

PARECERES

Representação por Inconstitucionalidade. O monitoramento eletrônico dos apenados é matéria afeta à execução penal. Incompetência legislativa do Estado e conseqüente inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.530/2009.

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Representação por Inconstitucionalidade nº 0063245-34.2010.8.19.0000

Relator: Des. Luiz Felipe Haddad.

Representante: Procurador-Geral de Justiça.

Representado 1: Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Representado 2: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Representação por Inconstitucionalidade. Lei nº 5.530/2009, de iniciativa parlamentar, que “[d]ispõe sobre o monitoramento eletrônico de apenados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro”.

Rejeição das preliminares. Referência a normas da Constituição da República que consubstancia mero reforço argumentativo, em nada afetando o controle concentrado de constitucionalidade, realizado, pelo Tribunal de Justiça, à luz da Constituição Estadual. Presença do interesse processual que deflui da alegada incompetência legislativa do Estado para legislar sobre o assunto, sendo irrelevante a superveniência da Lei Federal nº 12.258/2010, que alterou a Lei de Execuções Penais para admitir o monitoramento eletrônico dos presos.

Matéria de execução penal. Invasão de competência privativa da União, expressamente vedada ao Estado do Rio de Janeiro (CE/1989, art. 72, caput). Deveres impostos aos presos, no curso do cumprimento da pena, não podem ser incluídos sob a epígrafe do direito penitenciário, que diz respeito à disciplina da administração penitenciária e aos deveres do Estado em relação ao preso. Inteligência do art. 74, I, da Constituição Estadual.

Outorga de atribuições aos órgãos do Poder Executivo. Dever dos órgãos de administração penitenciária de implementar o monitoramento eletrônico dos presos. Temática de iniciativa privativa do Chefe do Poder

Executivo. Violação à separação dos poderes. Infração aos arts. 7º e 112, § 1º, II, d, da Constituição Estadual.

Parecer pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada.

E. Órgão Especial

I

1- O Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Representação por Inconstitucionalidade contra a Lei Estadual nº 5.530, de 2 de setembro de 2009, de iniciativa parlamentar, que tem a seguinte redação:

Lei nº 5.530, de 2 de setembro de 2009.

Dispõe sobre o monitoramento eletrônico de apenados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os apenados submetidos ao cumprimento de pena nos regimes aberto e semi-aberto, quando em atividades fora do estabelecimento prisional, serão monitorados por equipamentos de rastreamento eletrônico.

Art. 2º O rastreamento eletrônico será feito por meio de bracelete, tornozeleira ou chip subcutâneo, conforme a disponibilidade do sistema prisional.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente lei.

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2009.

SERGIO CABRAL

Governador

2. Argumenta o Representante que os arts. 1º e 2º da Lei nº 5.530/2009, além de versarem sobre direito penal e processual penal, promovem o aumento da despesa pública, o que somente é possível a partir de projeto de lei de iniciativa privativa do Governador do Estado. Por tal razão, foram violados os arts. 72, *caput*; 98; 112; 113, I; e 209, III e § 6º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Acresce, ainda, que somente após a promulgação da Lei Estadual ora impugnada foi promulgada a Lei nº 12.258/2010, que, introduzindo alterações na denominada Lei de Execuções Penais, passou a admitir a "monitoração eletrônica".

Não bastasse isso, tais diplomas normativos apresentam dissonâncias quando cotejados entre si, o que denota a invasão da esfera de competência privativa da União (CR/1988, art. 22, I), já que a matéria, por não se enquadrar estritamente no âmbito do direito penitenciário, afasta-se da esfera de competência concorrente entre o Estado e a União (CR/1988, art. 24, I).

3. A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro apresentou as informações de fls. 83-95. Sustenta, em caráter preliminar, a incompetência desse E. Tribunal para aferir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a existência de alegadas violações à Constituição da República, não devendo a representação ser conhecida nesse ponto. No mérito, argumenta que a Lei nº 5.530/2009 foi editada com base na competência legislativa do Estado para legislar, em caráter suplementar, sobre direito penitenciário, tal qual disposto no art. 24, I, da Constituição da República.

4. O Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro apresentou as informações de fls. 97-110. Argumenta que o Estado, a teor do art. 24, I, da Constituição da República, possui competência concorrente com a União para legislar sobre direito penitenciário, daí decorrendo a conclusão de que a superveniência da Lei Federal nº 12.258/2010, nos termos do art. 24, § 4º, acarretou a suspensão da eficácia da lei estadual na parte contrastante. Além disso, a alegada dissonância entre a lei estadual e o congêneres federal importa em ofensa meramente reflexa à Constituição, insuscetível de ser submetida ao controle concentrado de constitucionalidade. Estaria ausente, portanto, o interesse de agir. No mérito propriamente dito, argumenta (a) com a não caracterização da competência privativa da União, já que a norma impugnada não institui novo regime de cumprimento de pena; (b) que não há qualquer violação à iniciativa privativa do Governador do Estado nas matérias indicadas na Constituição Estadual, pois delas se aparta a Lei impugnada; e (c) que não se identifica qualquer violação à integridade física e moral do preso.

