como fundamento no controle de constitucionalidade:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível

identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (HC 104410, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012) (Excertos)

Considerando que o regime mais rigoroso, fechado, é a resposta estatal esperada para os autores de crimes graves, abrangendo os hediondos e equiparados, aceitar a sua substituição por mero monitoramento eletrônico é clara e evidente proteção insuficiente ao direito fundamental à segurança, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do nosso sistema prisional não pode ser justificativa para o total abandono da obrigação estatal de punir com o rigor necessário, em especial os crimes de maior gravidade.

b) A monitoração eletrônica, na hipótese de medida cautelar diversa da prisão

O art. 5º da proposta de resolução dispõe que:

Art. 5º A monitoração eletrônica, na hipótese de medida cautelar diversa da prisão, destina-se às pessoas acusadas por delitos aos quais a pena máxima cominada for superior a 4 (quatro) anos ou àquelas condenadas por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso art. 64, I, do Código Penal, conforme previsão do art. 10, da Resolução CNJ nº 213, de 2015.

§ 1º A medida será excepcional e substitutiva da prisão preventiva, sendo aplicada por tempo determinado, recomendando-se o prazo máximo de 90 (noventa) dias para reavaliação da necessidade de manutenção da medida por igual período, nos moldes do disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

O art. 319, IX do Código de Processo Penal, que prevê a monitoração eletrônica, dela se vale como alternativa à prisão preventiva, **leia-se, cabível quando a clausura provisória não for imprescindível.**

O art, 5º da minuta de resolução, portanto, cria uma falsa equivalência entre a prisão preventiva e a monitoração eletrônica.

Nesse ponto, devemos recordar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por meio da Resolução n. 5, de 05 de outubro de 2017, elencou uma série de princípios que devem orientar a aplicação e o acompanhamento da monitoração eletrônica. De interesse, para nosso estudo, citamos os seguintes princípios, todos ignorados pela minuta em comento,

a) princípio da reserva da lei ou legalidade, pelo qual a medida somente pode ser aplicada quando prevista na legislação;

b) princípio da subsidiariedade e intervenção penal mínima, a admitir a medida em caráter excepcional, destinadas a situações mais graves e quando não se mostre possível a adoção de alternativa menos gravosa;

c) princípio da necessidade, a permitir a adoção da medida quando considerada imprescindível e uma vez demonstrada a insuficiência de outra alternativa menos gravosa;

d) princípio da adequação social, quando cumpre avaliar se o monitoramento eletrônico estará em consonância com as condições sociais do agente, considerando-se “horários e demais elementos relativos a condições sócio- familiares e de trabalho, saúde, crença religiosa, estudo, entre outros”;

e) princípio da individualização da medida, quando se deve considerar a particularidade da pessoa antes de se impor o monitoramento;

f) princípio do menor dano, que visa minimizar os danos físicos, psicológicos e sociais causados pela utilização do equipamento.

Necessário registrar o alerta feito pelo juiz carioca Jorge Luis Le Cocq D'Oliveira em entrevista à Revista Veja (edição nº 2230, ano 44, nº 33, pág. 21). Nela, o magistrado explica que o psiquiatra inglês Anthony Daniels, que usa o pseudônimo Theodore Dalrymple e trabalhou durante quinze anos como médico em prisões britânicas, ao ser indagado sobre o que considerava acerca da adoção do monitoramento eletrônico e da fiança pela Justiça brasileira, respondeu, com conhecimento de causa:

“Pela experiência britânica, tais medidas são um desastre. Um terço de todos os crimes da Escócia, inclusive estupros e

assassinatos, é cometido por pessoas em liberdade condicional. Sou a favor desse recurso em algumas circunstâncias, como para crimes não violentos, mas para uso geral é uma tragédia. As tornozeleiras eletrônicas são uma temeridade em lugares onde a administração pública não é eficiente. Nem na Inglaterra a polícia consegue controlar os criminosos com esses equipamentos”.

c) Violação das condições de monitoração como falta grave e a inadequação do protocolo

Os artigos 11 e 12 da proposta de resolução dispõem que:

