

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO “STRICTO SENSU”
EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JULIANA MOREIRA MENDONÇA

ALTERNATIVAS PENAIS E NOVAS TECNOLOGIAS: DO SISTEMA DE VIGILÂNCIA
INDIRETA SOB UMA PERSPECTIVA HUMANISTA

2013

JULIANA MOREIRA MENDONÇA

ALTERNATIVAS PENAIS E NOVAS TECNOLOGIAS: DO SISTEMA DE VIGILÂNCIA
INDIRETA SOB UMA PERSPECTIVA HUMANISTA

Apresentação de dissertação como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Orientador: **Professor Dr. Daniel Raizman**

Niterói/RJ

2013

MENDONÇA, Juliana Moreira.

Alternativas Penais e Novas Tecnologias: Do sistema de Vigilância Indireta sob uma perspectiva humanista/ Juliana Moreira Mendonça, UFF/ Faculdade de Direito- Niterói, 2013 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)- Universidade Federal Fluminense, 2013.

1. Monitoramento Eletrônico 2. Direitos e Garantias Fundamentais 3. Realidade Carcerária Fluminense

JULIANA MOREIRA MENDONÇA

**ALTERNATIVAS PENAIS E NOVAS TECNOLOGIAS: DO SISTEMA DE VIGILÂNCIA
INDIRETA SOB UMA PERSPECTIVA HUMANISTA**

Dissertação a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense- PPGDC/UFF, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovada em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Professor Dr. Daniel Raizman
Universidade Federal Fluminense

Professor Dr. Rodrigo de Souza Costa
Universidade Federal Fluminense

Professor Dr. Carlos Eduardo Japiassú
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Niterói/RJ

2013

À minha mãe Rosangela, meu pai Marcos (in memoriam) e meus irmãos Bernardo e Guilherme, que me fortalecem e incentivam a trilhar o caminho do bem, buscando na educação a fonte das maiores virtudes.

AGRADECIMENTOS

Muitas são as pessoas que tenho a agradecer pelo cumprimento desta importante jornada. Sem elas, esta vitória não teria o mesmo sabor e quiçá tivesse se concretizado. Agradeço à minha família, que sempre apoiou e acreditou na realização dos meus sonhos e conquistas. Agradecimentos especiais ao meu irmão Bernardo e à amiga Pilar Guimarães, que me trouxeram de volta às salas de aula, incentivando-me a participar do processo seletivo. Inegável, também, a influência positiva de Bruno Siqueira Mietto, meu amor, que resgatou meu interesse pela carreira acadêmica, servindo de exemplo para a conclusão desta caminhada. Lembro, ainda, dos queridos amigos construídos ao longo destes dois anos de estudo e convivência, com destaque para Taísa Bittencourt Leal, Jeane Moreira e Renata Barbosa, pelos textos compartilhados, pelas palavras de ânimo e pela ajuda incondicional em todas as etapas perpassadas. Agradeço também ao corpo docente do curso, em especial ao meu orientador Daniel Raizman e ao Professor Rodrigo Costa, pelo apoio, dedicação e ensinamentos deixados. Acrescento, ainda, a funcionária Ana Paula Arantes, pela forma carinhosa com que acolheu os mestrandos da Primeira Turma. Por fim, meus sinceros agradecimentos aos colegas de trabalho e amigos Henrique Guelber e Eduardo Newton, pelos livros emprestados, pela compreensão e por me ajudarem a conciliar o exercício da minha profissão com o sonho da formação acadêmica.

RESUMO

O estudo dedicou-se a analisar, sob a ótica dos direitos humanos, o instituto do monitoramento eletrônico de pessoas submetidas à custódia forçada do Estado. Preliminarmente, foi necessário contextualizar o papel do direito penal na nova ordem constitucional, demonstrando-se a importância de seu engajamento com os valores e fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em seguida, foram analisados os princípios de direito penal que tangenciam o objeto do presente trabalho. Além da análise constitucional, discorreu-se a respeito dos principais instrumentos garantidores dos direitos humanos dos presos, para, em seguida, confrontá-los com o sistema carcerário brasileiro, em especial do Estado do Rio de Janeiro. Constatada a incompatibilidade do atual sistema punitivo com os valores insculpidos na Constituição, ingressa-se na esfera das políticas penais alternativas, que ganhou força com a elaboração, pelas Nações Unidas, das Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade. Dentro desta política alternativa se insere o sistema de monitoramento eletrônico de apenados ou investigados, que passa a ser objeto de análise específica, através da apresentação de seu histórico, finalidades e sistemas. Em ato contínuo, analisa-se a compatibilidade jurídico-constitucional do instituto, bem como a sua regulamentação pelo ordenamento jurídico pátrio. Ao final, apresenta-se as críticas, repercussões e dificuldades práticas de implementação.

Palavras-chave: Monitoramento Eletrônico. Direitos Humanos. Realidade Carcerária Brasileira. Alternativas Penais.

ABSTRACT

The study was dedicated to analyze, from the perspective of human rights, the institution of electronic monitoring of offenders. Preliminarily, it was necessary to contextualize the role of criminal law in the new constitutional order, demonstrating the importance of their commitment to the values and foundations of a democratic state. After that, the work exposes the principles of criminal law related to the object of this work. Besides the constitutional analysis, was introduced the main instruments that guarantees the human rights of prisoners, that was confronted with the Brazilian prison system, in particular the one working on the State of Rio de Janeiro. Evidenced the incompatibility of the current punitive system with the Constitutional values, is started a discussion about management of criminal justice, specifically in the treatment of offenders, which gained momentum with the development of the United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures. On this alternative policy is inserted the system of electronic monitoring, specific object of this work, which is presented through the analysis of its history, objectives and systems. In the last act, the legal and constitutional compatibility of the institute is discussed, as well as its regulation by the Brazilian legal system, for in the end, present the critical implications and practical difficulties in implementing of the institute.

Keyword: Electronic Monitoring. Human Rights. Brazilian Prison System. Alternatives to imprisonment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I- TEORIA CONSTITUCIONAL DA SANÇÃO PENAL	
1 O Direito Penal na Nova Ordem constitucional.....	13
2 Princípio da Humanidade das Sanções	20
3 Princípio da Intervenção Mínima.....	23
4 Princípio da necessidade, proporcionalidade e suficiência das sanções penais: O problema dos fins das penas.....	25
5 Sistemas de Proteção da Pessoa Privada de Liberdade.....	30
6 A realidade carcerária do Estado do Rio de Janeiro e sua compatibilidade com os princípios constitucionais e internacionais sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade.....	36
7 Universalismo e Direitos Humanos: para quem?	44
CAPITULO II- DO SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRONICO DE APENADOS COMO DECORRÊNCIA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA À PRISÃO	
1 Sistema Penal Alternativo Brasileiro.....	49
2. Da Vigilância Indireta como instrumento de Política Criminal Alternativa	
2.1 Histórico	54
2.2 Natureza Jurídica, finalidades e sistemas.....	56
2.3 O vigilantismo do passado e do presente: Do <i>Big Brother</i> de George Orwell ao Realismo de Machado de Assis... ..	59
CAPITULO III- EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	
1. Das propostas legislativas.....	63
2. Compatibilidade jurídico-constitucional	
2.1. Possível colisão de princípios fundamentais: Da Ponderação de Interesses e suas técnicas.....	67
2.2. Dos limites à liberdade vigiada como garantia da conservação do núcleo mínimo essencial dos direitos da personalidade dos monitorados.....	73
3. Da lei 12.258/10: Aplicação do Monitoramento Eletrônico como medida fiscalizatória do cumprimento das penas	

3.1. Possibilidades de Concessão da Vigilância Indireta na Execução Penal.....	77
3.2. Da prisão albergue domiciliar com monitoração eletrônica: Fim do Regime Aberto?.....	80
3.3- Da necessidade do consentimento do apenado para concessão da prisão albergue domiciliar monitorada.....	85
4. Da lei 12.418/11: Previsão do Monitoramento Eletrônico como medida assecuratória do cumprimento da sanção penal.....	88
5. Dificuldades Práticas para a Efetividade do Monitoramento Eletrônico na Realidade Brasileira.....	91
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	95
REFERÊNCIAS.....	98

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade são assegurados por importantes instrumentos internacionais, tendo sido incorporados pela legislação brasileira a partir da Carta Constitucional de 1988, quando se tornaram direitos fundamentais e impassíveis de reforma, mesmo por emenda constitucional.

Não obstante esta ampla gama de instrumentos e diplomas garantidores dos direitos humanos dos presos, fato é que a experiência brasileira sempre destoou de seus objetivos declarados, sendo certo que nunca houve empenho para implementação de políticas públicas humanizantes ou aprimoramento da estrutura penitenciária estatal.

Em face do Pacto Federativo, todos os poderes da Nação são responsáveis pelo sistema carcerário, uma vez que a União Federal e os Estados legislam, julgam e administram a gestão dos encarcerados, possuindo estrutura jurídica, financeira e política para proporcionar aos presos o tratamento estabelecido e determinado em lei.

Não obstante, os indicadores disponíveis a respeito da vida carcerária no Brasil demonstram de forma incontestante que o sistema penitenciário brasileiro é desumano, ineficiente e inadequado para atingir os objetivos da pena.

Diante deste quadro caótico, questiona-se se o tradicional sistema punitivo brasileiro (que tem na pena privativa de liberdade sua sanção por excelência), demonstra-se eficaz para concretização dos princípios fundantes do direito penal (estampados na Carta Constitucional e em diversos Tratados Internacionais sobre direitos humanos), bem como para atingir as finalidades das penas, em especial a prevenção especial positiva.

Nas últimas décadas, os debates a respeito do controle do crime se dividem entre discursos criminalizantes, calcados na segregação punitiva e na função simbólica da pena privativa de liberdade e, em sentido oposto, na busca de soluções alternativas, voltadas para as causas estruturais do fenômeno e buscando a disseminação de práticas ligadas à prevenção e vigilância, chamadas por Garland de “criminologia da vida cotidiana”.

Segundo o autor, “policiamento comunitário, painéis de prevenção do crime, programas de *Safer Cities*, prevenção do crime por intermédio de projetos de *Environmental*

Design, vigilância nos bairros, serviços municipais de gerenciamento- todas estas atividades superpostas e inter-relacionadas se combinam para produzir o preâmbulo de um novo sistema de controle do crime que se vale das novas criminologias da vida diária para guiar suas ações e moldar suas técnicas.”¹

Neste panorama, novas técnicas de vigilância e controle do delito ganham espaço, destacando-se, dentre elas, o sistema de monitoramento eletrônico que, além de servir como uma resposta às demandas públicas de expansão do controle de condutas sociais, pode contribuir para a reformulação do tradicional sistema punitivo, com a ampliação das possibilidades de decretação de medidas ou penas alternativas à prisão.

Nos dizeres de Tourinho Neto: “Num mundo altamente tecnológico, no qual a velocidade da informação avança *na luz do tempo real*, não se pode mais pensar em prisão em termos de masmorras e grades. As grades deverão ser *virtuais*.”²

A recente implementação deste instituto instiga o debate, eis que proporciona uma reconfiguração do sistema penal clássico, trazendo à baila discussões a respeito de sua compatibilidade com direitos e garantias constitucionais, limites à sua intervenção, expansão e descentralização do exercício do poder punitivo e política criminal alternativa

Na *práxis* forense, a regulamentação deste sistema aflorou esperança naqueles que cumprem pena em unidades de privação de liberdade, considerando o seu potencial descarcerizante, além de trazer importantes repercussões em matéria de execução penal, reavivando discussões referentes à reestruturação do sistema progressivo, em especial do regime aberto de cumprimento de pena.

Seguindo esta análise, o presente trabalho pretende discorrer a respeito do sistema penitenciário brasileiro, em especial do Estado do Rio de Janeiro, sob a perspectiva dos direitos humanos, questionando sua eficiência no tocante à realização dos postulados intrínsecos a um Estado Democrático de Direito, preocupado em conferir dignidade e cidadania aos seus tutelados.

¹ GARLAND, David. **A cultura do controle: Crime e ordem na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 63.

² Neto, Tourinho. Prisão Virtual. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21 n. 9, set. 2009

Neste contexto, apresenta-se o sistema de monitoramento eletrônico como uma ferramenta contemporânea de controle e fiscalização do cumprimento das penas que, utilizada como substitutivo ao cárcere, pode representar importante instrumento de política criminal alternativa, desafogando o sistema penitenciário, reduzindo custos e favorecendo o convívio e reinserção social dos apenados ou investigados.

Para tanto, far-se-á breves apontamentos a respeito da origem histórica do instituto, bem como sua natureza jurídica e finalidades para, em seguida, questionar se as finalidades declaradas se compatibilizam com a destinação conferida ao instituto, bem como se a aplicação desta medida está alinhada com a vertente do direito penal mínimo, através do respeito ao núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais dos monitorados.

Em última análise, discorrer-se-á a respeito da implementação do sistema de monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do advento da lei 12.258/10, destacando suas principais repercussões no âmbito da execução da pena, com enfoque na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em seguida, será analisada a aplicação do monitoramento eletrônico como medida cautelar processual, após o advento da lei 12.403/11, que introduziu o monitoramento eletrônico no rol de medidas cautelares a serem aplicadas pelo juiz durante o curso do processo criminal, no intuito de evitar ou diminuir o número de prisões preventivas.

Por fim, serão apontadas as principais dificuldades encontradas para a efetivação prática do monitoramento eletrônico no Estado do Rio de Janeiro propondo-se soluções e alternativas para superar estas barreiras e concretizar o viés democrático e humanizante do instituto.

CAPITULO I- TEORIA CONSTITUCIONAL DA SANÇÃO PENAL

1. O Direito Penal na nova ordem Constitucional:

O Direito Penal e o Direito Constitucional compartilham uma relação axiológico-normativa, podendo-se afirmar que o elo deste vínculo deriva, primariamente, da supremacia da Constituição, paradigma sob o qual se subordina todo o restante do ordenamento jurídico e que configura o traço marcante da interpretação constitucional.

Esta superioridade normativa foi idealizada por Hans Kelsen que, em sua conhecida teoria pura do direito, construiu o ordenamento jurídico através de uma estrutura escalonada de normas em cujo vértice se encontra a norma fundamental:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.³

Neste sentido, a compreensão da Constituição como lei fundamental implica o reconhecimento da sua supremacia na ordem jurídica, bem como a existência de mecanismos suficientes para garanti-la juridicamente contra antinomias e violações.

Na lição de Antônio Enrique Pérez Luño:

Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade.⁴

Sendo a Constituição a expressão dos princípios fundamentais que inspiram o ordenamento jurídico, nela se encontra inserida a concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente. Consequentemente, as normas constitucionais não devem ser interpretadas apenas como limites dirigidos ao legislador ordinário, mas sim como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional.

Neste caminho, infere-se que as leis penais, devendo ser interpretadas segundo a lei que lhe é hierarquicamente superior, precisam ser compatibilizadas, não só com os concretos preceitos dela, mas com a ideia de direito que abriga o seu texto.

Zaffaroni, ao tratar da interdisciplinariedade construtiva entre o saber penal e o direito constitucional, assim leciona:⁵

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246

⁴ Cf. Antônio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 288-289.

⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro - Vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2006, p. 319

A Constituição é uma lei mais rígida, preservada das decisões das maiorias conjunturais da legislatura ordinária geradora das leis penais comuns, razão porque estas devem estar sempre submetidas àquela e, por conseguinte, o interprete das leis penais deve entendê-las no âmbito constitucional. Ou seja, o saber penal deve estar sempre sujeito ao que o saber do direito constitucional informar.

Além da hierarquia da Constituição, o princípio interpretativo da força normativa também contribuiu para a aferição de maior concretude aos postulados constitucionais, modificando a concepção vigente na Europa até meados do século XX, no qual a Constituição era vista como um documento político, cuja concretização ficava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador.

Adotava-se, na época, a tese fundamental de Ferdinand La Salle que, em conferência sobre a essência da Constituição, realizada na Associação Liberal Progressista de Berlim, afirmou que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim políticas, por expressarem as relações de poder dominantes naquele país. Neste sentido, estes fatores reais de poder formariam a Constituição Real do país e a Constituição Jurídica não passaria de uma folha de papel, cuja capacidade de regular e motivar estaria limitada à sua compatibilidade com a Constituição real.

Konrad Hesse, em sua obra “a Força Normativa da Constituição”, desconstruiu a tese fundamental de La Salle, ao ressaltar a existência de pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa.

Cumpram aqui destacar trechos da palestra realizada por Hesse em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959⁶:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por La Lasse. Ela não se afigura impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder, tal como ensinado por George Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia ela não está condicionada, simplesmente, por esta realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. (...) A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder. Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao direito constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de

⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1991, p. 03.

Constituição que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.

Deste modo, a Constituição tem sua normatividade densificada à base de princípios e diretrizes substanciais dirigidas a todos os órgãos do Estado. Desta superioridade normativa estrutura-se a legitimidade de atuação do direito penal, sendo-lhe fixados campos onde lhe será interdito atuar (limites materiais ao direito de punir), informados por uma correspondência de sentidos: a tutela dos direitos fundamentais.⁷

Com efeito, entre o Estado e o homem encontram-se os direitos fundamentais, fruto de uma longa construção histórica. O medo e a ilusória oferta fácil de segurança e do bem comunitário não podem pô-los em risco, nem tampouco justificar restrições para além das que estão expressamente previstas nas Constituições.⁸

Além de trazer princípios limitadores do poder punitivo estatal, a Constituição também atua como fonte valorativa do direito penal, através dos mandados expressos de criminalização, que caracterizam um dever de prestação normativa, ou seja, decisões constitucionais sobre a maneira como deverão ser protegidos determinados direitos fundamentais.

A Constituição como fonte de legitimação e limitação do poder punitivo estatal foi descrita pelo Professor Luciano Feldens⁹ da seguinte forma: “o direito penal não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação”, caracterizando, nas palavras do mestre Zaffaroni¹⁰, um apêndice da Constituição.

Convém, ainda, acrescentar os dizeres de Pietro Nuovolone¹¹, “a Constituição vai representar a estrutura fundante do Direito Penal, pois contém os princípios fundamentais de caráter penal, além de que sua articulação (direitos, organização e poderes) reflete-se na lei penal.”

⁷ FELDENS, Luis Fernando. **A conformação constitucional do direito penal.** In: Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Coord. Alexandre Wunderlich. Livraria do Advogado:Porto Alegre, 2008. p.207-229.

⁸ NICOLITTI, André. **Intervenções Corporais: O processo penal e as novas tecnologias: Uma análise luso-brasileira.** 2010. 457f. Dissertação (Doutorado em Direito)- Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, p. 405.

⁹ Ibidem, p.211.

¹⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro - Vol. I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 319.

¹¹ NUOVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal.** Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981. v. 1, p. 38.

A maioria dos princípios basilares do direito penal possui assento constitucional, tendo ingressado no ordenamento jurídico com *status* de direito fundamental, o que evidencia o vínculo axiológico entre os dois saberes, sem esquecer que o direito penal funciona como instrumento de contenção do estado de polícia, tendo surgido como uma limitação ao *jus puniendi* estatal.¹²

O assento constitucional dos direitos fundamentais superou, a um só tempo, os paradigmas jusnaturalistas e positivistas, repercutindo nos critérios de interpretação das normas constitucionais e, inclusive, na nomenclatura dada aos direitos aceitos como essenciais ou principais para a convivência humana, que deixaram de ser chamados de ‘direitos naturais’ e passaram a receber o nome de ‘direitos humanos’ ou ‘direitos fundamentais’.¹³

A interpretação das normas constitucionais não é mais a mesma que se fazia no paradigma anterior: agora, cumpre informá-las por conceitos como compatibilidade com os direitos fundamentais e contribuição para sua efetividade.

A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado.

Luis Roberto Barroso nos ensina que ‘os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins.’¹⁴

Esta mudança de paradigma foi percebida, primeiramente, no ramo do direito civil, de natureza essencialmente privada, através de fenômenos como a Constitucionalização do Direito Civil, eficácia irradiante dos direitos fundamentais e superação da distinção entre direito público e privado.

¹² *Ibidem*.

¹³ GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Forum, 2007, p.29.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **A Nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30.

Em se tratando de direito penal, de caráter nitidamente publicista, este movimento ainda é bastante tímido, sendo perceptível uma relutância da doutrina penalística na concretização dos valores constitucionais.

Tal resistência foi percebida por Palazzo, sendo pertinente a transcrição de sua observação, perfeitamente adaptável à realidade brasileira:¹⁵

Há de se levar em conta, antes de tudo, uma certa dificuldade, senão relutância, da doutrina penalística, sobretudo nos anos imediatamente sucessivos à Constituição, a desenvolver o trabalho de concretização dos valores constitucionais, premissa indispensável para sua penetração no sistema penal.

O direito penal ressent-se, portanto, por continuar arraigado a uma dogmática fechada, sem se arejar através de uma nova ótica interpretativa, baseada nos princípios constitucionais postos e com a finalidade de proporcionar uma maior justiça.¹⁶

Ainda hoje, com a substituição da antiga ordem constitucional pela Constituição cidadã de 1988, convivemos com uma legislação penal arcaica, datada de 1940, quando as condições político-econômicas do país eram diversas e foram, ao longo desse acidentado percurso constitucional, se modificando.

Considerando que a interpretação do direito penal deve se pautar nos fundamentos e objetivos fundamentais da nossa República, compartilha-se as atuais indagações de Márcia Dometila: “O que o direito penal pode fazer por estes objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, recém-construído?” “De que modo o direito penal e processual penal, seu instrumento, podem engajar-se nesta nova diretiva, sem perderem sua eticidade e outros princípios, conquistados ao longo da História?”

Um dos caminhos, conclui a autora, é a realização de uma filtragem constitucional, traduzida no dever de interpretar as leis, princípios e categorias penais a partir dos direitos fundamentais, engajando-os no espírito, princípios, valores e fundamentos da Constituição e do Estado Democrático de Direito por ela constituído.

As Constituições modernas se caracterizam pela presença de instâncias de garantias de prerrogativas individuais (princípios do *Rechtsstaats*), asseguradoras dos direitos do humanos

¹⁵PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 21.