5. A Associação Eduardo Banks, admitida como *amicus curiae*, apresentou a manifestação de fls. 113-120, pugnando pela procedência do pedido.

6. A liminar pleiteada foi indeferida (fls. 147-148).

7. A douta Procuradoria-Geral do Estado apresentou a manifestação de fls. 156-169, tendo corroborado a argumentação apresentada pela Chefia do Executivo e pugnado pela improcedência do pedido.

II. Das Preliminares

8. Observa-se, inicialmente, que a preliminar de incompetência desse E. Tribunal de Justiça não merece acolhida. A petição inicial aponta contrariedade aos arts. 72, *caput*; 98, *caput*; 112; 113, I; 209, III e § 6º, da Constituição Estadual,

que dispõem sobre a competência legislativa do Estado e a iniciativa privativa do Chefe do Executivo em matéria orçamentária. A referência aos arts. 22, I; 24, I e § 4º; e 25, da Constituição da República é meramente ilustrativa. Busca, apenas, realçar que a competência para legislar em matéria de execução penal, além de não consubstanciar matéria de direito penitenciário e de não ter sido atribuída ao Estado, foi expressamente outorgada à União.

9. A segunda preliminar suscitada diz respeito à ausência de interesse processual. Argumenta-se que a superveniência da Lei Federal nº 12.258/2010 teria suspenso a eficácia da legislação estadual naquilo que fosse com ela incompatível, ao que se soma a constatação de que a dissonância entre elas ensejaria, se fosse o caso, uma ofensa meramente reflexa à Constituição, daí decorrendo à conclusão de que o provimento jurisdicional almejado, além de inócuo, não poderia ser obtido pela via do controle concentrado de constitucionalidade. Nenhum dos dois argumentos merece acolhimento.

10. Em relação ao primeiro, observa-se que ele parte da premissa de que a Lei Estadual era, de fato, constitucional, daí a incidência do § 4º do art. 24 da Constituição da República, segundo a qual a consequência para a superveniência da Lei Federal é a suspensão da eficácia do congêneres estadual na parte que dela destoe. Ocorre que a presente Representação de Inconstitucionalidade parte justamente de premissa contrária, qual seja, a de que a Lei Estadual invadiu competência privativa da União, não se tratando de mero exercício de competência concorrente.

11. O segundo argumento, por sua vez, nitidamente associado ao primeiro, busca convencer que o vício ostentado pela Lei Estadual decorreria de sua incompatibilidade com a Lei Federal. Nada mais equivocado. O que a petição inicial busca demonstrar é que o Estado invadiu esfera alheia, exercendo competência que não era sua, acrescentando que o resultado dessa invasão foi a produção de lei com conteúdo distinto daquela editada pelo ente federado que detinha competência para tanto. Trata-se de mero reforço argumentativo, não consubstanciando a causa de pedir da petição inicial.

III. Do Mérito

12. No mérito, é evidente a inconstitucionalidade formal da Lei nº 5.530, de 2 de setembro de 2009, do Estado do Rio de Janeiro.

13. O primeiro vício de inconstitucionalidade que acomete a Lei Estadual diz respeito à incompetência legislativa do Estado para dispor sobre "*o monitoramento eletrônico de apenados*". Em prol dessa possibilidade, argumentam a Assembleia Legislativa, o Exmo. Sr. Governador do Estado e a douta Procuradoria-Geral do Estado que a matéria estaria enquadrada no âmbito da competência legislativa concorrente prevista no art. 24, I, da Constituição da República, norma reproduzida no art. 74, I, da Constituição Estadual. Assim, por se tratar de "direito

penitenciário”, poderia o Estado dispor livremente sobre a matéria enquanto não sobreviesse a lei federal, in casu, a Lei nº 12.258/2010.

14. Com todas as vênias possíveis, vislumbra-se um grave equívoco em relação ao que pode ser enquadrado sob a epígrafe do direito penitenciário. As expressões *execução penal* e *direito penitenciário*, não obstante a abertura semântica que ostentam, não versam sobre o mesmo objeto.

15. A execução penal, em sua expressão mais simples, diz respeito ao modo de execução da pena imposto ao fim de uma relação processual de natureza penal. Alcança toda ordem de direitos e deveres impostos ao condenado durante o cumprimento da pena. Nos incisivos termos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, “[a] Lei de Execução Penal é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros” (1ª Turma, HC nº 99.652/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. em 03/11/2009, DJ de 04/12/2009).