Art. 11. O juiz competente zelará para que o acompanhamento da medida por parte da Central de Monitoração Eletrônica, no âmbito do Poder Executivo, observe os procedimentos previstos na Resolução CNJ nº 213/2015 e no Protocolo anexo à presente Resolução, especialmente:

I -acompanhamento das condições especificadas na decisão judicial, sendo vedado à Central exigir condições que não constem do pronunciamento;

II - prioridade ao cumprimento, manutenção e restauração da medida conforme determinada judicialmente, inclusive em casos de incidentes, devendo o acionamento da autoridade judicial ser subsidiário e excepcional, nos termos do artigo seguinte e do Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça Protocolo anexo à presente Resolução;

III - atuação de equipes multidisciplinares, responsáveis por qualificar o tratamento de incidentes, mobilizar a rede de serviços de proteção social e colaborar no acompanhamento das medidas estabelecidas judicialmente, a partir da interação individualizada com as pessoas monitoradas;e

IV-adoção de padrões adequados de segurança, sigilo, proteção e uso dos dados das pessoas em monitoração, respeitado o tratamento dos dados em conformidade com a finalidade das coletas, nos termos do artigo seguinte.

Art. 12. O tratamento de incidentes ocorridos durante a monitoração eletrônica observará o Protocolo anexo à presente Resolução, atendo-se aos atos estritamente necessários ao cumprimento da medida imposta, a fim de promover a eficiência e celeridade da atividade jurisdicional.

§ 1º Considera-se incidente qualquer situação que interfira no cumprimento regular da medida de monitoração eletrônica, conforme as condições estabelecidas judicialmente.

§ 2º Os incidentes serão tratados de maneira gradativa, visando assegurar a manutenção da medida nos termos em que determinada judicialmente e respeitando, em todas as fases, os princípios do devido processo legal, ampla defesa, presunção de inocência e proporcionalidade.

§ 3º Esgotadas as ferramentas previstas no Protocolo visando o restabelecimento do cumprimento regular da medida, sem a solução do incidente, a Central notificará ao juízo detalhando as medidas adotadas, o qual poderá designar audiência de justificação, nos moldes do art. 3º-A do Código de Processo Penal.

§ 4º Nos casos de monitoração eletrônica aplicada em situações de violência doméstica e familiar, a Central poderá acionar preventivamente órgãos de segurança pública em incidentes específicos, observado o procedimento previsto no Protocolo.

O inciso II, do artigo 11 deve ser modificado eis que o acionamento da autoridade judicial não deve ser *subsidiário e excepcional*, mas **obrigatório e constante**.

Segundo consta do item 4, do Protocolo de Diretrizes e Procedimentos para a Monitoração Eletrônica de Pessoas, anexo à proposta de resolução em comento, os incidentes fazem parte do andamento ordinário da execução da medida de monitoração eletrônica e decorrem de dois grupos de fatores principais: conduta humana e limitação tecnológica.

Contudo, pressupor que “a *diminuta parcela dos incidentes* poderá, por sua natureza, configurar eventual descumprimento das condições estipuladas na decisão que determinou a medida de monitoração eletrônica” conforme posto no item 4.1 é demasiadamente temerário, visto que, implicitamente, considera que determinado nível de gravidade do incidente, nem deve ser levados ao conhecimento da autoridade judicial, como a recarga da bateria ou “retorno” de sinal do equipamento.