¹⁶CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 29.

e da cidadania e, concomitantemente, de imperativos de tutela de direitos transindividuais ou coletivos (princípios do *Sozialstaats*), que se fazem presentes na tutela dos direitos sociais.¹⁷

Os princípios liberais se traduzem em programas descriminalizantes, condicionando restritivamente a intervenção penal do Estado, enquanto as instâncias solidaristas se fazem presente na criminalização em defesa de bens coletivos, ampliando a área de abrangência da resposta penal.

A Constituição de 1988 incluiu em seu texto uma série de disposições concretas com implicações penais. Muitos outros direitos e garantias, por outro lado, apesar do silêncio da Carta Constitucional, constam em documentos internacionais aos quais o Brasil aderiu, ingressando, assim, no ordenamento jurídico brasileiro.

Importante destacar a distinção feita por Palazzo a respeito dos princípios de direito penal constitucional e princípios constitucionais influentes em matéria penal.

Segundo o autor¹⁸, os primeiros apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico, possuindo características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a pessoa humana no âmago do sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional.

Em sua maioria, tais princípios assinalam a presença das normativas características dos princípios liberais (*Rechtsstaats*), podendo-se citar, como exemplo, o postulado da legalidade, da humanidade das penas e, ainda, os princípios implícitos relativos à intervenção mínima e fins das penas.

Já os princípios constitucionais influentes em matéria penal são típicos do *Sozialstaats*, de caráter heterogêneo e, para a concreção destas indicações constitucionais, o legislador ordinário deverá editar normas incriminadoras destinadas à proteção de valores transindividuais, podendo-se citar como exemplo a proteção ao trabalho, à cultura ou ao meio ambiente.

¹⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 11.

¹⁸ PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989, p.22.

Definir ou eleger os princípios fundamentais de Direito Penal auxilia na determinação da forma com que esse conjunto diretivo interferirá no conteúdo das regras jurídicas do subsistema penal, o que significa, em outras palavras, a concretização de uma verdadeira função hermenêutica, sendo certo que este rol varia de doutrinador para doutrinador.

Neste capítulo, pretende-se abordar alguns dos princípios tipicamente penais existentes na Carta Constitucional de 1988, sem intenção de esgotá-los, mas apenas de expor aqueles que tangenciam o objeto principal desta dissertação, que é a análise do sistema de monitoramento eletrônico de apenados e sua compatibilidade jurídico-constitucional.

2. Princípio da Humanidade das Sanções

O direito penal e da execução da pena sempre mantiveram uma relação estreita com a política, eis que são instrumentos de utilidade social, buscando equilibrar o eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal representativa da comunidade.

Se é possível afirmar que a ação delituosa constitui, ao menos como regra, o mais grave ataque contra os bens juridicamente tutelados, certo é que a sanção criminal dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção estatal na esfera individual dos cidadãos, gerando relações de tensão entre indivíduo, Estado e sociedade.¹⁹

Assim, através da execução penal, busca-se a efetivação do poder punitivo estatal, impondo-se ao apenado o cumprimento da sanção imposta na sentença condenatória e sujeitando-o às normas e institutos previstos pela legislação penitenciária vigente.

O princípio da humanidade das penas, apesar de pertencer essencialmente à política criminal, está positivado em diversos ordenamentos jurídicos, destacando-se a Carta Magna de 1988 que garante a não aplicação, pelo poder punitivo estatal, de sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

A efetivação deste princípio tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal que, na suposta busca pela humanização das sanções, substituiu as

¹⁹ PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 16.

penas corporais pela pena privativa de liberdade e estas, progressivamente, pelas medidas alternativas.

Esta substituição é demonstrada claramente na obra de Foucault sobre o nascimento das prisões, que descreve minuciosamente as execuções brutais e suplícios corporais aplicados aos supostos transgressores no século XVIII, seu desaparecimento, bem como as novas formas de punição e métodos coercitivos adotados pelo poder público durante seu histórico processo de dominação.

Destaca-se, por oportuno, trecho deste importante trabalho que retrata o fim dos espetáculos punitivos:

Dentre tantas modificações, atento-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência de desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto como uma superficialidade ou com exagerada ênfase como 'humanização' que autorizava a não analisá-lo. (...) No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo suplicado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo da repressão penal.²⁰

Na Constituição Brasileira de 1988, tal princípio encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana.

A pena não pode exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, ou seja, ser uma coerção puramente negativa. O princípio de humanidade - afirma Bustos Ramirez²¹ - recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com "reeducação e reinserção social", posto que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social.

A atual lei de execuções penais, fruto da reforma penitenciária e criada no período da redemocratização, trouxe importantes avanços na matéria, eis que privilegiou o viés da prevenção especial positiva, através da harmônica integração social do condenado e internado, que foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, através da afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III).

Além de estabelecer como fundamento do Estado de Direito democrático a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a Carta Magna de 1988 recrimina qualquer discriminação

²⁰FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 13.

²¹RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de Derecho Penal**. 3 ed. Barcelona : Ariel, 1989, p. 386

atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, XLI), bem como proíbe expressamente a imposição de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, banimento ou cruéis, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral.

No plano Interamericano, a diretriz traçada pelo Pacto de São José da Costa Rica também contempla o princípio da humanidade das sanções, dispondo, no artigo 5º, I, que toda pessoa tem o direito ao respeito à sua integridade física, psíquica e moral, destacando, ainda, a proibição da prática de tortura ou imposição de penas cruéis ou degradantes.

Tais disposições são reproduzidas na Declaração Universal de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, com o propósito de reconhecer a dignidade inerente a todos os seres humanos, como fundamento da liberdade, justiça e da paz mundial.

Como decorrência deste princípio, determina Zaffaroni, toda pena que se torna brutal em suas consequências é cruel, como aquelas geradoras de um impedimento que compromete totalmente a vida do indivíduo (morte, castração, esterilização, marcas cutâneas, amputação, intervenções neurológicas). Igualmente cruéis são as consequências jurídicas que se pretendam manter até a morte da pessoa, porquanto impõem-lhe um sinete jurídico que a converte em um ser inferior (*capitis diminutio*).²²

Em suma, pode-se elencar como corolários do princípio da humanidade das penas o respeito à dignidade da pessoa humana, concretizado na proibição da proscrição de penas cruéis e infamantes, de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e no interior das unidades de privação de liberdade, bem como na obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados.²³

Neste sentido, nenhuma pena pode ter uma finalidade que atente exclusivamente para a retributividade, ou contra a incolumidade da pessoa como ser social, devendo-se preservar o caráter ressocializador e a função de prevenção especial positiva, na busca pela recuperação e reinserção social dos que foram condenados.

²²BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro - Vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 233.

²³LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Penais Constitucionais: O sistema das constantes constitucionais**. Revista dos Tribunais, vol. 779, p. 417 | Set / 2000 | DTR\2000\444.

3. Princípio da Intervenção Mínima:

O princípio da intervenção mínima surgiu no período iluminista, tendo sido consagrado no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com objetivo de limitar a atuação do legislador, evitando-se a criação de figuras delitivas iníquas ou instituição de penas vexatórias à dignidade humana.

Trata-se de um princípio penal imanente, ou seja, não está expressamente contemplado no texto constitucional e, tampouco, na legislação penal, caracterizando-se um instrumento de política criminal cujo respeito impõe-se ao legislador e aos intérpretes das leis penais, em razão de sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios penais.²⁴

Desta análise se extrai a íntima relação deste princípio com os critérios de elaboração das leis penais, sinalizando que o sistema penal não se ocupa de todos os comportamentos ilícitos que surgem nas relações sociais, senão daqueles mais intoleráveis e lesivos para os bens jurídicos considerados mais relevantes para a sociedade.

Por caracterizar a pena o meio mais radical de intervenção estatal na liberdade do indivíduo, comparada à guerra, entende-se o direito penal não deve atuar enquanto existir a possibilidade de intervenção suficiente através de outros instrumentos jurídicos não penais.

Nesta linha, o direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, na falência de todas as outras áreas e instrumentos jurídicos não penais, atuando apenas nos casos de ataques aos bens jurídicos mais importantes.

Para Muñoz Conde²⁵, o princípio da intervenção mínima se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado, ou também, mais fortemente, como pressuposto político do Estado de Direito Democrático.

Como decorrência lógica deste princípio, extraem-se duas características importantes da ciência penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Quem registrou pela primeira vez o caráter fragmentário do direito penal foi Binding, em seu Tratado de Direito Penal Alemão comum- parte especial (1896), onde sinalizou que o

²⁴ Luna, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo : Saraiva, 1985. p. 30.

²⁵ CONDE, Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 71.

direito penal não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica.²⁶

Da fragmentariedade da tutela penal se extrai a premissa de que qualquer restrição a direitos fundamentais protegidos pela Carta Constitucional de 1988 somente se legitima quando estritamente necessária para a tutela de bens jurídicos fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis à sua realização social.²⁷

Muito embora esta convicção da necessidade de redução da legislação penal já tenha sido ventilada por diversos doutrinadores desde o início do século XIX, o que se verifica é um crescente e desmedido aumento das normas penais incriminadoras, fenômeno chamado por alguns juristas de ‘hipertrofia’²⁸ ou “nomorréia” penal²⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, tem sido frequente a adoção de respostas criminalizantes contingentes, elaboradas ao sabor do clamor público ou em conexão com projetos políticos pessoais, caracterizando o denominado ‘direito penal de emergência’.

Constata-se, ainda, a adoção de prática extremamente nociva, denominada por Roxin de ‘cinturão protetor jurídico-penal’, onde a disciplina de determinada matéria costuma vir acompanhada de alertas de sanções para o seu descumprimento (ex: a violação "às disposições anteriores" constituirá tal crime, ou sujeitará às penas do crime tal).³⁰

Nesta ótica, antes da imposição legal de uma restrição a direito fundamental do cidadão, necessário que o legislador se utilize de critérios, tais como necessidade e proporcionalidade, a fim de averiguar se o direito de intervenção que lhe assiste configura o único e último meio apto à proteção do bem jurídico constitucionalmente protegido.

²⁶ *Idem*, p.83

²⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 26.

²⁸ Tal expressão foi utilizada pela primeira vez por Reinhart Franck, em 1898, salientando que o uso da pena tem sido abusivo e, por isto, perdeu parte de seu crédito, e, portanto, de sua força intimidadora, já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente. Franck *apud* Luisi, p. 28.

²⁹ Expressão utilizada por Francesco Carrara, em sua monografia “*Un nuevo delito*”, datada de julho de 1883.

³⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.85.

4. Princípio da necessidade, proporcionalidade e suficiência da sanção penal: O problema dos fins da pena

Os princípios da necessidade, proporcionalidade e suficiência da sanção penal estão umbilicalmente relacionados com as teorias legitimantes do poder punitivo estatal, ou seja, com a questão do significado ou sentido do ato de impor uma sanção penal àquele que praticou um fato tipificado como delito.

Diversas teorias se preocuparam em definir ou estipular os fins da pena, podendo-se separá-las por duas linhas de pensamento antagônicas: as que defendem que a sanção penal possui a função de prevenir a prática de outros delitos, ou seja, pretendem que o valor positivo da criminalização atue sobre os que ainda não delinquiram (prevenção geral, que se subdivide em positiva e negativa) e, em sentido oposto, as que defendem que o sentido da pena recai sobre aqueles que já praticaram o delito (prevenção especial, que se subdivide em positiva e negativa).

A concepção mais tradicional da pena sustentava a necessidade de atribuí-la a função de retribuição justa pela comissão de um delito (teoria absoluta). Visualiza a pena como um fim em si mesmo, sem a necessidade do alcance de resultados práticos. Entretanto, isto não significa que tais teorias não concebiam fim algum à pena, na medida em que possuem em comum o traço de buscarem, através da pena, uma exigência (moral, jurídica ou religiosa) de Justiça, além de enxergarem a proporcionalidade como limite de garantia do cidadão.

A fundamentação ética desta teoria deve-se ao filósofo Kant que, na tentativa de legitimar o poder punitivo estatal sem mediatizar o ser humano, fundamentou a pena em uma exigência incondicional de justiça, livre de qualquer consideração utilitária ou de diversa índole.

Como exemplo de aplicação da sua teoria, Kant indaga sobre a necessidade de execução da pena de prisão aos delinquentes residentes em uma ilha, onde todos os habitantes decidem dispersar-se pelo mundo e dissolver a sociedade existente. Para o autor alemão, mesmo que a imposição da sanção penal resulte desnecessária para o bem da sociedade, ainda

assim ela deve ser imposta, unicamente “para que todos compreendessem o valor de seus atos.”³¹

A justiça concreta da pena, para o autor, só poderia ser alcançada mediante rigorosa aplicação da lei do talião, única capaz de determinar a quantidade e a qualidade da pena merecida.

Deste conceito se pode extrair um dos grandes méritos da teoria absoluta, qual seja, o reconhecimento do princípio da proporcionalidade da pena com a magnitude da lesão. Tal posicionamento repercutiu no ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais flexível que o modelo kantiano, através da adoção de um critério retributivo (ao menos na fase de elaboração e cominação das sanções penais), baseado na imposição da pena justa e merecida, ou seja, proporcional à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade de seu autor.

Já a concepção jurídica da teoria absoluta foi preconizada por Hegel, onde o caráter retributivo da pena se justificava pela necessidade de se restabelecer a vigência da vontade geral, representada pela ordem jurídica, que resulta negada pela vontade especial do delinquente. Nesta concepção, a pena é vista apenas como reação (negação da negação) que visa o passado (o delito e o restabelecimento da ordem jurídica) e não como instrumento de fins utilitários posteriores.³²

Tal concepção não foi seguida em seus termos estritos nem pela doutrina penal e nem pelos Estados Modernos, que sempre atribuíram à pena fins sociais de prevenção transcendentem à realização da Justiça em si mesma, até mesmo por conta da desvinculação entre Direito e Moral conquistada após a decadência dos Estados Absolutistas.

Já a teoria relativa busca justificar a pena na satisfação de determinados fins (prevenção geral ou especial). A prevenção geral, introduzida por Feuerbach, trabalha com a ótica da coação psicológica, eis que visualiza a pena como uma ameaça legal dirigida aos cidadãos para evitar a prática de delitos. Neste sentido, a medida da pena deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos.

³¹ Kant, Immanuel. **Metaphysic der Sitten**. Berlim: L. Heimann, 1893. In: PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciuncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.59.

³² PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciuncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60.

Neste sentido, verifica-se que a proporcionalidade da pena acomoda-se, também, às exigências preventivo-gerais, sendo certo que os críticos desta teoria afirmam que esta pode gerar desproporções, com a aplicação de penas mais graves aos delitos de menor impacto social, a fim de neutralizar a frequência de sua realização, bem como a debilidade dos contraestímulos sociais.³³

Atualmente, ganhou força a legitimação discursiva que concebe, além do caráter intimidatório, uma função positiva à prevenção geral, consubstanciada na afirmação do valor simbólico produtor do consenso e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema penal em geral.³⁴

Chega-se, finalmente, à teoria da prevenção especial, sobre a qual recai o princípio da necessidade da sanção penal.

De acordo com Mir Puig³⁵, a prevenção especial, como se vê, foi influenciada pela direção moderna de Von Liszt, na Alemanha, como reação contra os postulados retribucionistas incapazes de frear o auge da criminalidade, assim como os excessos da chamada prevenção geral.

A partir da ideia de fim como motriz da ciência do direito, Von Liszt, em seu famoso “Programa de Marburgo”, considerou que a pena só poderia ser justificada pela sua finalidade preventiva, possuindo como destinatário não mais a sociedade, mas o próprio apenado, e operando-se através da intimidação, correção e inocuização.

Neste sentido, o viés negativo da prevenção especial tem origem na teoria da defesa social, atuando na execução da pena e sob a pessoa do condenado, com objetivo de evitar a prática de novos delitos, através da exclusão do infrator, em prol do benefício do corpo social.

O pensamento da prevenção especial encontrou resistência na Alemanha durante o século XX, em consequência do terror dos regimes totalitários, sendo certo que o setor mais progressista desta doutrina empreendeu um ‘retorno a Von Liszt’, o que foi chamado por Maurach³⁶ de segunda onda da prevenção especial.

³³ Idem, p. 60.

³⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro - Vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 121

³⁵ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciuncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

³⁶ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal - Parte general**. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 761

Nos anos que se seguiram à segunda guerra, o movimento internacional de reforma penal mostrou-se particularmente ativo, realizando, com efeito, os maiores resultados legislativos no setor das consequências sancionatórias. Destes impulsos reformistas resultou a ideologia da função reeducativa da pena, que acabou constituindo uma opção de política criminal inserida nos textos de diversas Constituições Democráticas.³⁷

Daí decorre a função positiva da prevenção especial, que pretende legitimar a imposição do poder punitivo estatal atribuindo à pena uma função ressocializadora e educativa, buscando-se a reinserção social do apenado e não mais a sua exclusão.

Na maioria dos textos constitucionais, a prevenção especial positiva é um princípio imanente, deduzido a partir de uma interpretação sistêmica dos valores constitucionais. Na Constituição de Bonn, por exemplo, não existem normas expressas a propósito da finalidade da pena, mas a instância reeducativa vem deduzida, pela doutrina e jurisprudência, dos princípios superiores da dignidade do homem e do direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.³⁸

A Carta Constitucional de 1988 não se posicionou expressamente sobre a finalidade das penas, mas contemplou as vigas mestras de um modelo de Estado que se caracteriza por ser constitucional e humanista de direito, sendo certo que, de seus princípios e regras pode-se extrair importantes limites à intervenção penal.³⁹

No âmbito dogmático, entende-se majoritariamente que a nossa Constituição adotou uma teoria eclética, baseada na unificação das ideias retribucionistas e relativistas, em consonância com a fórmula tripartida e dialética idealizada por Roxin.⁴⁰

Sob esta ótica, no momento da cominação legal abstrata, a pena assumiria a finalidade preventiva geral (negativa: intimidação ou positiva: chamar atenção para a relevância do bem jurídico protegido). Na fase de aplicação da pena, esta assumiria uma tripla finalidade (preventiva geral: confirmação da seriedade da ameaça abstrata; repressiva: reprovação do mal do crime, baseada e limitada na culpabilidade e preventiva especial: atenuação do rigor

³⁷PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989, p.61.

³⁸PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989p. 67

³⁹GOMES, Luis Flavio; MOLINA, Antônio García Pablos. **Direito Penal: Parte Geral. v.2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 703.

⁴⁰ROXIN, Claus. **Derecho Penal- Parte General**. Tomo I. Trad. Luzón Peña *et ali*. Madrid: Civitas, 1997, p. 78 e ss.

repressivo para privilegiar institutos ressocializadores alternativos). Já na fase executória, preponderaria a função da prevenção especial positiva, baseada na promoção da ressocialização e reinserção social do apenado.⁴¹

A previsão Constitucional das penas alternativas (art. 5º, XLVI) já demonstra a correspondência constitucional com a expectativa da Criminologia Moderna, que confia na eficácia preventiva da pena através da reintegração social, buscada, primordialmente, através das vias alternativas.

A função preventiva especial foi encampada pela atual lei de execuções penais que, em seu artigo 1º, expressou a função ressocializadora do cumprimento da pena, estabelecendo que ‘a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado.’

Em caráter complementar, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 59, trouxe especificamente o princípio da necessidade, utilidade e da função ressocializadora da pena, estabelecendo textualmente que: “O juiz, atendendo à culpabilidade (...), estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I- as penas aplicáveis dentre as cominadas.”

Por fim, destaca-se o artigo 5, nº 06, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assim proclama: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

Considerando que a legitimidade do direito penal deve se pautar na tutela de direitos fundamentais, tem-se que os limites ao exercício destes direitos devem ser não apenas aqueles constitucionalmente previstos, mas também e somente, nos dizeres de Callies-Muller-Dietz, traduzidas na obra de Palazzo, aqueles justificados pela finalidade das penas :⁴²

(...) superada a teoria da relação de ‘especial sujeição’ em que se encontra o condenado em face do Estado, a disciplina da execução penitenciária deixou de ser exclusivamente jurídico-política do legislador para tornar-se objeto de obrigações e deveres constitucionais. Vistos deste ângulo, os limites ao exercício dos direitos fundamentais do condenado passam, legitimamente, a ser não apenas os previstos genericamente na Constituição para os direitos singulares, mas ainda e somente aqueles justificados pela finalidade da pena (grifei) (...).

⁴¹ Idem, p. 704.

⁴² PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 67

Deste arcabouço jurídico pode-se extrair que, no âmbito da execução da pena, firmou-se a orientação primordial da ressocialização, consubstanciada no princípio da prevenção especial positiva que, numa ótica constitucional, deve ter como fundamento personalista e garantidor o princípio da humanidade das penas, buscando-se evitar tratamentos reeducativos alheios à dignidade humana.

5. Sistemas de Proteção da Pessoa Privada de Liberdade

Para que se possa analisar a adequação da Administração Pública aos postulados constitucionais e internacionais de tratamento àqueles que estão sob a custódia forçada do Estado, necessário se faz, *a priori*, destacar os principais instrumentos garantidores dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, para, em ato contínuo, contrastá-los com o sistema carcerário brasileiro, em especial a do Estado do Rio de Janeiro.

Inúmeros são os instrumentos internacionais que regulamentam a matéria. A multiplicação de tais instrumentos decorre do desenvolvendo do processo histórico de generalização e expansão da proteção da pessoa humana no plano internacional, consubstanciado através da coexistência de instrumentos de natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis, acompanhados da identidade básica de propósito e do conceito universal dos direitos humanos.⁴³

Nos dizeres de Cançado Trindade⁴⁴:

Das Declarações Universal e Americana de 1948 até nossos dias, os instrumentos internacionais voltados ao propósito comum de salvaguarda dos direitos humanos têm formado um *corpus* de regras bastante complexo, distinto quanto a suas origens, a seu conteúdo e efeitos jurídicos, a seu âmbito de aplicação, a seus destinatários ou beneficiários, a seu exercício de funções e as suas técnicas de controle e supervisão. Este fenômeno, que poderíamos chamar de diversidade de meios e identidade de propósito, pode ocorrer dentro de um mesmo sistema de proteção, conforme pertinentemente ilustrado pela evolução do sistema interamericano de direitos humanos.

A conformação deste novo e vasto *corpus jûris* vem a atender uma das grandes preocupações dos últimos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância.

⁴³TRINDADE, Antônio Augusto Cançado de. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. vol.I, 2ª ed; ver, atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p.68.