16. Direito penitenciário, por sua vez, é o conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre a disciplina da administração penitenciária e os deveres do Estado em relação ao preso. O condenado cumpre a pena, no modo estabelecido pelas normas de execução penal, na penitenciária, que tem sua disciplina estabelecida pelo direito penitenciário. Esse aspecto foi bem evidenciado no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 7º, INCISOS I E III, E 13, DA LEI DISTRITAL N. 3.669. ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA DO DISTRITO FEDERAL. AGENTES PENITENCIÁRIOS. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 21, INCISO XIV, E 32, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Exame da constitucionalidade do disposto nos artigos 7º, incisos I e III, e 13, da Lei distrital n. 3.669, de 13 de setembro de 2005, que versa sobre a criação da Carreira de Atividades Penitenciárias. 2. A Constituição do Brasil — artigo 144, § 4º — define incumbirem às polícias civis “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. Não menciona a atividade penitenciária, que diz com a guarda dos estabelecimentos prisionais; não atribui essa atividade específica à polícia civil. Precedente. 3. A competência para legislar sobre direito penitenciário é concorrente entre os entes da Federação, nos termos do disposto no artigo 24, inciso I, da CB/88. 4. A Lei distrital n. 3.669 cria a Carreira de Atividades Penitenciárias, nos Quadros da Administração do Distrito Federal, no âmbito da Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania do Distrito Federal. Não há inconstitucionalidade na criação, por lei distrital, de carreira vinculada ao Governo do Distrito Federal. 5. O Poder Legislativo distrital foi exercido no âmbito da parcela da competência concorrente

para dispor sobre direito penitenciário. 6. Pedido julgado improcedente no que toca ao artigo 7º, incisos I e III, e procedente no que respeita ao artigo 13, caput e parágrafo único, da Lei distrital n. 3.669/05, vencidos o Ministro Relator e o Ministro Marco Aurélio quanto ao último preceito” (STF, Pleno, ADI nº 3.916/DF, rel. Min. Eros Grau, j. em 03/02/2010, DJ de 14/05/2010).

17. Afirmar que o condenado, ao receber o equipamento de monitoração eletrônica e deixar a penitenciária, encontra-se regido pelo direito penitenciário, é simplesmente o cúmulo do inusitado. Afinal, não lhe cabe incursionar, como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, na seara dos deveres dos presos em relação ao modo de cumprimento da pena.

18. O Estado do Rio de Janeiro, a teor do art. 72, *caput*, de sua Constituição, “*exerce todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição da República*”, preceito que há de ser interpretado de modo integrado com o art. 22, I, que outorgou à União competência privativa para legislar sobre direito processual, o que inclui a execução penal. Acresça-se que o Estado, a teor do art. 74, I, da Constituição Estadual, somente possui competência concorrente com a União em matéria de direito penitenciário, não podendo legislar sobre execução penal.

19. Não se ignora, é certo, que a edição da Lei nº 5.530/2009 foi cercada de ótimas intenções, mas isso permite seja simplesmente desconsiderada a nossa divisão constitucional de competências? Ou, para “salvá-la”, seria possível afirmar que a matéria se enquadra na seara do direito penitenciário? Algo parecido com a tese de que macacos, por estarem sobre as árvores, também são frutas! As respostas, à evidência, devem ser negativas.

20. Não bastasse o vício de incompetência, a Lei nº 5.530/2009 ainda ostenta um segundo vício formal. Trata-se de infração à iniciativa privativa do Chefe do Executivo para apresentar projetos de lei que influam nas atribuições dos seus órgãos.

21. O art. 1º da Lei nº 5.530/2009, ao dispor que certos presos seriam monitorados por equipamentos de rastreamento eletrônico impôs, de modo correlato, uma obrigação aos agentes vinculados à Secretaria de Administração Penitenciária. O mesmo ocorre em relação ao seu art. 2º, que indica os equipamentos a serem utilizados para o monitoramento dos presos e, ao final, conclui que isso se dará “*conforme a disponibilidade do sistema prisional*”.

22. Na medida em que a administração penitenciária é exercida pelo Poder Executivo, por intermédio da Secretaria de Estado competente, afigura-se evidente que o modo de exercício de suas atribuições foi alcançado pela Lei ora impugnada, afrontando, assim, o art. 112, § 1º, II, d, da Constituição Estadual, que insere a matéria dentre aquelas de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Esse caráter privativo, aliás, permeia todo o sistema, principiando pela deflagração do processo legislativo e se estendendo ao exercício do poder regulamentar (CE/1989, art. 145).