A fim de demonstrar a temeridade de se considerar genericamente, sem um estudo pormenorizado do caso concreto, a “recarga da bateria” ou “retorno de sinal”, sendo que, este último, prescinde da perda do sinal pelo equipamento de monitoração, como simples incidente administrativo, colacionam-se a seguir alguns julgados da Corte Cidadã que expõem o posicionamento majoritário de que a utilização de tornozeleira eletrônica sem bateria suficiente configura falta grave, nos termos do art. 50, VI, e 39, V, ambos da LEP, em razão do apenado, com sua conduta displicente, descumprir ordens do servidor responsável pelo monitoramento e impedir a fiscalização da execução da pena.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UTILIZAÇÃO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA SEM BATERIA. FALTA GRAVE. VIOLAÇÃO DO PERÍMETRO DE INCLUSÃO. SANÇÃO DISCIPLINAR DE REGRESSÃO DE REGIME PREVISTA NA LEP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A teor dos precedentes desta Corte, a utilização de tornozeleira eletrônica sem bateria suficiente configura falta grave, nos termos dos arts. 50, VI, e 39, V, ambos da LEP, pois o apenado, com sua conduta, descumpra as ordens do servidor responsável pela monitoração e impede a fiscalização da execução da pena. 2. Além do mais, o reeducando violou a zona de monitoramento dezoito vezes, o que também autoriza sanção disciplinar de regressão de regime, a teor do art. 146-C, parágrafo único, I, da LEP. 3. As instâncias ordinárias consideraram inacreditáveis as alegações de que os fatos se deram para execução de trabalhos, atendimento de saúde, conversas com defensor e idas ao fórum eleitoral. As justificativas não podem ser reexaminadas por este Superior Tribunal, pois trata-se de controvérsia fática, cuja resolução encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1766006/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018) (grifou-se).

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE. Prisão domiciliar com monitoração eletrônica. **Apenado que deixa de carregar bateria de tornozeleira eletrônica e se**

desvia da rota permitida. Bloqueio intencional de sinal emitido pelo equipamento. **Descumprimento do dever de inviolabilidade do equipamento.** Art. 146-c, II, da Lei de execução penal. Falta grave caracterizada. Art. 50, VI, c/c o art. 39, V, ambos da Lei de execução penal. Recurso Especial desprovido. (STJ; REsp 1.721.383; Proc. 2018/0019815-1; TO; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 28/02/2018; DJE 05/03/2018; Pág. 7622) (grifou-se).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO DECIDIDA. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. ROL TAXATIVO. TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. INOBSERVÂNCIA DO PERÍMETRO DE INCLUSÃO RASTREADO PELO MONITORAMENTO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO OBRIGATÓRIA QUE AUTORIZA SANÇÃO DISCIPLINAR MAS NÃO CONFIGURA FALTA GRAVE. RECURSO PROVIDO. 1. Não há violação dos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal se o Tribunal a quo decide todas as questões suscitadas e utiliza fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia sem incorrer em omissão, contradição ou obscuridade. 2. Resta incontroverso da doutrina e da jurisprudência que é taxativo o rol do artigo 50 da Lei de Execuções Penais, que prevê as condutas que configuram falta grave. 3. **Diversamente das hipóteses de rompimento da tornozeteira eletrônica ou de uso da tornozeteira sem bateria suficiente, em que o apenado deixa de manter o aparelho em funcionamento e resta impossível o seu monitoramento eletrônico, o que poderia até equivaler, em última análise, à própria fuga,** na hipótese de inobservância do perímetro de inclusão declarado para o período noturno detectado pelo próprio rastreamento do sistema de GPS, o apenado se mantém sob normal vigilância, não restando configurada falta grave mas, sim, descumprimento de condição obrigatória que autoriza sanção disciplinar, nos termos do artigo 146 - C, parágrafo único da Lei de Execuções Penais. 4. Recurso provido. (STJ; REsp 1.519.802; Proc. 2015/0053948-9; SP; Sexta Turma; Rel^a Min^a Maria Thereza Assis Moura; DJE 24/11/2016) (grifou-se).

Nota-se que, além dos julgados postos, em pesquisa ao acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, aferiu-se que o entendimento majoritário das Quinta e Sexta Turmas, têm sido no sentido de que o rompimento da tornozeleira, o descarregamento de bateria, a violação de perímetro e o bloqueio intencional de sinal do aparelho são circunstâncias que se equiparariam à prática de falta de natureza grave, visto que configurariam a inobservância dos deveres do sentenciado, o que, nos termos do art. 50, VI, c/c art. 39, II, da LEP, daria ensejo à incidência do art. 146-C, II, do mesmo Diploma.

Pelo exposto, os incidentes que se apresentarem, no decorrer do monitoramento eletrônico, ainda que de ordem administrativa, devem ser imediatamente, em sua integralidade, comunicados à autoridade judiciária para apreciação desta e eventuais consequências jurídicas.