⁴⁴ *Idem*, p. 68.

Muito mais do que um respaldo político, o titular do direito violado que não encontre proteção na esfera interna pode obtê-la no âmbito da sociedade internacional, concretizando a proteção garantida por esta gama instrumentos, através do sistema de petições (ou reclamações ou comunicações), a exemplo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que possui atribuição para apreciar demandas advindas de um particular ou entidade não governamental.

Além desta possibilidade de denúncias internacionais, a expansão de tais direitos no âmbito supranacional foi um importante passo para alcançar o principal objetivo do Estado Democrático de Direito: a afirmação e o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana que, nos dizeres de Pontes de Miranda, se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade, representando o resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia, liberdade e igualdade.⁴⁵

Neste sentido, quando se fala de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, deve-se, em primeiro lugar, pensar no princípio da dignidade da pessoa humana, eis que deste derivam todos os demais direitos e garantias, caracterizando-se o valor fonte de todos os valores, bem como o sustentáculo de toda a ordem jurídica nacional.

O Brasil integra o chamado sistema global de proteção dos direitos humanos, formado a partir da Carta da Organização das Nações Unidas e da Declaração Universal de Direitos Humanos. Participa, ainda, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estruturado a partir da Organização dos Estados Americanos e pautado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Seguindo esta tendência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 1º, consolidou o princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”.

Apesar da ausência de força normativa deste instrumento, bem como de seu *status* controvertido na doutrina⁴⁶, é de se reconhecer o seu considerável impacto, não apenas em

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. tomo IV. São Paulo: RT, 1967, p. 218.

⁴⁶ Segundo Cançado Trindade, a tese segundo a qual as declarações de direitos humanos têm o *status* de “interpretações autênticas” tem sido bastante discutida na doutrina. No caso da Declaração Universal, até mesmo os mais críticos, que atribuem a estas caráter meramente recomendatório, reconhecem o seu impacto na ordem jurídica nacional e internacional.

instrumentos de direitos humanos e numerosas resoluções das Nações Unidas, mas também em tratados multilaterais e bilaterais, constituições nacionais e decisões judiciais.

A partir da Declaração Universal, multiplicaram-se os Tratados de Direitos Humanos, tanto os de caráter geral, como os dois Pactos das Nações Unidas e as três Convenções Regionais, quanto os especializados, voltados a setores ou aspectos especiais da proteção de direitos humanos.

No que se refere a esta proteção especializada, interessa-nos destacar a tutela da pessoa privada de liberdade, que ganhou importância, no plano internacional, no período entre guerras.

Este movimento teve início em 1929, a partir da elaboração, pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária, de um conjunto de regras mínimas para o tratamento dos presos, que foi aprovada pela Liga das Nações da ONU em 1934⁴⁷, as quais o Brasil é signatário, sendo um dos primeiros textos das Nações Unidas voltados para a pessoa detida.

Uma nova versão destas regras foi aprovada no 1º Congresso para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em Genebra, em 1955, pela ONU, demonstrando uma preocupação permanentemente com seu aperfeiçoamento e implementação, que se materializa através da recomendação do Conselho Econômico do dever periódico de informação sobre os progressos feitos pelos governos na aplicação destas regras.

Segundo observações preliminares deste documento, o objetivo é estabelecer, com base no consenso geral e nos elementos essenciais dos mais adequados sistemas contemporâneos, os princípios e regras de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento de reclusos.

Apesar de suas notórias insuficiências e limitações, sua importância advém do destaque à dignidade do preso, vedação ao tratamento degradante, protegendo-se, em âmbito universal, os seus direitos humanos, tais como saúde, alimentação, visita íntima, vestuário, assistência jurídica, além de trazer parâmetros para estruturação dos presídios.

⁴⁷Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

Influenciado pelos ideais difundidos neste congresso, bem como na discussão havida no IV Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinvente, realizado em Kioto, em 1970, O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) fixou regras mínimas próprias, específicas para o tratamento do preso no Brasil, por meio da Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994.⁴⁸

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, também trouxe, em seu artigo 10, §1º, regramento específico para a pessoa privada de liberdade, ressaltando o dever de ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Destacam-se, ainda, as diretrizes contidas no Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil no ano de 2007⁴⁹, com o intuito de reforçar a proteção da pessoa privada de liberdade.

Referido Protocolo decorre do acúmulo estabelecido na Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, realizada em 1993, na qual se declarou firmemente que os esforços para erradicar a tortura deveriam concentrar-se principalmente na prevenção, designando para tanto, o estabelecimento de um sistema preventivo de visitas regulares a centros de detenção.

No âmbito interamericano, o *Pacto de San José da Costa Rica*, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992⁵⁰, estabeleceu a obrigação dos Estados em respeitar os direitos e liberdades reconhecidos, além do dever de adotarem as medidas de direito interno que forem necessárias para tornarem efetivos tais direitos.

Deste texto se extrai que o Estado Brasileiro, ao assumir o compromisso de ratificar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, se autolimitou em sua soberania em prol dos direitos humanos, no sentido de estar obrigado a respeitar tais direitos com a máxima efetividade possível.

⁴⁸MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n.º 14. Publicada em 02 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnppc/main.asp?ViewID=%7BC7BBEEA7-FF56-4874-870D-244D269A8716%7D¶ms=itemID=%7B79890B8F-9B34-4C8B-91BD-0611F3208574%7D;&UIPartUID=%7B183ACEAD-EEF8-4BD1-9B10-C12459181A73%7D>>. Acesso em 06 de março de 2013.

⁴⁹ Promulgado através do Decreto n.º 6.085, de 19 de abril de 2007.

⁵⁰ Promulgada através do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992.

Em seu artigo 5º, a Convenção resguarda o direito à dignidade e integridade pessoal, na seguinte forma:

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.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), intérprete maior da Convenção Americana de Direitos Humanos e a cuja jurisdição internacional em matéria de direitos humanos o Brasil aceitou submeter-se⁵¹, é bastante firme no sentido de vincular a peculiar situação decorrente da própria privação de liberdade a um altíssimo grau de vulnerabilidade que a prisão naturalmente representa para a pessoa objeto da constrição ao dever de garante do Estado.

Destaca-se, nessa linha, o Caso Vélez Loor vs. Panamá⁵², que trata de detenção arbitrária de migrante indocumentado, no bojo do qual a Corte IDH se manifestou no seguinte sentido:

Esta Corte ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención.

Importante lembrar, ainda, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, datada de 1948, traz também disposições expressas quanto ao tratamento humano e integridade psicofísica da pessoa privada de liberdade:

Artigo XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação

⁵¹O aceite da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado Brasileiro, na forma do artigo 62, da CADH, foi formalizado no dia 10.12.1998, pelo depósito do Decreto Legislativo n. 89, de 03.12.1998, na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos.

⁵²CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentença 23 de novembro de 2010. Parágrafo 198. No mesmo sentido e exemplificativamente pinçado da jurisprudência da Corte, Caso "Instituto de Reeducação del Menor" VS. Paraguay e Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago.

injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

No plano interno, a especificidade dos Tratados de proteção internacional de direitos humanos encontra-se reconhecida e sancionada pela Constituição de 1988, considerando que, conforme determinação do art.5º, §1º e §2º, os direitos fundamentais neles garantidos incorporam-se *ipso iure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, possuindo aplicação imediata.

Além desta cláusula de abertura, a Constituição Federal consagrou formalmente inúmeros dispositivos referentes às pessoas privadas de liberdade, destacando-se o art. 1º, III, que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como os artigos 5º, incisos XLV (princípio da personalidade das penas), XLVI (princípio da individualização da pena), XLVII (proibição de penas de morte, cruéis, de caráter perpétuo, trabalhos forçados e banimento), XLVIII (separação e classificação dos presos), XLIX (respeito à integridade física e moral dos presos), LXXV (indenização por erro judiciário), dentre outros, o que evidencia a preocupação do constituinte originário na proteção desta parcela da população.

Sabe-se que a liberdade é um dos bens jurídicos e direito fundamental mais importante da nossa sociedade. Assim, mesmo para os que possuem este direito restringido em razão da custódia forçada do Estado, é primordial a salvaguarda do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, considerando que ao preso são assegurados todos os direitos não afetados pela sentença penal condenatória e seus direitos só podem ser limitados excepcionalmente, nos casos expressamente previstos em lei.

Apesar de ser um conceito jurídico indeterminado, a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, da qual decorrem todos os demais princípios, caracteriza uma limitação da ação do Estado em relação ao indivíduo, sendo certo que, em um ambiente carcerário, a dignidade é constantemente violada ou mitigada em prol de outros princípios, tais como segurança pública, reserva do possível, soberania orçamentária, dentre outros.

Além disso, a nossa Carta Constitucional de 1988, em seu artigo art. 5º, III e XLIX assegura ao preso o direito à integridade física e moral. Além disso, possui entre seus maiores atributos a carga de efetividade que lhe foi dada e, inclusive, confere aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata em seu art. 5º, § 1º.

No Brasil, o advento da lei de execuções criminais refletiu e regulamentou os ideais da Constituição, trazendo, em seu artigo 1º, a seguinte disposição: “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.”

O cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil no campo dos direitos humanos vem sendo acompanhado pelos mecanismos do sistema das Nações Unidas, no âmbito global, principalmente através de manifestações abalizadas de Relatores Temáticos, de Comitês Específicos e da Comissão de Direitos Humanos e, no plano hemisférico, pelo sistema Interamericano da OEA, principalmente através da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já no plano interno, a adequação aos princípios e normas garantidoras das pessoas privadas de liberdade está sendo discutida no âmbito judiciário, tendo sido reconhecida a repercussão geral da questão constitucional suscitada, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 592.581, do Rio Grande do Sul, que analisa a possibilidade de intervenção do Judiciário em seara reservada à Administração, considerando a ofensa à integridade física e moral dos apenados ocasionada pelo descumprimento dos compromissos firmados.⁵³

6. A realidade carcerária do Estado do Rio de Janeiro e sua compatibilidade com os princípios constitucionais e internacionais sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade

Apesar de não ser um fenômeno local, o presente tópico pretende destacar as falhas sistêmicas que concorrem para a calamitosa realidade carcerária brasileira, através da análise dos relatórios apresentados por diversas instituições com atribuição fiscalizatória no Estado do Rio de Janeiro para, em seguida, discutir o instituto do monitoramento eletrônico como ferramenta auxiliar na promoção dos direitos humanos das pessoas submetidas a uma condenação criminal.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 592.581. RS. 22 de outubro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606029> Acesso em 08 de março de 2013.

Segundo dados do DEPEN de dezembro de 2011⁵⁴, a população carcerária brasileira é estimada em 514.582 presos, sendo certo que o número de vagas corresponde a um total de 306.497, o que evidencia que a superpopulação carcerária é um problema atual e alarmante em nossa sociedade, que cresce em progressão geométrica.

Este cenário de superlotação foi constatado in loco pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que, através do Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN) e do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH), realizou no dia 20/07/2011, inspeção fiscalizatória no Instituto Penal Vicente Piragibe, localizado no Complexo Prisional de Gericinó, destinado a presos em regime semiaberto (sem autorizações de saída), o qual está sob a responsabilidade e administração da Secretária de Estado de Administração Penitenciária – SEAP.

A fiscalização conduzida pelo NUSPEN e pelo NUDEDH resultou na confecção de relatório circunstanciado acerca das condições gerais do Instituto Penal Vicente Piragibe, onde, dentre as irregularidades constatadas na fiscalização (insuficiência de guardas, falta de água quente e iluminação noturna precária), a que causou maior preocupação foi a grave e patente superlotação prisional da referida unidade prisional.

No momento da inspeção, o Instituto Penal Vicente Piragibe contava com um efetivo de 1.999 (mil novecentos e noventa e nove) presos, ou seja, 821 (oitocentos e vinte e um) presos além da capacidade máxima oficial informada no *SIPEN*, o que acabou por gerar a deflagração de ação civil pública, que tramita no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o intuito de limitar o efetivo carcerário dessa unidade prisional à sua capacidade máxima, além de compelir o Estado a efetivar os direitos humanos das pessoas custodiadas naquela unidade.⁵⁵

Além da falta de estabelecimentos prisionais adequados para comportar toda a população carcerária do Estado do Rio de Janeiro, diversos outros fatores contribuem para o incremento desta situação crítica.

Em relatório expedido pelo Conselho Nacional de Justiça em decorrência do mutirão carcerário⁵⁶, constatou-se diversos problemas administrativos, burocráticos e de administração

⁵⁴MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório da dados. Disponível em: <www.portal.mj.gov.br>. Acesso em 11/03/13.

⁵⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0358308-65.2011.8.19.0001, atual procedimento especial Nº 2012/0026716-7 VEP/RJ.

⁵⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário do Rio de Janeiro- Relatório Final**. Regulamentado pela portaria nº108/2011. Realizado no período de 26 de outubro de 2011 a 16 de dezembro de 2012.

cartorária que contribuem significativamente para o incremento da superpopulação carcerária fluminense.

Em inúmeros processos de presos em cumprimento de pena, percebeu-se que a pena imposta já havia sido cumprida sem que o cartório/secretaria tivesse qualquer controle sobre esta situação ou, quando menos, sem ter encaminhado o processo ao juiz competente para a extinção da pena, permanecendo o segregado indevidamente recolhido.

Verificou-se, ainda, a existência de inúmeras prisões indevidas ou cumprimento de penas privativas de liberdade em regime diverso da condenação, em razão da expedição de mandados de prisão sem validade.

Assim, por exemplo, mandados de prisão decorrentes da conversão de uma pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sem prazo de validade, resultam na manutenção indevida dos condenados segregados cujas penas já se encontram prescritas.

Em outros feitos, percebeu-se que o livramento condicional é o primeiro benefício examinado no processo de execução penal, sem ter havido a análise das progressões de regimes, embora preenchidos os lapsos temporais para o deferimento de tais benefícios, bem como de outros que derivam do sistema progressivo de cumprimento de pena, tais como saídas temporárias, trabalho externo, etc, o que reforça a total ausência de controle de prazos e datas finais de cumprimento de pena.

Além disso, foi ressaltada a morosidade do judiciário e o longo caminho percorrido desde o requerimento do benefício até o seu deferimento. Com efeito, a demora nestes trâmites é tamanha que, muitas vezes, ao ser apreciado o pleito, este não é mais interessante, eis que o apenado já faria jus a outra benesse ou, até mesmo, já teve a pena extinta pelo seu integral cumprimento, o que causa descrédito e revolta perante aqueles que preenchem os requisitos legais e demonstram interesse em cumprir regularmente a sua pena.

Por fim, foram diagnosticados outros fatores que contribuem para a superlotação carcerária, cabendo destacar o não cumprimento imediato das decisões judiciais por parte da SEAP (Secretaria de Administração Penitenciária). Sobre o tema, o relatório concluiu que:

Quando o cartório expede os documentos comunicando a concessão de qualquer benefício, inclusive a soltura, o sistema penitenciário inicia um procedimento de busca de prejuízo (eventual impeditivo a libertação do preso), chamado no Estado de 'sarqueamento' (neologismo originário da sigla SARC, 'sistema de arquivo'). O

sarqueamento, que é a verificação de toda vida pretérita e atual do preso realizada em arquivos informatizados (e até manuais) pelos órgãos judiciários, POLINTER da Polícia Civil do RJ e SEAP/RJ, por vezes, demora dias. Isso ocorre em virtude de os sistemas de informações prisionais do Estado não serem integrados. Logo, diante de uma decisão de soltura, a POLINTER da Polícia Civil e SEAP verificam em seu banco de dados se o apenado encontra-se preso ou possui ordem de prisão por outro processo. Em sendo positiva a busca, a SEAP não cumpre a decisão e caberá ao cartório/secretaria da SEAP diligenciar no processo originário a fim de verificar se a decisão judicial impeditiva continua, realmente, em vigor. A repetição de registros sobre os mesmos fatos (números de inquérito, de processo criminal e de execução diversos) é a causa maior do entrave para o cumprimento da ordem de soltura dos apenados/presos no Estado do Rio de Janeiro, sendo de rigor a existência de um único banco de dados integrado, que agilize e facilite a busca de dados e registros policiais e judiciais eventualmente impeditivos de liberdade das pessoas.

Tais procedimentos retardam de forma totalmente desarrazoada a efetivação das ordens de soltura. Além disso, é muito frequente ser o alvará liberatório considerado “prejudicado” de forma equivocada, tendo em vista a desatualização e o conflito entre os bancos de dados da POLINTER e da SEAP. Acarreta-se, assim, a manutenção ilegal da prisão, que se estende por mais tempo do que o determinado pela ordem judicial, unicamente em razão de perplexidades burocráticas.

Esta situação crônica de superlotação, agravada pelas circunstâncias acima mencionadas, acaba por facilitar a violação de diversos direitos humanos dos presos, tais como integridade física, moral, higiene, alimentação, assistência à saúde, assistência social, assistência psicológica, dentre outros.

Nas inspeções judiciais realizadas nas unidades prisionais fluminenses por diversos organismos e instituições⁵⁷, verificam-se claramente as violações às regras mínimas e determinações legais, contribuindo para o fenômeno de exclusão, coisificação e inocuização decorrentes do encarceramento do indivíduo.

O Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro (MEPCT/RJ), órgão criado pela Lei Estadual nº 5.778, de 30 de junho de 2010, vinculado à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e que tem como objetivo planejar, realizar e conduzir visitas periódicas e regulares a espaços de privação de liberdade, em seus diversos relatórios, constatou *in loco* o ambiente desumano imposto às pessoas privadas de liberdade, corroborando o cenário apresentado. Cumpre aqui destacar trechos da vistoria

⁵⁷Possuem atribuição para visitar e fiscalizar as unidades prisionais a Defensoria Pública (art. 81-B, § único da lei 12.210/84; Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (art. 64, VII, da lei 12.210/84); Ministério Público (art. 68, § único, da lei 12.210/84; Departamento Penitenciário Nacional (art. 72, II, da lei 12.210/84), juízes da execução penal (art. 66, VII, da lei 12.210/84); Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (art.8, I, da lei estadual nº 5778/10), dentre outros.

realizada na unidade Joaquim Ferreira, cuja natureza é o recebimento de presas (mulheres) provisórias oriundas de Delegacias de Polícia Civil de todo o Estado⁵⁸:

No caso do encarceramento feminino, há uma histórica omissão dos poderes públicos, manifesta na completa ausência de quaisquer políticas públicas que considerem a mulher encarcerada como sujeito de direitos inerentes à sua condição de pessoa humana e, muito particularmente, às suas especificidades advindas das questões de gênero. Isso porque, como se verá no curso deste relatório, há toda uma ordem de direitos das mulheres presas que são violados de modo acentuado pelo Estado, que vão desde a desatenção a direitos essenciais como à saúde e, em última análise, à vida, até aqueles implicados numa política garantidora de direitos sociais como a educação, o trabalho e a preservação de vínculos e relações familiares.

Quanto às condições de higiene, o art. 15 das Regras Mínimas da ONU dita que o Estado deve garantir condições para que os presos se mantenham limpos, devendo o estabelecimento penal lhes fornecer água potável e os artigos de higiene necessários para a saúde e limpeza.

A ausência de higiene e salubridade das penitenciárias já era alvo de preocupação do constituinte originário brasileiro desde 1824⁵⁹, que, através do art. 179 da Constituição, trouxe dispositivo expresso no tocante à estrutura das prisões:

XXI. As Cadeas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e a natureza dos seus crimes.

Com efeito, a situação das primeiras prisões existentes no Brasil (Século XIX), com destaque para a prisão de Aljube e Santa Bárbara, no Rio de Janeiro, era bastante degradante, eis que funcionavam como depósito de indivíduos de toda ordem, sem qualquer preocupação com a reforma ou ressocialização dos detentos, evidenciando uma calamidade que se protraiu ao longo dos tempos e se reflete na realidade carcerária contemporânea.

As Regras Mínimas para Tratamento dos presos no Brasil também enfatiza a necessidade de observância e garantia dos direitos individuais dos apenados, tais como água potável, alimentação, visitação, banho de sol, atendimento médico, psicológico, farmacêutico, odontológico, jurídico, dentre outros.⁶⁰

⁵⁸ ASSEMBLEIA Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate   Tortura. Relatório de inspeção- Penitenciária Feminina Joaquim Ferreira de Souza. Rio de Janeiro, 22 e 29 de agosto de 2012.

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao24.htm>. Acesso em 11/03/13.

⁶⁰ Art. 13. A administração do estabelecimento fornecer  água potável e alimentação aos presos.
Art. 14. O preso que não se ocupar de tarefa ao ar livre deverá dispor de, pelo menos, uma hora ao dia para realização de exercícios físicos adequados ao banho de sol.
Art. 15. A assistência   saúde do preso, de caráter preventivo curativo, compreender  atendimento médico, psicológico, farmacêutico e odontológico.

Nas inúmeras unidades inspecionadas pelo Conselho Nacional de Justiça⁶¹, verificou-se a total inadequação do sistema penitenciário brasileiro à normativa vigente, negando-se aplicabilidade aos mais triviais direitos fundamentais do cidadão, conforme demonstrado nos trechos abaixo colacionados:

- Presídio Ary Franco:

No âmbito da SEAP, mereceu destaque a situação do presídio Ary Franco, único polo da SEAP distribuidor de presos provisórios do Estado do Rio de Janeiro. É a porta de entrada da SEAP. Hoje, conta com número de detentos superior ao dobro de sua capacidade, com quase dois mil presos, onde cabem, no máximo, 800. (...) A situação de superlotação dessa unidade, que está instalada em prédio muito antigo, cuja arquitetura remonta as antigas carceragens do período militar, com rede elétrica que se apresenta extremamente comprometida em termos de capacidade e segurança. A rede hidráulica se encontra no mesmo diapasão, havendo notícias de intensos e seguidos vazamentos de água, a expor os detentos a riscos de contaminação por doenças oriundas deste fenômeno. As celas são coletivas e abrigam mais de 75 homens em espaços não dimensionados para tanto; a iluminação e a ventilação são precárias; existem pequenos vãos internos, nos fundos das celas, por onde entra a luz solar e a ventilação; são locais onde se concentram todos os presos da cela, confinados 22 horas por dia, pois o banho de sol em espaço mais amplo é escalonado entre as galerias. Quando chove as celas ficam alagadas e, no frio, há risco de doenças a atingir principalmente os presos mais velhos. A superlotação verificada no presídio Ary Franco (...) inviabiliza totalmente aos reclusos tratamento de saúde, assistência médica, odontológica, e medicamentos quantitativa e qualitativamente necessários. Além da superlotação, faltam colchões, cobertores, material de limpeza e higiene; a instalação dos chamados ‘triliches’ propicia a ocupação das celas somente no plano vertical devido ao pé direito alto das celas. Porém, como a cela é coletiva, o espaço no plano horizontal é demasiado reduzido para todos. Além disso, a regra no sistema prisional é o de manter os presos de regime fechado- sem qualquer tipo de atividade laboral ou educacional- grande parte do dia trancados nas celas, o que aumenta a necessidade de espaço físico horizontal.