23. Considerando que a lei impugnada foi deflagrada a partir de processo legislativo iniciado por Deputada Estadual, adentrando, com isso, em seara privativa do Executivo, foi igualmente afrontada a harmonia e a independência entre os poderes, consagradas no art. 7º da Constituição Estadual.

24. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se pronunciou sobre a inconstitucionalidade em situações similares à presente, nas quais foram outorgadas atribuições aos órgãos do Poder Executivo, *verbis*:

“Representação por Inconstitucionalidade. Lei nº. 4.643/2007 do Município do Rio de Janeiro. Dispõe sobre o procedimento de triagem de pacientes em unidades de saúde de atendimento de urgência e emergência. Vício de iniciativa. Ato de natureza, nitidamente, administrativo. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre criação, estruturação, atribuições, organização e o funcionamento da administração. Reserva legal. Infração ao princípio constitucional da separação e equilíbrio dos poderes. Inconstitucionalidade reconhecida “in totum” (Órgão Especial, RI nº 2008.007.00053, rel. Des. Marcus Faver, j. em 27/04/2009).

“Representação por inconstitucionalidade. Lei nº 4.479/07 do Município do Rio de Janeiro. Vício de iniciativa. Violação à Constituição Estadual. Inconstitucionalidade formal. Lei Municipal, de iniciativa parlamentar, que instituiu no âmbito do Município do Rio de Janeiro, o Programa de prevenção das doenças cardiovasculares na infância e adolescência na rede pública de saúde e de educação. Violação ao Princípio da Separação de Poderes, diante da indevida ingerência do Legislativo na Administração Municipal, ao instituir, sem prévia iniciativa de lei do chefe do executivo municipal, programas de prevenção a doenças cardiovasculares, estabelecendo deveres às Secretarias Municipais de Saúde e Educação, inclusive para a disponibilização de recursos materiais e humanos necessários à consecução do programa. Procedência da representação, por violação das normas dos artigos 7º. e 112, § 1º., II, d da Constituição Estadual” (Órgão Especial, RI nº 0019808, rel. Des. Mario Robert Manheimer, j. em 17/03/2008).

“REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI Nº 4.609/2009 DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA, QUE VERSA SOBRE MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS, INSERIDA NO ROL DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL, CONFORME ARTIGOS 112, §1º, II, ALÍNEA ‘D’, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO, E 61, II, ‘D’ DA CRFB/88. DETERMINAÇÃO DA REALIZAÇÃO GRATUITA DE EXAMES SANGUÍNEOS DE PSA PARA HOMENS COM IDADE IGUAL OU SUPERIOR A 45 ANOS, COM ESTABELECIMENTO DE DIVERSAS PROVIDÊNCIAS PARA A SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, COM EVIDENCIADO AUMENTO DE DESPESAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, PREVISTO NOS ARTIGOS 2º DA

CRFB/88 E 7º DA CARTA ESTADUAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE IMPÕE EM RAZÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL, QUE INVADIU ESFERA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA ATRIBUÍDA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO CORRESPONDENTE, NA ESPÉCIE, O PREFEITO DO MUNICÍPIO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL, COM EFEITOS EX TUNC, A LEI NELA IMPUGNADA.” (Órgão Especial, RI nº 0026263-21.2010.8.19.0000, rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, j. em 20/06/2011).

25. Releva notar que os arts. 3º e 4º da Lei nº 5.530/2009, embora não ostentem qualquer vício aparente de inconstitucionalidade quando concebidos em sua individualidade, devem ter a mesma sorte dos arts. 1º e 2º, pois estão a eles interligados, tendo o fim precípua de operacionalizá-los. Opera-se, nesse particular, a inconstitucionalidade por arrastamento. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “[a] declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da lei atacada implica seu esvaziamento. A declaração de inconstitucionalidade dos seus demais preceitos dá-se por arrastamento” (Pleno, ADI nº 1.144/RS, rel. Min. Eros Grau, j. em 16/08/2006, DJ de 08/09/2006).

26. Por fim, não deve passar despercebido, como também afirmou o Supremo Tribunal Federal, que “[a] cognição do Tribunal em sede de ação direta de inconstitucionalidade é ampla. O Plenário não fica adstrito aos fundamentos e dispositivos constitucionais trazidos na petição inicial, realizando o cotejo da norma impugnada com todo o texto constitucional. Não há falar, portanto, em argumentos não analisados pelo Plenário desta Corte, que, no citado julgamento, esgotou a questão” (1ª Turma, AI-AgR-ED-ED nº 413.210/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 24/11/2004, DJ de 10/12/2004).

IV

27. Pelas razões expostas, o parecer é no sentido de que seja julgado procedente o pedido e, em consequência, declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 5.530, de 2 de setembro de 2009, do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2011.

Emerson Garcia

Promotor de Justiça

Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