Ad argumentandum tantum, o Departamento Penitenciário do Estado do Paraná – DEPEN/PR, diante da necessidade de regulamentar, dentre outras necessidades correlatas, os protocolos a serem adotados quando do descumprimento das regras estabelecidas para a monitoração eletrônica pelo apenado naquele Estado, editou a Portaria Regulamentar nº 23/2018, de 20 de novembro de 2018, , que, em seu art. 17 assim dispôs:

Art. 17. Verificada a violação de um dos deveres do monitorado, independentemente da possibilidade de configuração ou não de dolo/culpa, o fato será sempre comunicado ao juízo competente para fins das providências judiciais previstas nesta Portaria.

Quanto à classificação dos incidentes mais corriqueiros, o Protocolo de Diretrizes e Procedimentos para a Monitoração Eletrônica de Pessoas, anexo à proposta de resolução em comento, propôs a sua divisão em 4 (quatro) categorias: I – detecção de movimentação sem sinal; II – descarga de bateria; III – violação de áreas de inclusão e/ou exclusão; e IV – violação do equipamento de monitoração eletrônica, sendo que, cada bloco

se subdivide em: procedimento para as medidas de monitoração eletrônica em geral e outro para procedimentos específicos para a monitoração eletrônica nos casos de medida protetiva de urgência, nos termos da Lei Maria da Penha.

Quanto aos procedimentos a serem adotados em cada evento, o Protocolo, mesmo partindo do pressuposto que significativa parcela dos incidentes de natureza técnica do equipamento podem ser retomados em poucos minutos, dispõe que os procedimentos dispostos deverão ser repetidos nas 24 (vinte e quatro) horas subseqüentes ao evento, e, somente após 24h do evento, que deverá ser feita a comunicação ao juízo competente, chegando ao patamar de 48 (quarenta e oito) horas, em alguns casos, como o da descarga completa da bateria, o que, como já mencionado, *poderia até equivaler, em última análise, à própria fuga*. Ora, 48 horas sem monitoramento e sem comunicação à autoridade judiciária, é tempo suficiente para o cometimento de outros delitos ou, até, fuga do país, sem que haja controle e registro de localização do monitorado.

Não obstante, os procedimentos para os casos de medida protetiva de urgência não seguem a mesma regra de comunicação tardia ao juízo, como dispõem os subitens 4.3.1.2, 4.3.2.1, 4.3.3.1 e 4.3.4.1, onde foi previsto que *“o incidente deverá ser comunicado ao Juízo, com o registro detalhado das tentativas efetuadas para restabelecer a regularidade da medida. O relatório deverá incluir data, horário e identificação do operador de cada etapa do tratamento do incidente.”*

O protocolo estabelecido para tratamento de incidentes durante a monitoração eletrônica, conforme posto, pode **inviabilizar** as rotinas de atuação das centrais de monitoração eletrônica, eis que somente o registro do incidente e o envio de sinal luminoso e vibratório são feitos pelo próprio sistema, nos demais procedimentos o elemento humano deve ser disponibilizado para o acompanhamento dos monitorados, com contatos telefônicos, em intervalos temporais exíguos, inclusive.

O contato telefônico com familiares, amigos, vizinhos e conhecidos que tenham dados fornecidos à Central pela pessoa monitorada, embora seja um procedimento interessante, **não deveria ser obrigatório**, pois a pena, assim como seu cumprimento, não deve ultrapassar a pessoa do condenado, em face do princípio constitucional da intranscendência ou da pessoalidade ou mesmo personalidade da pena (artigo 5º, XLV da CF). Assim, constar no protocolo a ser adotado nos casos de ocorrência de incidentes, a exigência de contato com terceiros, como etapa para caracterização de violação, não se coaduna com a necessária eficiência e celeridade da política de monitoração eletrônica de pessoas, conforme apregoadado no próprio artigo 12 da Minuta da Resolução, sob pena de descrédito da sociedade, aumento da sensação de impunidade e elevação dos índices de criminalidade.