- Presídio Evaristo de Moraes:

Situação grave também foi encontrada na unidade Evaristo de Moraes, também conhecida como ‘galpão’. Trata-se de prédio antiquíssimo, desgastado fisicamente, ressentindo-se de urgente reforma estrutural, de fiação elétrica e hidráulica. Ventilação e iluminação natural comprometidas pela construção de celas no interior deste galpão, formando um imenso corredor, ao longo do prédio. A superlotação também afeta esta unidade, havendo grande número de presos idosos, recolhidos, como os demais, em celas individuais insalubres. (...) Foi constatado na inspeção forte odor de óleo combustível, talvez, por existirem- mesmo que desativados e vazios- resquícios da presença de tanques de óleo que abasteciam as composições férreas. (...) Recomenda-se a imediata desativação desse presídio-galpão- por absoluta e insuperável inadequação.

Art. 17. O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico.

Art. 33. O preso estará autorizado a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas.

Art. 38. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso.

⁶¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário do Rio de Janeiro- Relatório Final**. Regulamentado pela portaria nº108/2011. Realizado no período de 26 de outubro de 2011 a 16 de dezembro de 2012.

Outro ponto destacado nas inspeções judiciais diz respeito aos critérios de separação e classificação das pessoas privadas de liberdade.

Sobre o tema, as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos da ONU determina, em seu artigo n° 8 (oito) que: “as diferentes categorias de presos deverão ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados levando em consideração seu sexo e idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado.”

Lembre-se, ainda, o princípio n° 08 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão⁶², que estabelece que pessoa detida deve se beneficiar de um tratamento adequado à sua condição de pessoa condenada, respeitando-se, sempre que possível, a separação dos presos.

É previsto, ainda, na regra n° 69, a realização de um estudo da personalidade, após a admissão da pessoa privada de liberdade, com a elaboração de programa de tratamento que lhe seja destinado à luz dos dados de que se dispõe sobre suas necessidades individuais, capacidade e estado de espírito.

As Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil, ao tratar sobre a separação e classificação dos presos, dispôs, em seu art. 53, que:

Art. 53. A classificação tem por finalidade:

I – separar os presos que, em razão de sua conduta e antecedentes penais e penitenciários, possam exercer influência nociva sobre os demais.

II – dividir os presos em grupos para orientar sua reinserção social;

Art. 54. Tão logo o condenado ingresse no estabelecimento prisional, deverá ser realizado exame de sua personalidade, estabelecendo-se programa de tratamento específico, com o propósito de promover a individualização da pena.

A Lei de Execução Penal também regulamentou a matéria, determinando a separação dos presos provisórios dos definitivos, bem como segundo seus antecedentes e personalidade, no intuito de orientar a individualização da execução da pena.

O artigo 8° do referido diploma, em conformidade com as regras mínimas acima destacadas, prevê a realização de exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma necessária classificação e com vistas à individualização da execução.

⁶² Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 43/173, de 9 de Dezembro de 1988.

Esta classificação deve ser feita por uma Comissão Técnica, a quem incumbirá elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao apenado ou ao preso provisório, conforme determina o artigo 6º do mesmo diploma legal e em consonância com o princípio da individualização da pena disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

A inexistência deste sistema de classificação dos apenados, nos moldes das Regras Mínimas e legislação ordinária já citados, também foi observada nas inspeções judiciais, que constatou que a separação é feita de acordo com a facção criminosa a que pertencem os internos ou aquela predominante no bairro ou comunidade na qual residem.

No relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário, verificou-se esta violação ao direito fundamental à individualização da pena, bem como a deturpação do sistema de classificação dos presos, cabendo destacar os seguintes trechos:

O sistema de classificação dos presos praticamente inexistente dentro das prisões brasileiras. Resume-se a inquirição ao novo hóspede se tem algum inimigo ou a qual facção pertence. Viola claramente as Regras Mínimas que, nesta perspectiva, o regime penitenciário deve fazer apelo a todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros, e a todos os meios de assistência de que pode dispor, procurando aplicá-los segundo as necessidades do tratamento individual dos delinquentes. No Rio de Janeiro o critério principal de separação de presos é a organização criminosa a que pertencem.⁶³

Tal realidade também foi constatada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, em seu relatório sobre o sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, estabeleceu a seguinte conclusão:

Seguindo-se no âmbito da SEAP, informações prestadas por agentes penitenciários deram conta de que no Estado do Rio de Janeiro as unidades prisionais são divididas de acordo com a facção criminosa dos internos (Comando Vermelho, Terceiro Comando e assim por diante), como forma de evitar que sentenciados de facções criminosas rivais entrem em conflito.

Não obstante o exame criminológico obrigatório previsto no art. 8º da Lei de Execuções Penais e que visa dar aplicabilidade ao princípio da individualização da pena seja desconsiderado pela Administração Pública, conforme já destacado, certo é que o exame decorrente da análise da personalidade do agente, facultativo desde o advento da lei 10.792/03, é frequentemente exigido pelos magistrados como condição para o deferimento

⁶³ Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. Centro de Documentação e Informação. Edições Câmara. Brasília, 2009.

dos benefícios de progressão de regime e livramento condicional, caracterizando um resquício da medicina carcerária e da criminologia positivista.

Neste sentido, a exigência destes exames para a concessão da maioria dos benefícios previstos na lei de execuções penais acaba por sobrecarregar a equipe técnica que, em vez de proporcionar uma assistência médica e psicológica efetiva aos apenados, tal como preconizado pela lei de execuções penais, ficam encarregados de realizar centenas de exames criminológicos superficiais, baseados, muitas vezes, em uma única entrevista de poucos minutos com o apenado, o que acaba por gerar atrasos excessivos na entrega destes documentos e, conseqüentemente, a manutenção indevida e prolongada do apenado no estabelecimento prisional.

As falhas apontadas acabam contribuindo para o aumento do efetivo carcerário e do tempo de encarceramento, sobressaltando os efeitos negativos do confinamento, muito bem traduzidos pelo Secretário Geral⁶⁴ do Ministério da Justiça: o efeito criminógeno do cárcere, tendo em vista as altas taxas de reincidência; a destituição do direito de voto de parcelas significativas da população; o agravamento do déficit público; realocação do fundo público da área social (saúde, educação, habitação) para o sistema de justiça criminal; rotinização da experiência prisional e a colonização da cultura comunitária pela cultura da prisão e, por último, porém não menos importante, o reforço e o agravamento das divisões sociais tendo em vista o caráter econômico e socialmente enviesado das práticas punitivas.

Apesar destes conhecidos e nefastos efeitos, bem como das inúmeras recomendações prescritas nos diversos relatórios de inspeção supramencionados, certo é que as deficiências apontadas continuam sem previsão de solução, sendo desanimadoras as perspectivas de mobilização do poder público para melhoria do cenário apresentado.

7. Universalismo e Direitos Humanos: para quem?

Não obstante a inegável utilidade da institucionalização dos direitos humanos, bem como do desenvolvimento de uma concepção holística destes direitos como universais e indivisíveis (Todos os Direitos Humanos para Todos), certo é que sua ampla consciência e transformação em realidade palpável ainda é um ideário distante.

⁶⁴ MINISTERIO DA JUSTIÇA. Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas. Brasília, novembro de 2002.

Especialmente no tocante às pessoas privadas de liberdade, há uma grande dificuldade da sociedade em concebê-las como sujeitos de direitos. Ou seja, está disseminada no senso comum a ideia de que estas pessoas não podem ser “prestigiadas” com a observância dos mínimos direitos fundamentais estabelecidos em nossa Carta Constitucional, como se perdessem a qualidade de seres humanos para transformarem-se em coisas, impassíveis de proteção.

A implementação de qualquer medida que traga bem estar ao agressor é considerada contrária à defesa e ao respeito das vítimas e da sociedade, assim como as medidas políticas são tomadas de maneira tal que aparentam valorizar a opinião pública, em detrimento dos especialistas e resultado das pesquisas.

Em voto proferido pelo Ministro Eros Grau, no julgamento da ADPF 153, a abrangência universal e irrestrita dos direitos humanos foi ressaltada, impondo-se a observância da legalidade e o respeito irrestrito aos direitos fundamentais dos cidadãos, independentemente do crime por eles praticados e quaisquer que sejam as circunstâncias:

(...) Existe lei que autorize autoridade, seja civil, seja militar, maltratar, física ou moralmente, o detento, ainda que sobre ele recaiam as suspeitas mais veementes ou as certezas mais incontestáveis? Lei alguma existe que autorize autoridade nenhuma a infligir maus tratos a ser humano, a ofender-lhe a saúde, a torturá-lo, seja qual for o motivo, seja qual a finalidade. Bem ao contrário, lei existe a impor como dever de toda a autoridade, toda, ‘o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário’. No rol dos direitos individuais assegurados a brasileiros e estrangeiros aqui residentes figura o da ‘incolumidade pessoal’ como limite intransponível do poder do Estado: ‘Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.’ A fórmula não pode ser mais categórica, nem mais ampla. Ela é absoluta. Inequivocamente ilegal terá sido o ato da autoridade que consistiu em maltratar pessoa presa, não importa o delito a ela imputado, ou a prova contra ela acumulada, quaisquer que tenham sido as circunstâncias; (...) ⁶⁵

Constantemente, atuações de organizações ou instituições voltadas para a defesa dos direitos humanos dos presos são alvo de críticas e piadas jocosas, tanto por parte da mídia, quanto em filmes ou noticiários, que instigam a punição meramente retributiva, disseminam a cultura do medo, o processo de vitimização e contenção do perigo.

Ao lado dos inúmeros estudos e comprovações históricas a respeito da ineficácia da pena privativa de liberdade no cumprimento de sua finalidade ressocializante, convive um discurso criminalizante e recrudescedor do poder punitivo estatal, que preconiza o

⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, Brasília, DF, 29 de abril de 2010.

encarceramento, materializado no sofrimento e no castigo, como única forma de satisfazer os anseios da sociedade e diminuir a sensação de impunidade.

Tal discurso é chamado por Garland⁶⁶ de “respostas de não-adaptação”, porque simplesmente parecem desconhecer ou negar a calamitosa realidade do sistema penal:

Se é possível, na pós-modernidade, identificar duas criminologias- a primeira, a *criminologia do eu*, que retrata o criminoso como uma pessoa normal, consumidor como nós numa situação transitória de vulnerabilidade, e que banaliza o crime, mitiga o medo popular e advoga o afastamento do sistema penal em favor de intervenções preventivas, e a segunda- a *criminologia do outro*, que demoniza o criminoso, apoia o poder punitivo e dramatiza os medos populares- a criminologia que está por detrás das respostas de não-adaptação é inequivocadamente a segunda.

Nesta ideia se embasa o relatório anual do Centro Internacional para Estudos Penitenciários da Universidade de Essex, Inglaterra, que assinalou apropriadamente que:

O conceito tradicional de prisão, pelo menos nos países ocidentais, é de um lugar onde o ofensor é enviado como castigo, e não para ser castigado. O que implica castigo consiste na privação da liberdade e não se estende à forma na qual as pessoas aí são tratadas. Essa premissa agora é menos certa do que foi há um tempo atrás. Cada vez mais, aumenta o número de instancias nas quais as condições em que os presos são mantidos dá a impressão que eles foram enviados para a prisão para serem castigados. Isso, provavelmente, depende dos recursos da administração da prisão para mantê-las em boas condições de detenção, o que ocorre com frequência em países em via de desenvolvimento ou em países de transição. Em muitos casos, condições repressivas são impostas nos presídios de modo intencional, como uma forma de administração executiva e conveniente para lidar com presos que apresentam risco de fuga ou rebelião. Também, porque acreditam que determinado grupo de presos ‘merece’ tal tratamento devido às ofensas pelas quais foram presos ou condenados.⁶⁷

Tudo isto acaba contribuindo para a total negligência quanto aos direitos dos presos, na direta proporção da ênfase sobre repressão e aumento do controle.

De acordo com Caçado Trindade⁶⁸, a medida do grau de civilização de uma determinada sociedade se dá através do respeito aos direitos humanos, o que está umbilicalmente ligado ao exercício da cidadania e da democracia.

⁶⁶ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contromporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 28.

⁶⁷International Centre of Prisons Studies, Annual Report, 2002. King’s College London. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/links.html>. Acesso em 11/03/13.

⁶⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado de. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol. I. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

A cidadania encontra-se profundamente enraizada na discussão de proteção de direitos fundamentais da pessoa humana, na medida em que não se deve falar em cidadania se não puder falar em acesso efetivo a direitos fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva, a nova ideia consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que esta situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.⁶⁹

Neste sentido, como falar em cidadania, diante das aterradoras condições humanas às quais se encontram subjugadas milhares de pessoas que se encontram privadas de liberdade em razão da custódia forçada do Estado?⁷⁰

Como falar de pós-modernidade, se boa parte da população brasileira se encontra alijada dos mais triviais direitos fundamentais já aclamados como direitos de todo o homem e cidadão desde a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789?

O Direito, como legado da modernidade, deve ser visto hoje como um campo necessário de luta para implementação das promessas modernas, incluindo-se, dentre elas, o respeito aos direitos fundamentais. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário neste complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos, individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos.⁷¹

Verificado o total desalinho, por parte Administração Pública, do exercício do seu mister, que flagrantemente descumpre o princípio da legalidade democrática, desrespeitando os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, compartilha-se das indagações de Lênio Streck: “qual o papel (e responsabilidade) do jurista neste complexo jogo de forças, do qual Konder Comparato⁷² denuncia a ‘morte espiritual’ da Constituição?” Quais as condições

⁶⁹ SILVA, JOSÉ AFONSO DE. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2007, p.34-36.

⁷⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Manole: Barueri, 2004, p.16

⁷¹ STRECK, p. 29.

⁷² LENIO, Luiz Streck. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002, p.28.

de acesso à justiça do cidadão, visando ao cumprimento (judicial) dos direitos previstos na Constituição?

Sobre o papel do Judiciário na proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, destaca-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁷³ que, constatando o tratamento degradante e desumano conferido a esta parcela da população, entendeu pela configuração da responsabilidade civil do Estado e a sua respectiva condenação.

Transcreve-se, por oportuno, trechos da sentença ora comentada:

Vê-se, assim, **que o ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, não obstante os esforços desenvolvidos e o efetivo aumento da massa carcerária, provocado por uma omissão ou inércia do próprio Estado, no desenvolvimento de políticas públicas de outras naturezas, **vêm, diária e reiteradamente, descumprindo não só as normas legais referidas, mas também, e, principalmente, a Constituição Federal, quanto aos direitos fundamentais dos presos. Vale destacar que a presente questão já vem de longa data, sendo objeto inclusive de deliberação por organismos internacionais, aos quais, o Estado Brasileiro se acha vinculado.** (...)

Assim, tenho que restou suficientemente comprovado a violação dos direitos fundamentais dos Autores enquanto foram mantidos acautelados na 110ª DP, o que representa efetivo constrangimento moral que deve ser indenizado, valendo salientar, mais uma vez, **que o ESTADO DO RIO DE JANEIRO reconheceu a precariedade do sistema carcerário em todo o Estado e a situação degradante vivida por cada um dos Autores**, em particular, enquanto foram mantidos na referida unidade prisional.

Prosseguindo, **JULGO PROCEDENTE o pedido indenizatório para condenar o ESTADO DO RIO DE JANEIRO a indenizar cada um dos Autores, pelo dano moral causado, representado pelo tempo que foram mantidos em uma unidade prisional que não atendia aos requisitos mínimos previstos na Lei de Execuções Penais**, com a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para cada um dos Autores, que será corrigida a partir da presente data, o que faço com base nos artigos 85 e 88, parágrafo único da LEP c/c o artigo 27 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na forma do inciso LXIX do artigo 5º e artigo 3º da Constituição Federal.

Além da responsabilização do Estado pelo tratamento degradante, importante para a conscientização e reparação de um dano já consolidado, as dificuldades de implementação de políticas públicas voltadas para a melhoria do sistema carcerário traz à baila a necessidade de buscas por soluções alternativas ao cárcere, dentre as quais se destaca o instituto do monitoramento eletrônico.

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes n° 0009573-98.2005.8.19.0061. Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2012.

CAPÍTULO II- DO SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRONICO DE APENADOS COMO DECORRENCIA DE UMA POLITICA CRIMINAL ALTERNATIVA À PRISÃO

1. Sistema Penal Alternativo Brasileiro:

Considerando o quadro crítico apresentado, que não se manifesta apenas no Estado do Rio de Janeiro, mas de forma ampla e generalizada, verifica-se que a pena privativa de liberdade, marco na humanização das penas e sanção mais representativa do sistema repressivo estatal, demonstrou-se ineficiente quanto à concretização de sua finalidade preventiva, bem como na efetivação dos princípios e valores constitucionais relativos à pessoa privada de liberdade.

O Presidente do Conselho Nacional de Justiça e Ministro do Supremo Tribunal Federal César Peluzo, na abertura do livro do mutirão carcerário⁷⁴, compartilha as angústias decorrentes do cenário caótico diagnosticado:

Uma reta consciência e uma preocupação social responsável nos indagam: o que esperamos de nossas penas e de nossas prisões? Cuidamos, com firmeza, que condenados podem voltar a integrar a sociedade com atitude respeitosa às normas jurídicas? Inquieta-nos o tratamento degradante que, como expressão do valor coletivo reconhecido à dignidade humana, lhes é reservado? Ou satisfaz-nos o alívio temporário que vem à sensação da contínua, mas insignificante e infrutífera desocupação das ruas?

Alessandro Barata retrata esta incompatibilidade entre a ideologia do legislador e a eficácia da legislação, ressaltando que a realidade do direito é dada pela sua unidade, não podendo o jurista se limitar ao universo da norma, excluindo o conhecimento a respeito da eficácia e aplicação concreta desta, à luz da realidade histórica e social em que é concretizada.⁷⁵

Tudo isto levou ao desenvolvimento de um novo sistema penal que, ao lado de conceber a prisão como *ultima ratio*, se caracteriza pela introdução e ampliação, no

⁷⁴Peluzo, César. **Mutirão Carcerário: Raio X do sistema penitenciário brasileiro**. Conselho Nacional de Justiça, 2012.

⁷⁵BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3. Ed. Rio de Janeiro. Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 188.

ordenamento jurídico, de mecanismos alternativos à pena privativa de liberdade, valorizando a permanência dos laços familiares e do convívio social e profissional do apenado.

Sobre o tema, destaca-se trecho da obra de César Roberto Bittencourt.⁷⁶

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco na humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados. A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve início com a luta de Von Litz contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados. Nas alternativas inovadoras da estrutura clássica da privação da liberdade há um vasto repertório de medidas, sendo que algumas representam apenas um novo método de execução da pena de prisão, mas outras constituem verdadeiros substitutivos. A exigência, sem embargo, de novas soluções não abre mão da aptidão em exercer as funções que lhes são atribuídas, mas sem o caráter injusto da sanção substituída.

Esta política ganhou força no 6º Congresso das Nações Unidas que, após constatar os efeitos dessocializadores da prisionalização, demonstrou o interesse mundial na busca por meios alternativos ao cárcere, através da adoção, por meio da Resolução 45/110, em 14 de dezembro de 1990, das Regras Mínimas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade, que passaram a ser conhecidas como Regras de Tóquio⁷⁷.

Estruturalmente, estas regras estão divididas em oito seções e objetivam, em consonância com um direito penal mínimo, uma maior participação da comunidade na Administração do Sistema de Justiça Criminal, bem como a segurança das garantias mínimas para os indivíduos submetidos aos substitutivos penais.

Verifica-se, neste sentido, uma preocupação com o princípio da humanidade das penas, através do estabelecimento de limites à aplicação das medidas ou penas alternativas, considerando que, apesar de não privarem a liberdade, acabam restringindo outros direitos dos apenados. Neste sentido, a aplicação destas medidas estar em consonância com os direitos humanos, exigências de justiça social e necessidade de reabilitação do criminoso.⁷⁸

⁷⁶BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 442-443

⁷⁷REGRAS DE TOQUIO: Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade. Tradução Damasio de Jesus. Brasília, Ministério da Justiça, 1998.

⁷⁸OLIVEIRA, André Abreu de. **Regras de Tóquio como princípios norteadores de alternativas ao cárcere**. Disponível em: www.ibbcrim.org.br. Acesso em 22 fev. 2013.

O princípio da intervenção mínima também é destacado nas Regras de Tóquio, sendo certo que também deve ser respeitado quando da utilização das medidas não privativas de liberdade, implicando a menor interferência possível do direito penal como mecanismo de regulação da sociedade.⁷⁹

Este modelo penal alternativo tem base constitucional, considerando que a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, XLVI, em atitude pioneira, descreve um rol não taxativo de penas substitutivas, autorizando o legislador a criar e ampliar as já existentes.

Dito sistema alternativo conta com penas e medidas substitutivas, sendo certo que o conjunto destas é chamado por parte da doutrina de “alternativas penais”.⁸⁰

Seguindo essa conceituação doutrinária, a nomenclatura medida alternativa seria utilizada como referência a qualquer instituto legal cabível, antes ou após a condenação, que evite o encarceramento, podendo ser imposta de modo consensual (ex: suspensão condicional do processo) ou não consensual (ex: *sursis*, perdão judicial, etc).