Trazendo mais uma vez a conjuntura paranaense, ressalta-se que, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos termos da Instrução Normativa nº 2/2019-CGJ, restou estabelecido que *“constatada a violação de **qualquer condição estabelecida, caberá a autoridade policial ou ao DEPEN comunicar imediatamente o fato ao juiz para as providências cabíveis**”*.

Assim, a comunicação de todo e qualquer incidente ocorrido durante o cumprimento da monitoração eletrônica **deve** ser comunicada ao juízo, independente de sua natureza.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no Provimento nº 151, de 26 de janeiro de 2017, com a nova redação posta pelo Provimento nº 210, de 31 de julho de 2019, em seu artigo 38 e parágrafos⁸, além de prever a comunicação imediata sobre fato que possa dar

⁸ Art. 38. A AGEPEN/MS deverá comunicar, imediatamente, ao juiz competente sobre fato que possa dar causa à revogação da medida ou modificação de suas condições. § 1º Nas hipóteses previstas no inciso I do art. 10 deste Provimento, o magistrado, na decisão judicial que autorizar a monitoração eletrônica, poderá, desde logo, ordenar o imediato recolhimento do monitorado à unidade prisional no caso de descumprimento de quaisquer das condições

causa à revogação da medida ou modificação de suas condições, assinala casos em que, desde logo, será ordenado o imediato recolhimento do monitorado, com decisão do Juízo, em 5 (cinco) dias.

Portanto, a comunicação dos incidentes deve ser feita de forma **imediate** ao Poder Judiciário, tão logo sejam constatados, ainda que solucionados, pois a análise das informações acerca de eventuais incidentes refletem a postura e o comprometimento(ou não) da pessoa beneficiada com a monitoração eletrônica, considerada *longa manus* do Juízo.

d) Dados de Monitoramento

Considerando a contumácia de diversos presos na prática criminosa, a minuta da resolução prevê a utilização, com autorização judicial, dos dados do monitoramento em inquéritos policiais e ações penais: “§ 2º O acesso aos dados, inclusive por órgãos de segurança pública, poderá ser requisitado no âmbito de inquérito policial ou processo penal no qual a pessoa monitorada devidamente identificada figure como investigada ou ré, sendo submetido à autoridade judicial, que analisará o caso concreto e decidirá sobre o pedido.”

elencadas no art. 36 e outras que forem estipuladas. (Alterado pelo Provimento n. 210, de 31.7.2019 – DJMS, de 2.8.2019.) § 2º Havendo o descumprimento das condições estipuladas e o recolhimento do monitorado à unidade prisional, nos termos do parágrafo anterior, a Unidade Mista de Monitoramento Virtual deverá comunicar imediatamente ao juiz competente, que deverá deliberar sobre as medidas cabíveis no prazo de 5 (cinco) dias. (Alterado pelo Provimento n. 210, de 31.7.2019 – DJMS, de 2.8.2019.) § 3º Nas hipóteses previstas no inciso II do art. 10 e no art. 18 deste Provimento, o descumprimento de quaisquer das condições elencadas no art. 36 e outras que forem estipuladas, implicará na imediata apresentação à autoridade policial, na delegacia de polícia, com posterior recolhimento a uma unidade prisional, por já se encontrarem em situação de custódia do Estado, com a imediata comunicação ao juiz competente, que deverá deliberar sobre as medidas cabíveis no prazo de 5 (cinco) dias. (Acrescentado pelo Provimento n. 210, de 31.7.2019 – DJMS, de 2.8.2019.) § 4º Nas hipóteses previstas no art. 22 deste Provimento, o magistrado, na decisão judicial que autorizar a monitoração eletrônica, poderá, desde logo, ordenar o imediato recolhimento do monitorado à DEAM ou similar, no caso de descumprimento de quaisquer das condições elencadas no art. 36 e outras que forem estipuladas, com a imediata comunicação ao juiz competente, que deverá deliberar sobre as medidas cabíveis no prazo de 5 (cinco) dias. (Acrescentado pelo Provimento n. 210, de 31.7.2019 – DJMS, de 2.8.2019.)

A previsão acima, contudo, não contempla a possibilidade de utilização de dados na investigação realizada em Procedimento Investigatório Criminal (PIC), no âmbito do Ministério Público. Sendo assim, importante a inclusão deste tipo de procedimento investigatório na ressalva do art. 13, §2º já mencionado.

Além disto, o §4º do mesmo artigo dispõe que:

§ 4º Os dados sobre a pessoa monitorada produzidos pelos serviços de monitoração eletrônica serão eliminados no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir:

- I - da absolvição ou rejeição da denúncia;
- II - da extinção da punibilidade; ou
- III - do cumprimento da pena.

O prazo previsto de 30 (trinta) dias é demasiadamente exíguo, uma vez que, em diversas situações, a descoberta do envolvimento do monitorado em práticas criminosas ocorrerá em prazo superior ao disposto. Outrossim, não há qualquer razão técnica para a manutenção dos referidos dados por prazo tão curto, tendo em vista não se tratar de banco de dados com arquivos demasiadamente extensos.

Não há que se falar, igualmente, em violação a qualquer direito fundamental, uma vez que o §1º do art. 13, já citado, menciona o sigilo dos dados, razão pela qual não há qualquer prejuízo para o apenado que tenha passado pelo monitoramento.

e) Limitação territorial

No Brasil, o modelo de monitoração eletrônica adotado combina soluções de *hardware* e *software*, com a implantação de um dispositivo eletrônico no corpo da pessoa que passa a ser monitorada por uma Central, cuja gestão deve ser executada pelo governo dos estados.

Diversas empresas privadas atuam no país, sendo contratadas por licitação, tais como: Spacecom, Synergy Tecnologia, U.E. Brasil Tecnologia e Geocontrol.

Dessa forma, ainda que, tecnologicamente seja possível, é recomendado que haja delimitação territorial para o uso da monitoração eletrônica, conforme a competência do Juízo e não ultrapassando os limites dos entes da federação.

Eventuais falhas técnicas em que seja necessário o comparecimento à Central de Monitoração para substituição ou troca de peças, restaria prejudicado, em face das diferentes empresas contratadas pelos estados. Também não se apresenta razoável a exigência de que o monitorado se desloque até à Central de Monitoração de outra unidade da federação.

Tais dificuldades de ordem prática e que demandam resposta ágil e célere, representam verdadeiro óbice à concessão de monitoração eletrônica de pessoas fora dos limites territoriais de competência, de forma que não seja possível a devida fiscalização.

f) Modelo de Mandado

Quanto ao modelo de mandado de monitoração eletrônica, no item 2, não se constou a possibilidade de aplicação no regime aberto, sendo que no próprio §3º do artigo 4º da Resolução, restou consignado que, observadas as circunstâncias do caso concreto, é possível a aplicação de medida de monitoração eletrônica no recolhimento domiciliar noturno, sendo amplamente utilizado nas Comarcas.

Concernente às datas de início e término da medida, recomenda-se apenas a indicação do prazo determinado judicialmente, uma

vez que a instalação do aparelho de monitoração eletrônica nem sempre ocorre no dia em que é expedido o mandado.

g) Erros de digitação

No Protocolo de Diretrizes de Procedimentos para a monitoração eletrônica de pessoas, no item 4.3.1.2, caso haja o restabelecimento do sinal de monitoração, as alíneas c e d apresentam teor extremamente semelhante, apenas constando na alínea c *‘em razão’* e na alínea d *‘em função’*. O mesmo ocorre novamente no item 4.3.3.

Já no item 4.3.4, caso haja o restabelecimento do sinal de monitoração, as alíneas seguiram ordem do item anterior, devendo ser iniciada a partir da alínea a, constando na alínea c *‘em razão’* e na alínea d *‘em função’*.

No campo de observação do modelo de mandado houve a omissão da palavra *‘deve’*, cuja redação será: “A Central de Monitoração Eletrônica não **deve** estabelecer outras condicionalidades não estabelecidas na decisão judicial.”

5 - Considerações finais

Essas são as considerações, colocando-se o GNCCRIM disponível para eventual alteração do texto apresentado.

Brasília, 26 de agosto de 2020.



Fabiano Dallazen,
Presidente do CNPG.