Já as penas alternativas significam sanção de natureza criminal que não implique privação da liberdade, podendo ser aplicada diretamente pelo juiz, como no caso da aplicação da multa prevista no art. 135 do Código Penal, ou indiretamente, como nos casos de conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

No cenário brasileiro, a participação no 9º Congresso das Nações Unidas, realizado em Viena, em 1995, impulsionou o processo de ampliação das medidas substitutivas, sendo certo que a respectiva delegação manifestou-se oficialmente no sentido de possibilitar a adesão do Brasil a esta política alternativa, o que repercutiu através da publicação, no mesmo ano, da lei 9099/95, que trata dos Juizados Especiais Criminais.⁸¹

⁷⁹Regra 2.6: “as medidas não-privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.”

⁸⁰GOMES, Luis Flavio; MOLINA, Antônio García Pablos. **Direito Penal: Parte Geral. v.2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 2007, p. 766.

⁸¹Idem, p. 769.

Dando cumprimento a essa intenção governamental, em 24 de dezembro de 1996, o Presidente da República, através da mensagem 1.445⁸², encaminhou projeto de lei que objetivava alterar o Código Penal, salientando, como motivo para ampliação das medidas alternativas, que “a prisão não vem cumprindo com o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir (...) a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes mais graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social.”

Tal projeto acabou culminando na promulgação da lei 9.714/98, que inseriu novas quatro sanções restritivas diversas da pena privativa de liberdade ao Código Penal (prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e prestações de outra natureza).

Um dos grandes obstáculos à efetiva utilização destes substitutivos penais pelos magistrados é a dificuldade de uma fiscalização fidedigna do cumprimento destas medidas, gerando um grande índice de impunidade, devido à falta de acompanhamento através das Varas de Execuções Penais.

Com efeito, muitos benefícios deixam de ser concedidos em razão desta dificuldade de fiscalização, trazendo prejuízos ao apenado, que se vê impedido de usufruir de um direito subjetivo, que lhe é garantido por lei, em razão de uma falha administrativa do Estado.

Como exemplo, cita-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça⁸³ no *Habeas Corpus* n° 25.166 DF, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, que, apesar de reconhecer o direito ao trabalho extramuros do apenado que cumpre pena em regime fechado, negou-lhe o benefício, considerando a impossibilidade prática de se designar um policial, todos os dias, para acompanhar e vigiar o preso durante a realização de seus serviços, o que inviabilizaria a vigilância necessária para a concessão da benesse.

No manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas, elaborado pelo Ministério da Justiça, apresenta-se expressamente essa dificuldade da Administração Pública na supervisão e monitoração do cumprimento destas medidas:

⁸²BRASIL. Mensagem 1455. Brasília, 20 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/veto_total/1995/Mv1445-95.htm>. Acesso em 10 de março de 2013.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n°25.166, Brasília, DF, 22 de abril de 2003.

Sabe-se, no entanto, que a efetiva execução das medidas não-privativas de liberdade põe uma série de desafios ao formulador e ao executor da política penal contemporânea, notadamente no que se refere à necessidade de aperfeiçoar a fiscalização do cumprimento das penas e de aprimorar a capacitação de pessoal especializado para que esteja à altura desse horizonte de complexidade. Assim é que a reintegração bem-sucedida do apenado à comunidade depende do treinamento eficiente dos responsáveis pela supervisão dessas medidas.⁸⁴

Ressalte-se, ainda, que muitas medidas cautelares substitutivas à prisão deixam de ser aplicadas pelos magistrados sob o mesmo argumento, indo de encontro ao que dispõe a segunda seção das Regras de Tóquio que, dividindo-se entre ‘Medidas Aplicáveis antes do Julgamento’ e ‘A prisão preventiva como último recurso’, versa sobre a necessidade de criação e ampliação das alternativas à restrição da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

É neste contexto que se insere o sistema de monitoramento eletrônico de apenados, introduzido recentemente no ordenamento jurídico brasileiro através das leis 12.258/10 e 12.403/11, com a intenção declarada de suavizar a desumanidade do sistema carcerário, proporcionando alternativas diversas à pena privativa de liberdade, através de uma fiscalização fidedigna, tanto na fase processual quanto na executória.

Tal mecanismo, já implementado em diversos países do mundo, foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro com uma promessa descarcerizante, visando auxiliar no processo de desafogamento das unidades prisionais, além de reduzir o custo do Estado com a manutenção dos presos, proporcionando maior convívio social e familiar dos condenados, em atenção ao princípio ressocializatório e humanizante das penas.⁸⁵

Seguindo esta linha, faz-se necessário analisar as origens deste instituto, seus sistemas e finalidades para, em seguida, questionar se as finalidades declaradas se compatibilizam com a destinação conferida ao instituto, bem como se a aplicação desta medida está sendo feita em consonância com um direito penal mínimo e com o respeito adequado aos direitos e garantias fundamentais dos monitorados.

⁸⁴ *Ibidem*, 2002.

⁸⁵ BRASIL. Mensagem 310. Brasília, DF, de 15 de junho de 2010.

2. Da Vigilância Indireta como instrumento de Política Criminal Alternativa:

2.1 Histórico:

A gênese do sistema de vigilância eletrônica data da década de 60, quando o psicólogo americano de Harvard, Dr. Robert Schwitzberg, após assistir o musical *West Side Story*, imaginou que o desfecho do filme poderia ser diferente se houvesse algum sistema de comunicação que evitasse a prática de crimes por jovens delinquentes.

A partir de então, iniciou-se o projeto denominado “Streetcorner Research”, onde voluntários em livramento condicional eram monitorados e recebiam uma ajuda de custo para descrever suas rotinas diárias e experiências com o equipamento.

A “máquina do Dr. Schwitzberg”, como costumava ser chamada, consistia em um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir sinais à distância. Em seguida, através de uma parceria com Richard Bird, desenvolveu um cinto eletrônico capaz de enviar e receber sinais táticos.

Em abril de 1969, publicou um artigo para a Revista *Psychology Today*, sendo certo que o título original foi modificado para *Belt from Big Brother*, em alusão à obra fictícia ‘1984’, de George Orwell.⁸⁶

Embora esta ferramenta tenha sido patenteada em 1969, só foi colocada em prática no final da década de 70.⁸⁷

A primeira sentença que aplicou a prisão domiciliar com sistema de vigilância eletrônica foi prolatada em 1983, pelo juiz Jack Love, de Albuquerque, Novo México que, inspirado em um episódio dos quadrinhos do Homem Aranha, contratou um especialista para que projetasse e manufacturasse um aparelho de rastreamento eletrônico de apenados.⁸⁸

⁸⁶John Howard Society of Alberta. Electronic Monitoring. Canada, 2000. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.htm#contents>> Acesso em 13 de março de 2013.

⁸⁷*Idem.*

⁸⁸MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico: Liberdade Vigida?** Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ57DC54E2PTBRIE.htm>>. Acesso em 10 de março de 2013, p. 4.

A partir daí, desenvolveram-se diversos projetos-piloto, notadamente em Washington, na Virgínia e na Flórida.⁸⁹

A solução foi implementada de tal forma que, em 1988, já havia 2.300 pessoas submetidas ao sistema de vigilância eletrônica, em 32 diferentes Estados Americanos. Dez anos mais tarde, o número total de monitorados havia alcançado a impressionante marca de 95.000 pessoas.⁹⁰

Este sistema foi adotado por diversos países, sendo que sua crescente utilização fomentou debates sobre a viabilidade de implementação deste instituto no Brasil. Sobre o tema, foram promovidos congressos, seminários, audiências públicas e estudos acadêmicos, culminando na apresentação de propostas legislativas, dentre as quais se pode destacar o projeto de lei nº 1.288/2007. Destacam-se, ainda, algumas experiências isoladas decorrentes da edição de leis estaduais e projetos experimentais implementados pelos Estados do Paraná e da Paraíba.

Tais iniciativas, pioneiras no Brasil, tiveram início através do magistrado Bruno César Azevedo Isidro, da Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira, no Estado da Paraíba, no ano de 2007, que desenvolveu um projeto denominado “Liberdade vigiada, sociedade protegida”⁹¹, mesmo antes do advento da lei federal que regulamentou a matéria.

Em âmbito nacional, os projetos de implementação legislativa do sistema de monitoramento eletrônico tiveram início no ano de 2001, mas apenas nove anos depois foi publicada a lei nº 12.258/10, regulamentada pelo decreto nº 7.627/11, que alterou dispositivos do Código Penal e Lei de Execuções Penais, permitindo a utilização de equipamento de vigilância indireta em casos específicos.

Posteriormente, o monitoramento eletrônico passou a figurar no rol das medidas cautelares tipificadas no art. 319 do Código de Processo Penal, alterado pela lei 12.403/11.

⁸⁹ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **O Brasil e o Monitoramento eletrônico**. In: Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Ministério da Justiça: Brasília, 2008, p. 15.

⁹⁰ John Howard Society of Alberta. Electronic Monitoring. Canada, 2000. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.htm#contents>> Acesso em 13 de março de 2013.

⁹¹ As especificações deste projeto podem ser visualizadas no sitio eletrônico do Instituto Inovare: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/liberdade-vigiada-sociedade-protegida/print/>>. Acesso em 10 de março de 2013.

A introdução da liberdade vigiada no ordenamento jurídico brasileiro trouxe uma série de repercussões jurídicas e sociais, sinalizando um início de mudanças no sistema progressivo de cumprimento de penas, que serão analisadas em capítulo próprio.

2.2 Natureza Jurídica, finalidades e sistemas:

O monitoramento eletrônico pode ser utilizado, basicamente, de três formas e com finalidades distintas:⁹²

- a) como medida cautelar assecuratória (*pré-trial proceedings*);
- b) como um substitutivo da pena privativa de liberdade (*front-door e back-door*)
- c) como uma medida fiscalizatória do cumprimento das penas (liberdade condicional, visitas periódicas ao lar, prisão domiciliar, dentre outras).⁹³

Enquanto medida cautelar processual, o monitoramento eletrônico se define como importante medida descarcerizante, já que assegura o trâmite regular do processo sem a necessidade de encarceramento, colocando a pena privativa de liberdade como última alternativa à disposição do magistrado.⁹⁴

Seguindo esta ótica, o sistema de vigilância não possui a natureza jurídica de sanção penal, razão pela qual não pode assumir o caráter de antecipação de pena, sendo cabível apenas quando demonstrada a evidente necessidade de resguardar a instrução criminal.⁹⁵

No Brasil, tal sistema se concretizou com o advento da lei 12.403/11 que, no Título IX, sob a rubrica: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, inseriu o monitoramento eletrônico no rol de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, IX).⁹⁶, permitindo a sua utilização como substitutivo da prisão preventiva ou, ainda, quando observada a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, I, e II, do Código de Processo Penal).

⁹²John Howard Society of Alberta. Electronic Monitoring. Canada, 2000. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.htm#contents>> Acesso em 13 de março de 2013.

⁹³MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico: Liberdade Vigiada?** Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ57DC54E2PTBRIE.htm>>. Acesso em 10 de março de 2013, p. 4.

⁹⁴BRASIL. Decreto-lei 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 282, §6º, alterado pela lei 12.403/11: § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

⁹⁵Bottini, Pierpaolo Cruz. Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. v. 39. Jul/dez 2011.

⁹⁶BRASIL. Decreto-lei 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Diante disso, o monitoramento cautelar processual pode assumir duas naturezas: mecanismo fiscalizatório do cumprimento das medidas alternativas ou medida cautelar autônoma. No primeiro caso, a medida teria caráter acessório, visando assegurar o cumprimento da medida cautelar substitutiva imposta, como nos casos de concessão de prisão albergue domiciliar. Na segunda hipótese, a vigilância estaria desatrelada da imposição de qualquer outra medida cautelar, podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente, como nos casos de fiscalização do cumprimento de medidas protetivas de não aproximação previstas na Lei Maria da Penha.

Sobre o monitoramento eletrônico como substitutivo da prisão cautelar, convém citar os ensinamentos de Rodríguez-Margarinos⁹⁷:

La vigilancia electronica puede ser utilizada por las autoridades para facilitar la puesta en libertad de aquellos individuos que sin haber sido condenados sufren anticipadamente las consecuencias de la prisión, evitando el riesgo de que se escapen y puedan eludir la acción de la justicia.

No seminário Internacional ‘Monitoramento Eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil’, realizado no auditório Tancredo Neves, do Ministério da Justiça, em Brasília, entre os dias 25 a 28 de outubro de 2007, o professor Steven Becker levantou a questão do excesso na utilização do monitoramento eletrônico como medida protetiva da vítima, trazendo o exemplo dos Estados Unidos nos casos de transgressores sexuais. Muitos Estados americanos proibem os transgressores de residirem a menos de 2.500 pés (762 metros) de escolas, parques e outros lugares onde haja um aglomerado maior de crianças. Tal situação acabou gerando um exército de monitorados impedidos de viver em suas comunidades, aumentando a marginalização e a população em situação em rua destas regiões.⁹⁸

Já na segunda forma de utilização do monitoramento eletrônico, a sua utilização é feita quando o apenado já possui um juízo de condenação.

Pelo sistema *front-door* busca-se evitar o ingresso do condenado à prisão, podendo a monitoração consistir em uma pena principal ou em uma alternativa à execução da pena privativa de liberdade, além de aplicar-se a casos de suspensão condicional da pena e prestação de serviços à comunidade.

⁹⁷RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel Electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental*. Revista del Poder Judicial, n° 79, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p.120.

⁹⁸Becker, p. 39. In: Monitoramento eletrônico: uma alternative à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Ministério da Justiça: Brasília, 2008.

A variante *back-door* é utilizada no intuito de reduzir o tempo do condenado na prisão, por meio da substituição do período restante a ser cumprido no cárcere pelo monitoramento eletrônico, de forma a proporcionar uma readaptação gradual do apenado ao convívio social.

Apesar do discurso descarcerizante utilizado para justificar a promulgação da lei 12.258/10, que prevê a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado, nenhuma das hipóteses substitutivas existentes no projeto de lei original foram aprovadas, sendo certo que o atual regramento não prevê nenhum dos dois sistemas acima ventilados (*front-door* ou *back-door*).

Já na terceira forma de utilização, o monitoramento eletrônico se despe de seu caráter descarcerizante para assumir uma função eminentemente vigilantista, sendo utilizado como um mecanismo de controle extramuros do poder punitivo estatal, permitindo maior fiscalização do cumprimento das penas, como no caso de concessão de visitas à família, ou, ainda, para monitorar o cumprimento de liberdade condicional, suspensão condicional do processo, entre outros.

Esta terceira hipótese foi encampada pela lei 12.258/10, considerando que todas as formas de monitoração aprovadas (visitas periódicas ao lar ou prisão albergue domiciliar) possuem esta conotação vigilantista, distanciando-se das promessas descarcerizadoras e transformando-se em mais um instrumento de biopoder estatal, o que será melhor abordado no capítulo seguinte.

Por fim, ressalta-se que existem três gerações de tecnologia de monitoramento eletrônico. A primeira engloba sistemas ativo e passivo que pressupõem o monitoramento de um indivíduo em um dado local. Pelo sistema ativo, permite-se saber a localização do indivíduo de maneira ininterrupta, sem necessitar de sua colaboração, exigindo, para tal, a adoção das seguintes opções técnicas: bracelete transmissor, receptor transmissor, centro de vigilância e terminal de controle. Esta tecnologia é bastante utilizada para os casos de monitoramento de medidas protetivas de não aproximação, a exemplo daquelas permitidas pela lei Maria da Penha.

O sistema passivo consiste na utilização de um telefone, a fim de verificar se a pessoa submetida à supervisão se encontra no endereço designado. Os meios empregados para a comprovação da identidade incluem o fornecimento de uma senha ou de um código pré-estabelecido, identificação biométrica ou visual, dentre outros.

A segunda geração de tecnologia parte de dispositivos de localização global, permitindo a monitoração em tempo real e integral do indivíduo, pressupondo a utilização dos seguintes componentes: satélites, rede de estações em terra e braceletes ou tornozeleiras eletrônicas, sendo este o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, o terceiro sistema, baseado na introdução de *microships* intracutâneos, ainda não foi implementado em nenhum ordenamento jurídico, considerando caracterizar uma drástica intervenção corporal de duvidosa compatibilidade com os postulados e princípios de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, ressalte-se que já há projetos em outras partes do mundo, tal como no Reino Unido, que visam aplicar esta medida nos casos de pedofilia.⁹⁹

2.3 O vigilantismo do passado e do presente: Do *Big Brother* de George Orwell ao realismo de Machado de Assis

Oportuno iniciar este capítulo com o romancista George Orwell, inspirador do reality show ‘Big Brother’, que, em sua famosa obra “1984”, escrita na década de 40, retrata a história de uma sociedade do futuro onde o Estado é onipresente e, como técnica de dominação, o Chefe do Partido (denominado de Grande Irmão) vigia os indivíduos a partir de “teletelas” (dispositivo assemelhado a uma televisão) espalhadas por cada parte da “cidade”, sendo responsáveis, ao mesmo tempo, por levar informação à população e capturar áudio e vídeo de cada pessoa que passa na frente dela, fazendo com que cada mínimo movimento seja notado.

Válido transcrever o trecho que retrata a vigilância do Grande Irmão idealizada por Orwell:

Dentro do apartamento uma voz sonora lia uma lista de cifras relacionadas com a produção de ferro gusa. A voz saía de uma placa metálica retangular semelhante a um espelho fosco, embutido na parede direita. Winston torceu o comutador e a voz diminuiu um pouco, embora as palavras ainda fossem audíveis. O aparelho (chamava-se teletela) podia ter o volume reduzido, mas era impossível desligá-lo de vez. (...)

⁹⁹JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **O Brasil e o Monitoramento eletrônico**. In: Monitoramento eletrônico: uma alternative à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Ministério da Justiça: Brasília, 2008, p. 24-25.

Por trás de Winston a voz da teletela tagarelava a respeito do ferro gusa e da superação do Nono Plano Trienal. A teletela recebia e transmitia simultaneamente. Qualquer barulho que Winston fizesse, mais alto que um cochicho, seria captado pelo aparelho; além do mais, enquanto permanecesse no campo de visão da placa metálica, poderia ser visto também. Naturalmente, não havia jeito de determinar se, num dado momento, o cidadão estava sendo vigiado ou não. Impossível saber com que frequência, ou que periodicidade, a Polícia do Pensamento ligava para a casa deste ou daquele indivíduo. Era concebível, mesmo, que observasse todo mundo ao mesmo tempo.¹⁰⁰

A sociedade idealizada por Orwell a sessenta anos atrás demonstra técnicas e instrumentos de controle bastante evidentes na contemporaneidade, não apenas na relação Estado-Indivíduo, mas também nas relações privadas.

Na contemporaneidade, o avanço da tecnologia, somado ao medo e a necessidade de se proteger da criminalidade que assola a sociedade, acabou desencadeando um processo acelerado fez com que as câmeras de vigilância e os sistemas de controle por satélite se tornassem lugar comum no cotidiano dos cidadãos, seja nos elevadores, nos supermercados, nas residências, nos veículos automotivos e até mesmo nos celulares, que já apresentam sistemas de posicionamento global que permitem identificar o local exato em que o proprietário do aparelho se encontra.

Como exemplo deste vigilantismo extremado da contemporaneidade, cabe citar a iniciativa de implementação de sistemas de chip em colégios para controle de frequência em sala de aula¹⁰¹

Constantemente, a intimidade dos cidadãos é invadida por câmeras de vigilância em shoppings, elevadores, escritórios e, ainda, em locais públicos, tudo sob a justificativa de ampliar a segurança e proteger a sociedade.

O desenvolvimento da tecnologia e da sociedade de controle também atingiu a esfera do direito penal e, coincidentemente, no ano de 1984, foi lançado o primeiro equipamento de vigilância eletrônica à distância. Embora, em seu emprego atual, as tornozeleiras geralmente se limitem a indicar a localização dos indivíduos a ela atrelados, já possibilitam o registro de sua movimentação pelos operadores da central de controle, por seus invisíveis observadores,

¹⁰⁰ ORWELL, George. **1984**. Tradução Wilson Veloso. 17. Ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

¹⁰¹MATSUKI, Edgard. **Sistema de chip em uniforme evita que alunos “matem aula” em escola do Distrito Federal**. Uol, Brasília, 30 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2012/10/30/sistema-de-chip-em-uniforme-evita-que-alunos-matem-aula-em-escola-no-distrito-federal.htm>>. Acesso em 10/03/12.

nitidamente sinalizando a aproximação dos muitos olhos do Grande Irmão idealizado por George Orwell.¹⁰²

Muito embora seja uma técnica futurista, fruto dos avanços científicos típicos do século XX, o vigilantismo sempre foi utilizado como mecanismo de controle de condutas sociais no interior das unidades carcerárias (respeitadas as devidas adaptações), apresentando suas raízes desde os primeiros regramentos penitenciários brasileiros.

O marco inicial da regulamentação carcerária brasileira se deu no século XIX, através da edição do regramento carcerário da Casa de Correção da Corte (Decreto nº 678, de 06 de julho de 1850), penitenciária mais antiga do Brasil (muito embora a mais antiga prisão seja a do Aljube, em 1731), com objetivo de abrigar cativos insurgentes e capoeiras, assim como reprimir a mendicância e corrigir os vícios de seus vícios.

Nas Casas de Correção da Corte, pretendeu-se, *a priori*, a adoção de um sistema panóptico de controle e vigilância dos apenados, uma tecnologia de poder desenvolvida de modo que o diretor pudesse, segundo o modelo idealizado por Bentham, saber tudo e cuidar de tudo. Entretanto, um erro na execução da planta, ‘interceptando completamente a visão’, desnaturou o prédio, dando azo a um modelo penitenciário desconfigurado, mas sempre marcado pela dominação dos apenados através de técnicas de controle social e vigilância acirrada.¹⁰³

A ideologia de Bentham era baseada no estrito controle do comportamento do apenado, que não disfrutaria de um minuto de privacidade, tendo sido adotada por diversos mentores do sistema progressivo, com os seguintes objetivos: vigilantismo, arrependimento, aprendizagem e moralização.¹⁰⁴

Muitos foram os dispositivos institucionais desenvolvidos na Casa de Correção para aprimorar o controle dos apenados. Neste sentido, a vigilância, a imposição de penas corporais, a estigmatização e a supressão da individualidade se faziam presentes, na medida em que os apenados recebiam controle rigoroso dos agentes custodiantes.

¹⁰²KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico: A sociedade de Controle**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 170, janeiro de 2007.

¹⁰³ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 40.

¹⁰⁴BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro - Vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 568.

Os regramentos que se seguiram também foram marcados por intenso controle da rotina dos encarcerados, através de rígido sistema disciplinar.

Na pós-modernidade, com a ampliação das medidas penais diversas da pena privativa de liberdade, novas infraestruturas de controle são montadas, com a instalação de câmeras de segurança nos bairros, policiamento comunitário, pulverização da resposta social para além das organizações estatais, dentre outros, demonstrando a necessidade estatal de estender o seu poder para além dos muros da prisão.

Verifica-se, através do monitoramento eletrônico, que a hipótese de Foucault de ampliação do universo à assistência antes e depois da detenção, de modo que este universo esteja constantemente sob o foco de uma sempre mais científica observação de toda a sociedade, se assemelha a linha de desenvolvimento que o sistema penal tomou na sociedade contemporânea.

Segundo Alessandro Barata, “este novo ‘panopticon’ tem sempre menos necessidade de um sinal visível (os muros) da separação para assegurar-se o perfeito controle e a perfeita gestão desta zona particular de marginalização, que é a população criminosa.”¹⁰⁵

André Nicolitti, ao comentar o conto de Machado de Assis “Pai contra Mãe”, que retrata a história de Cândido Neves, um capturador de escravos fugitivos e Arminda, uma mulata fugida, trazendo detalhes, como pano de fundo, do período escravocrata brasileiro, chama atenção para esta reprodução de comportamentos e técnicas de controle estatal, demonstrando uma simbiose entre o passado e presente.

Cabe transcrever as conclusões do ilustre doutrinador:

Nas primeiras linhas dessa estória, Machado de Assis demonstra como os aparelhos e ofícios são traços passageiros de uma dada cultura e estrutura social, afirmando que a escravidão levou consigo ofícios e aparelhos, como terá sucedido a outras instituições sociais, passando a lembrar e descrever aparelhos típicos da cultura escravagista, como o ferro no pescoço e o ferro ao pé.

O autor descreve a máscara de folha-de-flandres como um instrumento que continha apenas três buracos, dois para ver, um para respirar, e era fechada atrás da cabeça por um cadeado; e utilizada para tapar a boca dos escravos com o objetivo de perderem o vício da embriaguez. Afirma o autor: *Era grotesca tal máscara, mas a ordem social e humana nem sempre se alcança sem o grotesco, e alguma vez o cruel.*

¹⁰⁵BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3. Ed. Rio de Janeiro. Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 187.

Ao pensarmos nas pulseiras eletrônicas que instrumentalizam o monitoramento eletrônico, inicialmente, pode parecer inevitável lembrar os filmes de ficção científica e imaginar uma sociedade do futuro dominada pelo avanço tecnológico. Porém, a tecnologia é, planejadamente, obsoleta e os equipamentos tecnológicos do futuro, muito rapidamente, se enterram, como grotescos, no passado, tal qual ocorreu com os instrumentos da escravidão, que “foi embora” levando com ela seus aparelhos.

Ao mesmo tempo, olhar as pulseiras eletrônicas, tendo por referência o conto de Machado de Assis, passa a ser evitável a referida lembrança dos filmes de ficção científica, pois somos, ao contrário, remetidos ao passado para perceber que, passado e presente, sobre certo aspecto, não se distinguem, mormente numa visão a partir da história dos vencidos, como sugere Walter Benjamin.

Percebe-se, assim, que as técnicas de controle estatais utilizadas no passado são constantemente reproduzidas no ordenamento jurídico contemporâneo, embora com uma nova roupagem e, muitas vezes, legitimadas através do discurso ressocializante e humanizante, traduzindo uma manutenção do sistema de dominação e sujeição do indivíduo perante o Estado.

Essa relação entre passado, presente e futuro também foi percebida por David Garland que, ao discorrer sobre novas técnicas de controle, assim dispõe:

O foco no novo e no renovado não deve nos levar a negligenciar as práticas e instituições antigas. A história não é a substituição do velho pelo novo, mas a modificação, em maior ou menor medida, de um pelo outro. O entrelaçamento do estabelecido com o emergente é o que estrutura o presente e nossa análise deve refletir este fato.

Embora não se questione a utilidade do monitoramento eletrônico no processo de descarcerização e humanização das penas e, tampouco, a necessidade adotar mecanismos efetivos de fiscalização do cumprimento das penas, é importante se despir do fascínio provocado pela tecnologia e verificar as similitudes entre passado, presente e futuro, para, ao final, concluir que a sua utilização como técnica de vigilância representa apenas uma versão pós-moderna dos instrumentos de manutenção e expansão do poder punitivo estatal.

CAPÍTULO III- DA EXPERIENCIA BRASILEIRA

1. Das Propostas Legislativas

Primeiramente, cumpre esclarecer que, conforme disposto nos art. 22, I, e 24, I, da Constituição Federal, compete à União legislar sobre direito penal e penitenciário, razão pela qual a monitoração eletrônica deve ser regulada através de lei federal, o que se concretizou com o advento das leis 12.258/10 e 12.403/11.

Não obstante, a liberdade vigiada já era uma realidade em alguns Estados Brasileiros, mesmo antes da edição das leis federais que a regulamentaram, através de leis estaduais e projetos-piloto desenvolvidos nos Estados da Paraíba e do Paraná, de duvidosa constitucionalidade.

O projeto de implementação legislativa da liberdade vigiada teve início no ano de 2001, com dois projetos de lei (PL 4342/01 e PL4834/01), que não prosperaram, recebendo parecer contrário do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por conta de seu alto custo.

Em 2007, surgiram três projetos na Câmara dos Deputados (PL 337/07, PL 510/07 e PL 641/07) e dois no Senado Federal (PLS 641/07 e PLS 175/07), sendo certo que todas perseguiram basicamente os mesmos objetivos, a saber: ¹⁰⁶

- a) Redução da população carcerária, seja pela substituição da prisão preventiva pelo monitoramento eletrônico, seja pelo não recolhimento do preso, nos casos em que o mesmo se encontra cumprindo pena no regime aberto;
- b) Conciliação entre o retorno harmônico do preso ao seio da sociedade e a possibilidade de fiscalização do cumprimento das penas

De forma geral, as propostas se preocupavam com a necessidade de consentimento prévio do condenado para a utilização do dispositivo, razão pela qual uma das causas previstas para a revogação do monitoramento era a revogação da anuência prestada anteriormente.

Infelizmente, a redação final da lei aprovada não contempla nenhum dispositivo neste sentido, o que, em tese, causando discussões quanto à violação da autonomia privada dos monitorados.

Além disso, o projeto de Lei nº 175, de 2007 (nº 1.288/07 na Câmara dos Deputados), que condensou os anteriores e acabou dando origem à lei 12.258/10, previa a utilização da monitoração eletrônica para casos de aplicação de pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de

¹⁰⁶MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico: Liberdade Vigiada?** Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ57DC54E2PTBRIE.htm>>. Acesso em 10 de março de 2013, p. 13

horários ou de frequência a determinados lugares, bem como para casos de concessão de livramento condicional ou suspensão condicional da pena.

Tais previsões foram vetadas, sob a justificativa contrariar a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal, nos termos da mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010.¹⁰⁷

O Substitutivo, de relatoria do Deputado Flavio Dino, trazia previsão de realização de um projeto piloto, onde a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado estaria condicionado a um período de testes de dois anos em que só seria aplicado o sistema de monitoração eletrônica nas hipóteses de saída temporária do regime semi-aberto.¹⁰⁸

Entretanto, o substitutivo foi aprovado com emendas, sendo certo que a previsão para o projeto piloto foi suprimida.

Importante destacar a justificativa apresentada pelo deputado William Woo para a supressão deste artigo:

Ocorre que essa restrição se afigura prejudicial para a implantação definitiva e eficaz do sistema, uma vez que seria necessário fazer grandes investimentos para que seja otimizada a eficiência de um sistema tão complexo. Portanto, se ao longo de dois anos o equipamento for usado tão poucas vezes pelos condenados, o projeto não atrairá o investimento necessário para que o sistema tenha um bom funcionamento, prejudicando, então, sua eficácia. Assim, a restrição se mostra como forte fator de desestímulo de investimentos no setor, pois o retorno seria incerto. Ademais, como o próprio Relator reconhece em seu parecer, várias são as “empresas internacionais e nacionais aptas a atender a demanda de aparelhos” e os estudos estrangeiros que atestam a eficácia do sistema em questão. Não haveria, portanto, necessidade alguma de testar o sistema ao longo de dois anos, ainda mais se tal período de testes desestimula a indústria atuante no setor. Soma-se a isso o fato de que o juiz terá a discricionariedade para escolher em quais casos o sistema pode ser aplicado, ficando, portanto, a seu critério utilizar o equipamento quando achar que o sistema é confiável. Por fim, é forçoso reconhecer que alguns estados brasileiros já realizaram testes nesse sentido e aguardam somente a aprovação de lei competente para permitir a implantação do sistema, uma vez que a elaboração de legislação referente ao tema é de competência da União.

¹⁰⁷BRASIL. Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm. Acesso em 10 de março de 2012.

¹⁰⁸ Art. 4º A fiscalização por meio de monitoração eletrônica ficará restrita à hipótese de saída temporária no regime semi-aberto por um período de 2 (dois) anos, contados a partir da publicação desta lei. Parágrafo único. Após o término do prazo previsto no caput, o Poder Executivo, observados os resultados apresentados, poderá definir novos parâmetros para a execução do que dispõe esta lei. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3B70AD1778FCDC0F55237FEF19B2CCB0.node1?codteor=532973&filename=Tramitacao-PL+1288/2007.

A supressão da previsão de um projeto experimental foi criticada pela doutrina, considerando que todos os países que fazem uso do monitoramento eletrônico passaram por um período de experimentação da medida antes de torná-la definitiva, possuindo critérios fixos para sua utilização.

A experiência prática já traduz a infelicidade da supressão desta previsão, considerando os inúmeros problemas técnicos e operacionais apresentados, sendo certo que os prejuízos são suportados pelos monitorados, que acabam passando por toda sorte de constrangimentos e violações a direitos da personalidade em razão da ineficiência do sistema.

Em de março de 2009, o plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal¹⁰⁹, contemplando tanto propostas que independem de aprovação legislativa, quanto aquelas a serem submetidas ao Congresso Nacional. Em relação às propostas de alteração legislativa, foi incluído o monitoramento eletrônico para o cumprimento da pena em regime domiciliar.

Meses depois, o Conselho Nacional de Justiça manifestou-se favoravelmente à utilização do monitoramento eletrônico como substitutivo do cumprimento da pena privativa de liberdade em regimes semiaberto e aberto, reacendendo o debate.

Em 2010, foi publicada a lei nº 12.258/10, que alterou dispositivos do Código Penal e Lei de Execuções Penais, permitindo a utilização de equipamento de vigilância indireta apenas aos condenados beneficiados com saídas temporárias no regime semi-aberto, bem como aos que se encontram em prisão domiciliar, além de figurar no rol das medidas cautelares tipificadas no art. 319 do Código de Processo Penal, alterado pela lei 12.403/11.

Em 24 de novembro de 2011, foi publicado o decreto nº 7.627, que regulamenta o sistema de vigilância eletrônica previsto pela legislação acima mencionada.

¹⁰⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal. Brasília, 2010. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2012.

2. Compatibilidade Jurídico-Constitucional

2.1 Da possível colisão de princípios fundamentais: Da ponderação de interesses e suas técnicas

Apesar de já introduzido no ordenamento jurídico brasileiro e amplamente difundido no âmbito internacional, o sistema de monitoramento eletrônico ainda é alvo de bastante polêmica, sendo necessário uma filtragem constitucional, para que se compreenda se, à luz das garantias e direitos fundamentais, é possível que o Estado intervenha na intimidade e vida privada dos condenados submetidos à métodos de vigilância indireta.

Uma das maiores críticas que se faz à implementação deste sistema se traduz na sua possível colisão com direitos fundamentais, tais como intimidade, privacidade e dignidade.

Para solucionar a questão da possível colidência normativa, deve-se, dentre outros fatores, utilizar o método da ponderação de interesses, sob o prisma da proporcionalidade, no intuito de conservar o núcleo fundamental de cada princípio em colisão.

Esta discussão só é possível em razão da evolução histórica do pensamento constitucionalista, que se consolidou no período pós-guerra, com a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura essencialmente legicêntrica, eis que a lei era a fonte principal do Direito e não se atribuía força normativa à Constituição.

A ascensão do nazismo e do fascismo na Europa, bem como a emergência de diversos regimes ditatoriais nos países latino-americanos levou ao declínio do regime positivista dominante durante a primeira metade do século XX, gerando um fortalecimento da jurisdição constitucional, com a criação de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e imposição de limites ao legislador e administrador.

Como consequência, as Constituições do pós-guerra adquiriram alto valor axiológico, levando a necessidade de adoção, pelo Poder Judiciário, de novas técnicas de interpretação constitucional, além da tradicional subsunção, característica das Constituições meramente procedimentais.

Assim, com a superação do jusnaturalismo e a falência do modelo positivista tradicional, frente às expectativas do Estado democrático de direito, os parâmetros rígidos de validade são humanizados pelo papel criativo do intérprete quando da apresentação dos argumentos que envolvem as circunstâncias do caso concreto.

Esta mudança de paradigmas levou à necessidade de estabelecimento de novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos sociais acima descritos, reconhecendo a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica e aproximando o direito do debate moral e da filosofia.

Importante destacar que a grande conquista da modernidade não foi a criação de uma teoria dos princípios ou o seu reconhecimento pela comunidade jurídica, o que já existe há longa data, mas sim a sua normatização.

Sobre o tema, cabe destacar um trecho do Professor Luís Roberto Barroso:

A última novidade das décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos de textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio de não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu.” Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade.¹¹⁰

Este processo histórico que se desenrolou na Europa Central só repercutiu no Brasil após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que contemplou um amplo elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões, passando a ser a lente através da qual se lêem e interpretam todas as normas infraconstitucionais.

Assim, o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de hermenêutica promoveram intensa transformação na interpretação constitucional, permitindo a discussão de temas como a eficácia jurídica dos princípios, efetividade das normas constitucionais, interpretação conforme a constituição e ponderação de interesses.

¹¹⁰ BARROSO, Luis Roberto: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 28.

Esta tendência marcada pelo constitucionalismo contemporâneo, proporcionando uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, chamada por muitos doutrinadores de neoconstitucionalismo, tem na ponderação de princípios a sua maior expressão, cujos traços foram resumidos nos dizeres de Luis Prieto Sanchís:

mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios.¹¹¹

Em diversas situações, notadamente na hipótese de colisão entre princípios e direitos fundamentais, não haveria, em tese, uma solução mais adequada, eis que, em razão do princípio da unidade, que impõe ao intérprete o dever de harmonização das tensões e contradições existentes, *in abstracto*, entre as normas de uma Constituição¹¹², não seria possível simplesmente a escolha de um princípio em detrimento dos demais.

Esta solução só poderá ser ventilada a luz dos elementos do caso concreto, que permitirão o encontro do desfecho correspondente à vontade constitucional.

Assim, apesar de ainda não existirem critérios objetivos ou parâmetros pré-determinados para limitar a discricionariedade judicial, esta técnica já vem sendo aplicada como instrumento de hermenêutica pelos órgãos jurisdicionais, na tentativa de harmonizar os conflitos normativos que corriqueiramente aparecem na solução dos casos concretos.

Destaca-se, ainda, que, para descobrir a “melhor decisão”, os Tribunais Superiores Brasileiros costumam ponderar as conseqüências desta e seu impacto na realidade social, para evitar que uma norma, abstratamente constitucional, possa produzir resultados inconstitucionais no plano concreto.

Nesta espécie de técnica pode-se perceber, ainda que intuitivamente, a influência da teoria pragmática do direito, desenvolvida pelo norte-americano Richard Posner, no ordenamento brasileiro, principalmente no que se refere à busca da melhor solução, através do sopesamento de interesses, bem como da análise das conseqüências sistêmicas da decisão.

¹¹¹ SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. AFDUAM 5, 2001, pp.131-132. Disponível em: < [http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)>. Acesso em 10 de março de 2013.

¹¹² MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, trad. Peter Naumann. 2ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 84.

Através da famosa frase de Holmes Oliver Wendell, “a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência”, Posner¹¹³ aponta a teoria do contrato de Holmes como exemplo de abordagem pragmática no direito, sendo uma de suas características a necessidade de avaliar as conseqüências sistêmicas da decisão, considerando as suas repercussões políticas e sociais.

Posner destaca que, em determinados casos, os tribunais, pesando as conseqüências sistêmicas e específicas ao caso, são levados a fazer o balanceamento, como em casos de negligência, turbação e outros casos de responsabilidade civil. Este teste de balanceamento significa pesar as conseqüências específicas ao caso, como, por exemplo, os custos esperados de acidentes em relação a custos de prevenção destes no caso típico de negligência (POSNER, 2010, p.48).

Apesar da tentativa doutrinária de estabelecer parâmetros objetivos para a aplicação da ponderação de interesses, no plano concreto, é o Supremo Tribunal Federal quem define a abrangência e a aplicação desta técnica interpretativa, utilizando-se largamente do método da ponderação de interesses, a luz do princípio da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio, para solucionar a questão da colidência normativa.

Sobre o princípio da proporcionalidade, destaca-se um trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 82424/RS:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, [...] estabelece um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição do excesso’ nas restrições de direitos fundamentais. [...] A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos [...] A aplicação do princípio da proporcionalidade [...] exige que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade [...] Há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto.

No que tange à análise da aplicação do devido processo legal substancial, seria razoável manter o apenado no interior do presídio para que possa ter a sua privacidade preservada?

¹¹³ POSNER, Richard. Direito, Pragmatismo e Democracia. 1ª ed., Forense, 2010.

Primeiramente, deve-se perguntar se a colocação de pulseiras, cintos e tornozeleiras nos apenados afigura-se medida adequada para produzir o resultado desejado, que seria a descarcerização e a ressocialização dos apenados? Neste ponto, a resposta seria positiva, eis que o aparelho é um meio eficaz para diminuir a população carcerária e os efeitos nocivos advindos do sistema correicionalista tradicional.

Partindo para a segunda premissa, pergunta-se se o sistema de monitoramento eletrônico, tal como aplicado atualmente na sociedade brasileira, é o meio menos gravoso e igualmente eficaz para se atingir os fins desejados. Neste ponto, a resposta ainda é duvidosa, eis que as dimensões e a dificuldade de ocultação do aparelho podem causar um efeito estigmatizante nos monitorados, podendo-se vislumbrar meios menos ostensivos para atingir o mesmo fim.

Quanto ao terceiro desdobramento do princípio da proporcionalidade, verifica-se que a relação entre o grau de restrição do princípio da intimidade e o grau de realização dos princípios contrapostos é bastante ponderada, eis que o encarceramento do indivíduo gera a restrição de diversos princípios fundamentais em grau superior à restrição à intimidade gerada pelo sistema de liberdade vigiada.

A resposta à última pergunta é facilmente encontrada quando se averigua que, nos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio de Janeiro, a grande maioria dos apenados opta por utilizar o sistema de monitoramento eletrônico, mesmo sabendo que este ocasionará uma limitação ao seu direito à privacidade, levando a crer que, no juízo de ponderação dos próprios internos, a intimidade cede lugar à liberdade e à dignidade, desde que preservado os núcleos essenciais dos princípios.

Importante salientar o posicionamento de Tulio Vianna ¹¹⁴ sobre o tema:

Hasta un perro sabe que es mejor pasear por las calles atado a una Correa que vivir encerrado en una jaula. No obstante tal constatacion axiomática, no pocas veces nos encontramos com criticas al rastreo electronico provenientes de penalistas de ideologia minimalista a aun abolicionista. Tales criticas acaban legitimando paradójicamente la cárcel como sistema punitivo y alejando una de las pocas alternativas minimamente viables a la humanizacion de la ejecucion penal. Es preciso que se comprenda que el rastreo electronico es una alternativa a pena privativa de libertad, aunque penalistas de ideologias represoras intenten implementarlo como um instrumento de mayor control de institutos de ejecucion tradicionalmente vueltos hacia tastear la autodisciplina de los condenados... La critica de derecho penal mínimo deberia concentrarse en los usos equivocados que el legislador pretende dar a La tecnologia de rastreo y no a la tecnologia en si.

¹¹⁴ *apud* Garibaldi, 2010, p. 350.

No plano pragmático, percebe-se que, apesar de representar uma efetiva ingerência estatal na vida privada dos condenados, as consequências sistêmicas da utilização do monitoramento eletrônico como alternativa à prisão são favoráveis, eis que diminui os custos do Estado, além de contribuir para o desafogamento do sistema penitenciário e para o processo de reinserção social do monitorado.

Ademais, em um juízo de razoabilidade, entende-se que o sistema de liberdade vigiada, caso aplicado como mecanismo alternativo ao cárcere, apresenta vantagens que superam os obstáculos, desde que respeitados os núcleos essenciais dos princípios supostamente em colisão.

Durante as discussões para implementação dos projetos de lei para implementação da monitoração eletrônica no ordenamento jurídico brasileiro, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, a deputada Zulaiê Cobra afirmou a constitucionalidade da medida, com os seguintes argumentos: “o objetivo do monitoramento eletrônico, tal como proposto pelos projetos em exame, seria, na verdade, uma alternativa ao encarceramento. Se é verdade que tal restrição à liberdade invade e limita a vida do condenado, a cela, sem dúvida, o faz com maior intensidade.”¹¹⁵

Caberá aos Tribunais Superiores, amparados pelos parâmetros estabelecidos pela doutrina, delimitar as formas de incidência desta inovação tecnológica na esfera individual do apenado, através de uma filtragem constitucional, aplicando-se a técnica da ponderação de interesses, a fim de conciliar a evolução do sistema de controle punitivo estatal com o respeito ao núcleo essencial dos direitos e garantias constitucionais envolvidos.

Considerando a recente regulamentação do instituto, o guardião da Constituição ainda não se manifestou sobre a efetiva existência de colisão de direitos e, tampouco, quanto à constitucionalidade deste mecanismo de vigilância indireta, dando azo para uma série de discussões doutrinárias sobre o tema.

¹¹⁵ MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico: Liberdade Vigiada?** Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ57DC54E2PTBRIE.htm>>. Acesso em 10 de março de 2013, p. 12.

2.2 Dos limites à liberdade vigiada como garantia da conservação do núcleo mínimo essencial dos direitos da personalidade dos monitorados

A finalidade da execução penal encontra embasamento constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, o que significa que as alterações legislativas devem ser implementadas de modo a impulsionar a ressocialização do apenado, além de garantir a integridade física, moral e social da pessoa monitorada.

Assim, não obstante as inúmeras vantagens já elencadas sobre a utilização da fiscalização eletrônica no sistema penal, a doutrina ainda se divide no tocante à legitimidade da ingerência estatal na vida privada dos cidadãos, considerando o possível estigmatizante ocasionado pelo uso de tornozeleiras no convívio social.

Em estudo apresentado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), o Conselheiro Carlos Weis corroborou os argumentos acima elencados, ao emitir parecer desfavorável à aprovação da lei que autorizou o monitoramento eletrônico, alegando, em síntese, que o direito à intimidade estaria sendo flagrantemente violado, eis que as tornozeleiras constituiriam mecanismo de exposição pública à sociedade das pessoas que estejam respondendo a processo-crime ou que sejam condenadas criminalmente, contribuindo para aumentar o processo de estigmatização dos apenados.¹¹⁶

¹¹⁶ Cabe destacar alguns trechos do parecer: Como se teve a oportunidade de constatar quando da visita de demonstradores da fabricante do produto ao CNPCCP, o equipamento é claramente visível no pulso ou no tornozelo (onde fica ainda mais evidente) além de ser obrigatoriamente acompanhado de unidade portátil medindo 12 X 7,5 X 4 cms. pesando 275 gramas (...) A ocultação do material torna-se mais complicada a pessoas de baixa renda, visto que dispõem de poucos recursos para adquirir vestimentas mais elaboradas, notadamente na maioria das regiões brasileiras, em que a temperatura é usualmente alta. Indo adiante, é de se considerar que há situações em que a pessoa obrigatoriamente deve expor seu corpo a terceiros, como é o exemplo do exame médico para admissão em emprego. Caso o portador tenha ocultado o fato de ser condenado criminalmente – fato que por si só relega muitos ao desemprego formal –, a revelação se dará quando for analisado por médico. O mesmo pode acabar ocorrendo em outras situações, como no vestiário da empresa, numa ocasião festiva, durante uma partida de futebol, ao ir à praia etc. etc. Finalmente, considerando que a criação de vínculos afetivos e familiares é passo importante rumo à ressocialização, é evidente que ao portador será deveras mais difícil ganhar o afeto de outrem se, desde os primeiros encontros restar evidente que se trata de alguém com condenação criminal. (...) Em consequência, o monitorado ficará sujeito ao escrutínio público, o que viola o direito fundamental do cidadão à preservação da intimidade, previsto pela Constituição Federal de 1988, que dispõe serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Neste ponto, não custa lembrar do famigerado Sanbenito, traje a que os condenados pelo Tribunal da Inquisição eram obrigados a portar e que expunham sua condição de infelizes arrependidos e penitentes às demais pessoas, resultando numa condição de vida marginal e desonrada. [...] o sentenciado preso em celas coletivas não corre o risco, a que se sujeita o monitorado, de ser identificado na rua como um “bandido” e sofrer toda a sorte de ofensas à sua honra e, mais grave que isso, à sua integridade física, podendo facilmente ser agredido ou linchado por uma população movida pelo pânico social e pela sensação de impunidade.

O tema também causou polêmica na Ordem dos Advogados do Brasil, que se preocupou com a violação dos direitos da personalidade dos monitorados.

Vale destacar o pronunciamento do Presidente Nacional Raimundo Cesar Britto, em 2007:¹¹⁷

O sistema fere os princípios da intimidade e da privacidade e contraria o direito constitucional de ir e vir das pessoas, ainda que condenadas: Hoje, é uma pulseira eletrônica; amanhã, um chip. Depois, se estende para as crianças, para os adolescentes e, por fim, passaremos a viver num lugar Big Brother, com todo mundo sendo vigiado pelo Grande Irmão onipotente e onipresente.

Em audiência pública sediada na Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, no dia 20 de maio de 2008, a Comissão de Direitos Humanos do Conselho Regional de Psicologia se posicionou contrariamente ao instituto, por entender que este fere direitos humanos e estigmatiza a população, defendendo, em contrapartida, a adoção de políticas públicas de atenção aos egressos do sistema prisional, comprometida com a inclusão social destes cidadãos.¹¹⁸

Posteriormente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), em seu relatório sugestivo de alterações ao projeto de lei nº 1288/07¹¹⁹, apresentou diversos argumentos favoráveis ao uso da tornozeleira eletrônica, tais como redução do contingente carcerário, redução de custos pelo Estado, benefícios econômicos decorrentes da produtividade do monitorado, que poderá arcar com as indenizações das vítimas e despesas com a família, evitando os efeitos dessocializadores da prisão.

Para o Conselho Nacional de Justiça, não há nada mais agressivo à dignidade da pessoa humana do que a prisão, em especial em razão das precárias condições carcerárias de nosso país, sendo que o mais importante, para que se respeite os direitos fundamentais dos monitorados, seria o condicionamento do uso da pulseira ao consentimento do apenado. Neste

¹¹⁷ CONSELHO FEDERAL, Ordem dos Advogados do Brasil: **Britto: pulseira eletrônica é Big Brother e não ressocia preso**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/Noticia/9405/britto-pulseira-eletronica-e-big-brother-e-nao-ressocializa-preso>>. Acesso em 06/02/12.

¹¹⁸ Conselho Regional de Psicologia do Rio de Janeiro. **Em audiência na Alerj, CRP-RJ se posiciona contra o monitoramento eletrônico de apenados**. Disponível em: <http://www.crprj.org.br/noticias/2008/0606-em-audiencia-na-alerj-crprj-se-posiciona-contr-monitoramento-eletronico-de-apanados.html>. Acesso em 22 fev. 2013.

¹¹⁹ Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Sugestões de Alteração do PL 1288/07, aprovadas na 343ª reunião Ordinária do CNPCP/MJ.

caso, o apenado deveria ter a liberdade de escolher, no caso concreto, entre continuar o cumprimento da pena em estabelecimento carcerário ou cumpri-la em regime domiciliar, condicionado ao uso do monitoramento eletrônico.¹²⁰

Na legislação portuguesa, a utilização de meios de vigilância eletrônica depende do consentimento do monitorado, bem como das pessoas que vivam ou que possam ser afetadas pela permanência obrigatória do vigiado em determinado local (art. 2º, da Lei 122/99).¹²¹

É cediço que direito a integridade física pode ser compreendido como direito a saúde física, no sentido de não ser privado de nenhum membro ou órgão do corpo, bem como não ser submetido a enfermidade, nem perturbado seu bem estar corporal e psíquico através de sensações de dor e sofrimento, estando aí inserido o direito a própria aparência pessoal, ou seja, a imagem externa do indivíduo.¹²²

A legislação atual se omitiu quanto à indispensabilidade do consentimento do condenado, sendo certo que o direito de escolha deve ser garantido, sob pena de violação à dignidade do apenado, no sentido de que obsta o pleno desenvolvimento da autonomia humana.

Entretanto, a *práxis* forense nem sempre respeita a autodeterminação do apenado, conforme já destacado, aplicando analogias contrárias ao sujeito, o que caracteriza flagrante ilegalidade.

Quanto ao efeito estigmatizante enfatizado pelo CNPCP, o Decreto nº 7627/11, que regulamenta a matéria, dispôs, em seu art.5º, sobre a necessidade de se respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada, chamando atenção para o aspecto das características dos aparelhos de monitoração eletrônica, que devem ser o menos ostensivos possíveis, evitando a exposição pública dos vigiados.

¹²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>. Acesso em 06/07/12, às 22:15 hs.

¹²¹ NICOLITTI, André. **Intervenções Corporais: O processo penal e as novas tecnologias: Uma análise luso-brasileira**. 2010. 457f. Dissertação (Doutorado em Direito)- Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, p. 377.

¹²² Mourullo apud Hernandez, 1995.

Segundo informações do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), a responsabilidade pela implementação do sistema é exclusiva de cada Estado, que possui autonomia plena para definir o modelo do equipamento e a tecnologia utilizada.¹²³

O atual modelo de monitoração é baseado no Sistema de Posicionamento Global (GPS), devendo a pessoa monitorada portar um equipamento, consistente numa tornozeleira com sensor e uma unidade móvel transmissora, responsável por enviar o sinal aos satélites.

Neste sentido, cabe aos Estados a tarefa de compatibilizar a aplicação da tornozeleira eletrônica com os princípios e garantias fundamentais dos apenados, garantindo-lhes a dignidade através da aquisição de aparelhos não ostensivos e de fácil ocultação, evitando, assim, os malefícios da publicização da condição de condenado.

Além disso, destaca-se que as falhas técnicas e operacionais apresentadas, tais como desgaste do material, alterações em razão de fatores meteorológicos, geográficos ou do campo eletromagnético, dentre outras, têm causado diversos constrangimentos aos monitorados, tais como o disparo equivocado do alarme em locais públicos, gerando sensação de desconforto e exclusão.

Nicolitti, em sua tese de doutorado, ressalta que, muito mais do que analisar a compatibilidade jurídico-constitucional do instituto, o maior desafio dos magistrados no tocante à monitoração eletrônica é evitar a sua utilização desmedida e arbitrária, a serviço não da liberdade do homem, mas como um braço opressor do Estado.¹²⁴

¹²³ GAMA, Aliny; MADERO, Carlos. **Tornozeleira eletrônica não impede fuga de presos nos Estados que adotaram o sistema.** Uol Notícias. Maceió, 07 de agosto de 2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/07/tornozeleiras-eletronicas-nao-impedem-fugas-de-presos-em-estados-que-adotaram-sistema.jhtm>. Acesso em 03/02/11.

¹²⁴ NICOLITTI, André. **Intervenções Corporais: O processo penal e as novas tecnologias: Uma análise luso-brasileira.** 2010. 457f. Dissertação (Doutorado em Direito)- Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, p. 398.

3. Da lei 12.258/10: Aplicação do Monitoramento Eletrônico como Medida Fiscalizatória do cumprimento das penas

3.1 Possibilidades de Concessão da Vigilância Indireta na Execução Penal

Tal como concebido no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização do equipamento de fiscalização eletrônica, no âmbito da execução penal, é permitida apenas nos casos de autorização para saídas temporárias, bem como nos casos de deferimento da prisão albergue domiciliar.¹²⁵

Estas hipóteses estão sendo criticadas pela doutrina, eis que fogem do viés descarcerizante, na medida que, em vez de substituírem a prisão, apenas monitoram aqueles que já estariam fora da unidade prisional, o que caracterizaria flagrante retrocesso, em dissonância com os ditames constitucionais.

Com efeito, as saídas temporárias consistem na autorização de saída do estabelecimento penal, sem vigilância direta, para visita à família, frequência a cursos ou participação em atividades que favoreçam a reinserção social do apenado, sendo garantidas àqueles que cumprem pena em regime semiaberto e que preenchem os requisitos previstos em lei (art. 122 da Lei de Execuções Penais).¹²⁶

A concessão destas saídas, tal como prevista em lei, é permitida apenas àqueles que cumprem pena em regime semiaberto, caracterizando uma decorrência lógica do sistema progressivo, através da reinserção gradual do apenado no seio da sociedade, baseado no senso de responsabilidade e autodisciplina do indivíduo.

A concessão de tal benesse não é efeito automático da progressão de regime para o semiaberto, sendo necessário o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei de execuções penais, consubstanciados no cumprimento de um sexto da pena, caso

¹²⁵ Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: I - (VETADO); II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III - (VETADO); IV - determinar a prisão domiciliar; V - (VETADO); Parágrafo único. (VETADO).

¹²⁶ Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

primário, ou um quarto, caso reincidente, além de comprovação do mérito carcerário, baseado na ausência de prática de falta grave nos últimos doze meses, acrescido do parecer favorável da Comissão Técnica de Classificação, composta por uma equipe multidisciplinar, entendendo que o apenado está apto a fruição deste benefício.¹²⁷

Desta concepção advém a primeira crítica à implementação do monitoramento eletrônico nas saídas temporárias, considerando que caracterizariam uma burla ao sistema progressivo, eis que a necessidade de fiscalização afirmaria a descrença no desenvolvimento do senso de responsabilidade inerente à esta etapa do cumprimento da pena, deixando de gerar nos monitorados a consciência da importância em se respeitar os valores protegidos pelas normas jurídicas penais.

Garibaldi¹²⁸ atentou-se para esta problemática, corroborando os ensinamentos de Vianna no seguinte sentido:

Sobre el rastreo electronico, Vianna informa que viene siendo utilizado como un instrumento de control de condenados que se encuentran en libertad condicional; una fase de la ejecución destinada tradicionalmente a capacitarlo. Señala la incoherencia de testear la capacidad de autodisciplina del condenado, rastreando sus pasos por medio de monitoreo electronico.

Destaca-se, ainda, o entendimento que a utilização da vigilância eletrônica nestas hipóteses acabaria por produzir uma expansão sistêmica consistente na ampliação da rede de controle social.¹²⁹

Além disso, esta previsão da lei 12.258/10 desvia-se flagrantemente do seu discurso descarcerizante, possuindo o único escopo de aumentar o controle punitivo estatal, na medida em que o apenado, que já teria direito a este benefício (sem qualquer vigilância), sofreria apenas o ônus de ser monitorado.

O mesmo raciocínio se faz para as hipóteses de concessão de prisão albergue domiciliar, o que, na verdade, caracterizaria verdadeiro monitoramento eletrônico de soltos,

¹²⁷ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal: art. 123: Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

¹²⁸ GARIBALDI, Gustavo E. L. **Las modernas tecnologías de control y investigacion del delito: su incidencia em el derecho penal y los principios constitucionales**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010, p. 344.

¹²⁹ Japiassú, Carlos Eduardo Adriano; Macedo, Celina Maria. **O Brasil e o monitoramento eletrônico**. In: Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça. Conselho de Política Criminal e Penitenciária, 2008.

eis que, em tais hipóteses, o apenado não mais se encontra no cárcere, mas sim cumprindo pena em sua residência.

Neste sentido, o monitoramento eletrônico, tal como regulamentado na lei 12.258/10, representa apenas um instrumento estatal de biopoder, ou seja, mais um mecanismo de fiscalização, controle social de condutas e manifestação do poder repressivo estatal.

Corroborando o entendimento acima ventilado, cumpre colacionar os dizeres de André Nicolitti:¹³⁰

(...) estamos convictos, talvez tomados pela história dos vencidos e pelos dados sobre as prisões cautelares no Brasil, que a cultura jurídica autoritária fará da monitorização eletrônica mais um instrumento de expansão do poder punitivo estatal. Nossa prospecção é que, ao contrário de servir para que pessoas que necessitariam estar presas pudessem ficar “apenas” com a liberdade vigiada, na verdade, a tendência é que as pessoas que não necessitariam estar presas, e por isso prescindiriam de monitorização eletrônica, passariam a ter sua liberdade vigiada a partir deste novo instrumento que estará a serviço do braço punitivo estatal.

Acrescenta Japiassú que “o monitoramento eletrônico cumpre a sua finalidade na medida em que se reveste de um caráter substitutivo, não sendo possível a sua aplicação àqueles que já teriam direito a estar fora do estabelecimento penal.”¹³¹

Não obstante as críticas formuladas, mister reconhecer que a implementação do sistema de monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico pátrio fomentou a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, proporcionando importantes mudanças e reflexões no tocante aos regimes de cumprimento de pena.

Concretamente, o advento da lei 12.248/10 propiciou importante modificação no entendimento do Tribunal de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, com a ampliação jurisprudencial das hipóteses de concessão de prisão albergue domiciliar, através da monitoração eletrônica, transformando a estrutura dos regimes de cumprimento de pena e dando azo a discussões jurídicas e propostas legislativas inovadoras.

¹³⁰ NICOLITTI, André. **Intervenções Corporais: O processo penal e as novas tecnologias: Uma análise luso-brasileira**. 2010. 457f. Dissertação (Doutorado em Direito)- Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, p.396.

¹³¹ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **O Brasil e o Monitoramento eletrônico**. In: Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Ministério da Justiça: Brasília, 2008, p. 14.

3.2 Da Prisão Albergue Domiciliar com Monitoração Eletrônica: Fim do Regime Aberto?

O art. 112 da Lei de Execuções Penais dispõe que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, passando-se do regime mais severo de cumprimento de pena (fechado) para o mais brando (semi-aberto e aberto), buscando-se, com isso, atingir o caráter ressocializador e humanitário das penas, através da reinserção gradual dos apenados no seio da sociedade.

Neste sentido, os regimes de cumprimento de pena previstos na Lei de Execução Penal são os seguintes: Regime Fechado, Semiaberto e Aberto.

A prisão albergue domiciliar está prevista no art. 117 da Lei de Execuções Penais, sendo permitida para os apenados que cumprem pena em regime aberto e preenchem os requisitos previstos em lei.¹³²

O item 124 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal esclarece que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante (art.117), sendo tais exceções plenamente justificadas em face das condições pessoais do agente.

Não obstante a vedação legal, a jurisprudência pátria vem ampliando as hipóteses de concessão da prisão albergue domiciliar, principalmente após o advento da lei 12.248/12, que regulamentou o sistema de monitoração eletrônica, proporcionando uma maior descarcerização, além de uma fiscalização fidedigna do cumprimento da pena.

Neste sentido, como consequência prática de sua utilização, a vigilância indireta tem proporcionado uma reestruturação do sistema progressivo, através da criação jurisprudencial de um regime *sui generis* de cumprimento de pena, a saber: a prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico.¹³³

¹³² Art. 117 da Lei de Execuções Penais: “Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: 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.”

¹³³ HC n° 0028630-81.2011.8.19.0000, proferido pela 4ª Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, de relatoria da Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, julgado em 05/07/11: “Conforme novo entendimento deste Juízo, todas as progressões para o regime aberto serão na modalidade de PAD, através do Sistema de Monitoramento Eletrônico, que permite uma fiscalização fidedigna do cumprimento da pena e visa desafogar

Antes de aprofundar o assunto, necessário destacar que o projeto de lei nº 175/07, que deu origem à lei 12.258/10, originalmente permitia a fiscalização eletrônica para os casos de aplicação de pena privativa de liberdade no regime aberto, bem como concessão de progressão para tal regime.

Porém, esta parte sofreu veto presidencial, sob a justificativa de contrariar a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro, além de não contribuir para a diminuição da população carcerária, eis que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e, tampouco, impede o ingresso de quem não deveria estar preso.¹³⁴

Da simples leitura das razões já é possível perceber a sua incoerência quanto ao veto da monitoração no regime aberto, eis que nenhuma das opções permitidas pela lei 12.258/10 contribui, em efetivo, para diminuir o encarceramento, mas sim para aumentar a vigilância dos presos que saem através das concessões de saídas temporárias ou que se encontram em prisão domiciliar, facilitando o controle do cumprimento das penas.

No que tange ao veto do rastreamento eletrônico nos casos de aplicação de pena restritiva de direitos, liberdade condicional e suspensão condicional da pena, entende-se, em um primeiro momento, acertada a decisão, eis que caracterizaria mero recrudescimento das exigências para a concessão de tais benefícios.

Por outro lado, a utilização da vigilância indireta como medida fiscalizatória do cumprimento das penas poderia constituir uma ferramenta interessante, na medida em que encorajaria um maior número de conversões de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, bem como abriria caminhos para uma maior expansão das possibilidades de aplicação de penas alternativas.

Certo é que a imposição de monitoração em medidas que, antes do advento da lei federal regulamentadora, já proporcionavam o cumprimento extramuros da pena,

as Casas de Albergado, ressaltando-se que há apenas duas unidades deste tipo em todo Estado, as quais se encontram superlotadas. Assim, antes de apreciar o pedido de progressão de regime, faz-se necessário a vinda aos autos, de endereço no qual o apenado cumprirá seu benefício. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00047D6546C9987E0D9B01414791C2D759A97DC42B18560D>>. Acesso em 07 fev. 2012.

¹³⁴ Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010- 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.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm.

caracterizaria um retrocesso incompatível com a autodisciplina e senso de responsabilidade exigidos em razão do regime e/ou tipo de pena aplicado e que decorrem do sistema progressivo de cumprimento de penas.

Por outro lado, sabe-se que um dos maiores empecilhos à aplicação de penas e medidas alternativas ao cárcere é a sua dificuldade de fiscalização. Se a utilização de monitoração eletrônica servisse como instrumento impulsionador dos deferimentos de aplicação de medidas alternativas, neste ponto poderia ser vantajosa, considerando que, em muitos casos, o magistrado deixa de conceder o benefício em razão da ausência de fiscalização fidedigna, somados à alta probabilidade de descumprimento da medida imposta.

Na realidade, a monitoração no regime aberto seria a única hipótese prevista na lei 12.258/10 que contribuiria, efetivamente, para desafogar os estabelecimentos penais, já que o apenado deixaria de pernoitar nas casas de albergado, além de humanizar a pena, considerando que o recolhimento em domicílio estreita os laços familiares, facilitando a reinserção social do vigiado.

Conforme já ressaltado, apesar do veto presidencial, a jurisprudência pátria vem autorizando a aplicação de sistema de vigilância indireta aos apenados que já preencheram os requisitos para progredirem para o regime aberto, convertendo-o em prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico.¹³⁵

Daí poder-se-ia argüir que tais entendimentos seriam ilegais, eis que contrários ao espírito da lei, que expressamente vetou a concessão da fiscalização eletrônica para os casos de apenados que cumprem pena em regime aberto.

Entretanto, percebe-se que, além de incoerente, a inovação legislativa não acompanhou a realidade do sistema penitenciário brasileiro, eis que, apesar da exigência legal (art. 95 da lei de execução penal) de pelo menos uma casa de albergado por região, certo é que elas são escassas na maioria dos estados, fazendo com que não passasse de uma ficção jurídica na maior parte da Federação.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, não há casas de albergado nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e no Distrito Federal, sendo certo que no Rio de Janeiro há apenas duas, que estão superlotadas.

Considerando a inexistência de vagas para abrigar os que progridem para o regime aberto, bem como a impossibilidade de manutenção do apenado em regime de cumprimento de pena mais gravoso, a jurisprudência pátria já concedia a prisão domiciliar fora das hipóteses do art. 117 da LEP, eis que o apenado não poderia ser prejudicado em razão de uma falha na prestação estatal.¹³⁶

Nos Estados onde não há casas de albergado, a praxe era conceder a prisão albergue domiciliar a todos os apenados que tivessem direito à progressão de regime para o aberto, em virtude da impossibilidade de mantê-lo em regime mais gravoso por uma falha na prestação estatal.

Entretanto, havendo casas de albergado, esta medida não era automática, necessitando de requerimento defensivo neste sentido, mediante a comprovação da ausência de vagas no regime aberto.

Com a entrada em vigor da lei 12.258/10, que previu o sistema de vigilância indireta, houve uma mudança de posicionamento, eis que, mesmo nos Estados onde há casas de albergado, a exemplo do Estado do Rio de Janeiro¹³⁷, diversos magistrados passaram a deferir a progressões de regime para o aberto, na forma de prisão albergue domiciliar, com monitoramento eletrônico, fundamentados na humanidade e função ressocializadora das penas.

No julgamento do recurso de agravo em execução n° 0060718-41.2012.8.19.0000¹³⁸, a sentença do juízo de primeiro grau que concedeu a progressão para o regime aberto, na forma de prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico, mesmo com a comprovação de existência de vagas, foi mantida pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, considerando a ineficácia do Estado no cumprimento de seu objetivo maior: a ressocialização do apenado.

¹³⁶ Cumpre destacar trecho da decisão proferida no Habeas Corpus n° 102496/MG, de Relatoria do Ministro Eros Grau, publicado em 19/04/10: “Neste writ, ressalta que a “possibilidade de se cumprir a pena em regime domiciliar quando da ausência de vagas no estabelecimento adequado”, consubstancia ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana [fl. 3]. 5. Requer seja concedida liminar a fim de assegurar ao paciente o direito de cumprir a pena no regime domiciliar até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

¹³⁷ Vide as seguintes decisões: Agravo em execução n° 0061568-95.2012.8.19.0000, 7ª Câmara Criminal, Desembargadora Relatora MARIA ANGELICA GUEDES, Julgamento: 27/11/2012; Agravo em execução n° 0009181-06.2012.8.19.0000, 3ª Câmara Criminal, Desembargadora Relatora Rosa Helena Guita, Julgamento: 06/11/12; Agravo em execução n° 0043746-93.2012.8.19.0000, 3ª Câmara Criminal, Desembargador Paulo Rangel, Julgamento 23/10/12.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo em execução n° 0060718-41.2012.8.19.0000. Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2012.

Cumpra destacar trechos da decisão supramencionada:

Malgrado a existência de duas casas de albergado no Estado do Rio de Janeiro, in casu, é legítima a decisão proferida pela douta magistrada Elizabeth Saad, que nada mais fez do que sopesar a condição pessoal do apenado com a condição precária existente nos estabelecimentos prisionais, visando um objetivo maior que é a ressocialização do mesmo. Por certo, diante da ineficácia do Estado em ampliar a capacidade dos estabelecimentos compatíveis com a execução do regime aberto já existentes, não podem os apenados suportar os prejuízos, vindo a cumprir sua pena em local inadequado, como pretende o parquet, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, individualização e humanidade da pena, corolários da dignidade humana insculpida no art. 1º, III, da Carta Federal. Neste prisma, verifica-se que, mesmo sem previsão legal, o sistema de vigilância indireta provocou uma ampliação jurisprudencial das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, acrescidas do monitoramento eletrônico, tornando letra morta o art. 117 da Lei de Execuções Penais, que prevê o caráter excepcional da concessão deste benefício.

Sem muito esforço, percebe-se que esta prática levará, em curto prazo, à extinção do regime aberto a ser cumprido em casas de albergado, tese esta defendida por inúmeros especialistas da área e chancelada pelo Conselho Nacional de Justiça, que, em seu plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, defende a alteração do art. 36, §1º do Código Penal, com a conseqüente revogação do capítulo IV da Lei de Execução Penal, que trata, especificamente, das casas de albergado.¹³⁹

O assunto já foi tema de audiência pública em Brasília, presidida pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, onde diversos especialistas expuseram seus argumentos na defesa da abolição do regime aberto de cumprimento de pena.¹⁴⁰

Seguindo esta tendência, o Anteprojeto de Código Penal, criado pelo Requerimento nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques e aditado pelo de nº 1.034, de 2011, prevê mudanças nas regras do regime aberto, que deixará de ser cumprido em casas de albergado. O art. 52 do Anteprojeto preconiza que o regime aberto consistirá na prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar. O parágrafo

¹³⁹ Neste sentido, cumpre transcrever a íntegra do Anteprojeto de Lei sugerido pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a prisão domiciliar e revogação do cumprimento de pena em regime aberto em casa de albergado: Art. 1º O 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, mediante vigilância eletrônica, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, com recolhimento a prisão domiciliar, durante o período noturno e nos de folga, e comparecimento mensal ao juiz da execução; Art. 2º. Fica revogado o capítulo IV (arts. 93 a 95) da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/197725-ESPECIALISTAS-SUGEREM-FIM-DO-REGIME-ABERTO-NO-SISTEMA-PENAL.html>. Acesso em 03/03/12, às 14:00 hs.

terceiro prevê, ainda, a possibilidade do juiz definir a fiscalização por meio do monitoramento eletrônico.¹⁴¹

Neste sentido, conclui-se que a legislação que trata do tema, além de inócua no que diz respeito à capacidade de descarcerização, perdeu a oportunidade de regulamentar esta prática jurisprudencial já consolidada em razão da falência do sistema prisional pátrio, dando azo a novas propostas legislativas sobre o tema.

3.2- Da necessidade do consentimento do apenado para concessão da prisão albergue domiciliar monitorada:

Conforme já destacado no capítulo referente à compatibilidade jurídico-constitucional, as leis que regulamentaram o sistema de monitoramento eletrônico brasileiro silenciaram quanto à necessidade de consentimento do monitorado, sendo certo que, através de uma filtragem constitucional, conclui-se ser tal medida necessária para preservação do núcleo essencial de seus direitos fundamentais, considerando que se trata de uma intervenção corporal que traz consequências para a esfera privada dos vigiados.

Entretanto, na *práxis* forense, tem-se verificado que o direito de escolha do apenado não tem sido respeitado, nem mesmo nos casos de concessão da prisão albergue domiciliar fora do rol taxativo previsto no art. 117 da Lei de Execuções Penais, o que, além de caracterizar um retrocesso, afronta flagrantemente os ditames constitucionais.

Em caso concreto ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, o magistrado de primeiro grau concedeu a progressão para o regime aberto, com imposição de monitoramento eletrônico, fora dos casos previstos no art. 117 da Lei de Execuções Penais, sob alegação de inexistência de casa de albergado próxima à região onde reside o apenado. Este, incorformado, interpôs recurso de agravo em execução, requerendo o cumprimento do regime aberto na casa de albergado da capital, juntando aos autos ofício comprobatório da existência de vagas.

Em seu voto, o desembargador relator utilizou dos seguintes argumentos para negar provimento ao recurso do agravante:

¹⁴¹ BRASIL. Senado Federal. Requerimento nº 1034/2011. Relatório Final. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/upload/noticias/pdf/projeto.pdf>>

No que tange ao mérito recursal, não assiste razão o agravante. Embora o art. 117 da LEP contenha um rol taxativo e a situação do apenado não se subsuma a nenhuma delas, o art. 95 do mesmo diploma legal dispõe que ‘em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado.’ Ocorre que, atualmente, no Rio de Janeiro, existem três casas de albergado, situadas nos Municípios do Rio de Janeiro e Niterói. Assim, em que pese existirem vagas na casa de albergado localizada na capital do referido Estado, conforme demonstrou o agravante, não se pode exigir que o agravado seja retirado da cidade onde possui residência e convívio familiar, bem como obstaculizada a ressocialização objetiva da Lei de Execução Penal. A desídia do Estado em oferecer estabelecimentos penais específicos para o cumprimento das penas em regime aberto não pode acarretar, para o apenado, nem mesmo para sua família, onerosidade excessiva na satisfação de seu débito pessoal.

Como precedentes, colaciona o ilustre relator julgados do mesmo Tribunal onde, por ausência de vagas nas casas de albergado da região onde residia o apenado, foi concedida a prisão albergue domiciliar, sem monitoração eletrônica, considerando a omissão estatal não poderia legitimar a imposição de regime mais severo de cumprimento de pena ou de deslocamento para cumprimento da reprimenda em localidade distinta de seu convívio familiar.

Neste sentido, sob o manto do discurso humanizante e descarcerizante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro restringe diversos direitos fundamentais, através da imposição de uma intervenção corporal (vigilância indireta), sem previsão legal e desfavorável ao condenado, que expressamente manifestou o desejo de cumprir a pena no estabelecimento estipulado por lei e adequado ao regime a que faz jus, comprovada, ainda, a existência de vagas.

O artigo 33,§1º, “c”, do Código Penal determina que o regime aberto deverá ser cumprido em casas de albergado ou estabelecimento adequado. Havendo vagas neste estabelecimento, a progressão automática e involuntária para um regime não previsto em lei e, ainda, com imposição da utilização de monitoração eletrônica, configura medida flagrantemente ilegal e violadora de diversos princípios constitucionais, tais como legalidade, proporcionalidade e humanidade.

Se o apenado decidiu interpor recurso da decisão deferitória da prisão albergue monitorada é porque, em sua esfera individual, lhe é mais benéfico cumprir a pena em local mais distante de sua residência do que sofrer o ônus de uma vigilância eletrônica, não cabendo aos magistrados utilizar-se de analogia com base no sentimento justo que está em sua consciência, desconsiderando-se o real benefício da parte com as consequências daquela decisão.

Questões administrativas, tais como ausência de vagas na região onde reside o apenado, não podem embasar a restrição de direitos fundamentais, sendo certo que o precedente trazido pelo ilustre relator do agravo em execução retrata situação diversa, consubstanciada na concessão de prisão albergue domiciliar, sem monitoramento eletrônico e fora das hipóteses legais, considerando a impossibilidade do apenado permanecer em regime mais gravoso (semiaberto), o que caracterizaria uma efetiva *analogia in bonam partem*.

Estas posições jurisprudenciais assentadas no subjetivismo retratam o que Lênio Streck denomina de ‘baixa constitucionalidade’, uma dificuldade de compreensão da relação entre texto e norma, trazendo como resultado uma arbitrariedade interpretativa.

Como exemplo desta arbitrariedade interpretativa, o autor colaciona decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual o Ministro assim se pronunciou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Num Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a imposição de freios a esta discricionariedade interpretativa, sendo certo que os limites devem ser buscados nos paradigmas que informam a ordem constitucional.

Realizando este exercício interpretativo quanto à imposição do monitoramento eletrônico para aqueles que preencheram os requisitos necessários para concessão do regime aberto, vislumbra-se a possibilidade de três situações com consequências jurídicas diversas:

- 1) Apenado preencheu os requisitos necessários para concessão do regime aberto e não há vagas em casas de albergado;
- 2) Apenado preencheu os requisitos necessários para concessão do regime aberto e há vagas em casas de albergado;

3) Apenado preencheu os requisitos necessários para a concessão da prisão albergue domiciliar

No primeiro caso, preenchidos os requisitos legais para a progressão de regime e não havendo vaga no estabelecimento adequado, entende-se que o cumprimento da pena deve ser feito em regime de prisão albergue domiciliar, sem monitoramento eletrônico, no intuito de evitar o retrocesso, considerando que, antes da implementação da lei de vigilância, a jurisprudência já permitia o cumprimento sem qualquer monitoração. Além disso, o apenado não pode sofrer o ônus de uma monitoração em razão de uma desídia do Estado no cumprimento dos dispositivos legais.

No segundo caso, deve-se oportunizar ao apenado a manifestação de vontade quanto ao cumprimento da pena em casa de albergado, sem monitoramento eletrônico, ou em prisão albergue domiciliar, com monitoramento eletrônico, sendo certo que, neste último caso, a concessão fora dos ditames legais seria permitida através da aplicação de analogia *in bonam partem*.

Por fim, conclui-se que a imposição de intervenção corporal, consubstanciada na utilização de equipamento de monitoração eletrônica, sem previsão legal, caracteriza analogia *in malam partem*, prática vedada pelo ordenamento jurídico penal vigente.

4. Da lei 12.418/11: Previsão do monitoramento eletrônico como medida assecuratória do cumprimento da sanção penal

Conforme discorrido no segundo capítulo, uma das naturezas jurídicas assumidas pela monitoração eletrônica é a de medida cautelar assecuratória do processo, podendo ser utilizada antes da sentença transitada em julgado, como forma substitutiva da prisão preventiva.

Considerando os altos índices de prisão provisória registrados no Brasil, o advento da lei 12.403/11 convergiu com os objetivos estabelecidos nas Regras de Tóquio que, na segunda seção, chama atenção para a necessidade de criação e/ou ampliação das possibilidades do magistrado, quando da imposição de medidas assecuratórias do processo, com o objetivo de evitar a decretação de prisões cautelares, que acabam se transformando em uma antecipação de pena.

Tal medida é extremamente salutar, considerando que, segundo dados do Ministério da Justiça, o número de presos provisórios chega ao percentual de 40 % do total de presos no Brasil, sendo grande destas prisões ilegais ou referentes a crimes passíveis de substituição por medidas alternativas.¹⁴²

Assim, através da lei 12.403/11, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, ampliou-se consideravelmente o rol de medidas cautelares diversas da prisão, destacando-se, dentre elas, a previsão da monitoração eletrônica como medida cautelar autônoma (art. 319, IX do Código de Processo Penal).

Constata-se, nas lições de Aury Lopes Junior¹⁴³, “a adoção de um modelo polimorfo, que rompe o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva.”

Nos dizeres de Bottini¹⁴⁴, a criação de medidas cautelares além da prisão é bem-vinda, porque permite a superação da *mediocre dicotomia* do processo penal, pela qual o juiz não dispunha de alternativa diferente da prisão para assegurar a ordem processual e a aplicação da lei penal.

No modelo brasileiro, o monitoramento eletrônico não vincula o sujeito à permanência domiciliar ou ao cumprimento de qualquer outro requisito, destacando-se a hipótese de aplicação cumulativa inserida no art. 282, §2º do Código de Processo Penal.

A nova lei de cautelares perdeu a oportunidade de fixar critérios para aplicação deste instituto, deixando ao arbítrio do magistrado a avaliação quanto à necessidade de aplicação do instituto, prazo de duração ou medida de gravidade, além de silenciar quanto à possibilidade de detração do período em que o apenado permaneceu monitorado, o que pode dar margem a abusos, desproporcionalidades e subjetivismos.

Percebe-se, em grande parte dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma preocupação dos magistrados em atender aos princípios da necessidade e suficiência das penas quando da análise da medida mais adequada para o caso em tela.

¹⁴² MINISTERIO DA JUSTIÇA. **Novas regras para criação de núcleos de penas alternativas**. 24/04/12. Disponível em: www.portal.mj.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2013.

¹⁴³ IBCCRIM, Boletim 223, junho/2011.

¹⁴⁴ Bottini, **Mais reflexões sobre a lei 12.403/11**, Boletim ICCrim, junho 2011.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 0054394-35.2012.8.19.0000, de relatoria do Desembargador Jose Muinos Pineiro Filho, decidiu-se pela substituição da prisão preventiva pela imposição de duas cautelares autônomas, consubstanciadas na prisão albergue e na monitoração eletrônica, considerando a suficiência e adequação da medida para a preservação da ordem pública e garantia da instrução criminal.¹⁴⁵

Não obstante, deve-se atentar para os riscos de banalização do instituto, com aplicação da medida de monitoração para casos em que a prisão não seria necessária, dando margem a arbitrariedades e à expansão desmedida do controle punitivo estatal.

Silenciou, ainda, a nova lei de cautelares, quanto à necessidade de consentimento do apenado, sendo certo que o projeto original trazia esta previsão, além de dispor que o aparelho não poderia apresentar aspecto aviltante, ostensivo ou colocar a saúde do monitorado em risco, o que foi totalmente desconsiderado pela lei atual.

Sob a ótica da dignidade humana, reafirma-se questão já levantada a respeito das Regras Mínimas sobre medidas não privativas de liberdade, que ressalta a importância do estabelecimento de limites à aplicação das medidas ou penas alternativas, considerando que, apesar de não privarem a liberdade, interferem na esfera individual dos restringidos.

Seguindo esta filosofia, a nova lei determina que as medidas cautelares só podem ser aplicadas quando se tratar de infração a que for cominada pela privativa de liberdade. Além disso, a imposição de qualquer das medidas cautelares deve observar o critério da necessidade da aplicação da lei, investigação ou instrução criminal, para evitar a reiteração delitiva e a adequação à gravidade do fato, às circunstâncias do caso e às condições pessoais do agente, de acordo com a nova redação dada ao art. 282 do Código de Processo Penal.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Convém transcrever trechos do acórdão mencionado: “Contudo, analisando a documentação médica apresentada e considerando-se a idade do paciente, a prisão domiciliar, tal como pleiteada alternativamente pelo impetrante, afigura-se como a medida cautelar mais adequada ao caso, por atender a finalidade de resguardar-se a integridade física do paciente. Contudo, considerando-se a relação de vizinhança que tem com a vítima e seus familiares, para que se garanta a isenção dos depoimentos das testemunhas e a regularidade da instrução criminal, imperioso que se imponha o monitoramento eletrônico, para que não haja qualquer tentativa de aproximação e intimidação por parte do paciente. Assim, considerando-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, mas atendido o disposto no artigo 318, I do Código de Processo Penal, impõe-se a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, pois tal medida apresenta-se suficiente e adequada para a garantia da ordem pública e preservação da instrução criminal.”

¹⁴⁶ Oliveira, Janaína Rodrigues; Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli. **O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil.** Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo, ano 05, ed. 09. Agos/set 2011.

Deve-se atentar, portanto, para que a monitoração eletrônica seja aplicada apenas quando comprovados os requisitos autorizadores da prisão preventiva, permitindo com que as pessoas que, inicialmente, teriam a necessidade de aguardar seus julgamentos no cárcere, possam aguardá-lo em sua residência, considerando que os riscos da não aplicação da lei penal ficariam reduzidos através da fiscalização fidedigna proporcionada pelo aparelho de vigilância indireta.

Considerando sua introdução recente no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se importante acompanhar a concretização das mudanças trazidas pela lei 12.403/11, sempre com olhar crítico e desconfiado quanto ao exercício do poder punitivo, no intuito de efetivar o programa idealizado pelo legislador, bem como evitar a criação de novos abismos entre o discurso legitimante e a sua aplicabilidade prática.

5. Dificuldades Práticas para a Efetividade do Monitoramento Eletrônico na Realidade Brasileira

Conforme já mencionado ao longo do trabalho, grande parte das críticas doutrinárias à utilização do sistema de vigilância indireta não dizem respeito à técnica do monitoramento em si, mas sim às suas formas de utilização e aplicação, que muitas vezes se desvirtuam da nobre função ressocializadora, adquirindo um viés meramente vigilantista, incrementador do poder punitivo estatal e do controle social de condutas.

A primeira dificuldade de aplicação a ser mencionada refere-se a uma barreira judicial, ou seja, uma dificuldade dos magistrados em filiarem-se a esta política criminal alternativa. A legislação avançou quanto à possibilidade de concessão de medidas cautelares diversas do cárcere, abrindo um leque de opções para o magistrado, que decidirá de acordo o caso concreto, considerando a ampla margem de discricionariedade conferida ao julgador.

Entretanto, é necessário que estas medidas sejam efetivamente aplicadas pelo magistrado, sendo necessário, para tanto, deslegitimar o simbolismo da pena privativa de liberdade como medida retributiva e única capaz de trazer uma resposta satisfatória e retirar das massas a sensação de impunidade.

A perda gradativa de legitimidade do sistema penal brasileiro atingiu níveis tão elevados que, ao lado do direito penal alternativo, a doutrina da “lei e ordem” ganha cada vez

mais força e aceitação na sociedade, que anseia pela expansão do direito penal e seu recrudescimento.

Neste sentido, a magistratura oscila, em termos de linguagem punitiva, entre uma Constituição que proclama um direito penal mínimo, marcado pelos direitos e garantias individuais fundamentais, e a reprodução da violência submissora do Estado Leviatã.¹⁴⁷

Esta postura é percebida diuturnamente na prática forense criminal, onde, apesar da ampliação legislativa e da possibilidade de aplicação de diversas medidas cautelares alternativas à prisão, tal como o monitoramento eletrônico substitutivo da prisão preventiva, grande parte dos magistrados ainda permanece atrelada ao senso comum, pouco utilizando destas ferramentas que lhes foram conferidas em prol da efetivação de um direito penal mínimo e consoante com os postulados constitucionais.

Cumpra aqui transcrever trecho do artigo do Professor Thiago Fabres de Carvalho¹⁴⁸ que descreve a situação acima narrada: “Atrelada ao formalismo normativista, a magistratura neutraliza disposições constitucionais que consagram os direitos humanos e sociais, reduzindo sua atuação ao exercício do poder punitivo consolidado pela hipertrofia do sistema penal.”

Desta forma, um Estado Mínimo, tão presentemente afirmado pela hegemonia do discurso neoliberal produz, paradoxalmente, um ‘Estado Máximo’ em matéria punitiva.

Neste sentido, é necessário o enfrentamento desta barreira judicial, pois, caso contrário, a pena privativa de liberdade se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de garantir a eficácia do processo.

Ultrapassada a problemática da barreira judicial, uma segunda dificuldade apontada diz respeito à ausência de implementação de um projeto piloto de vigilância eletrônica no Brasil, o que acabou por gerar diversas falhas operacionais que atingem a esfera individual dos monitorados.

¹⁴⁷ CARVALHO, Saulo de. **Anti Manual de Criminologia**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 280

¹⁴⁸ Carvalho, Thiago Fabres. A linguagem do poder e o poder da linguagem: Os paradoxos do Judiciário no Estado Penal. In: **A lei em tempos sombrios**. Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória, Faculdade de Direito de Vitória. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009

Conforme já destacado ao longo do trabalho, não obstante a existência de experiências isoladas em alguns Estados do Brasil, com base em legislações estaduais de duvidosa constitucionalidade, certo é que não foi previsto qualquer projeto experimental para implementação deste sistema inovador, o que, conseqüentemente, acaba por acarretar diversas falhas técnicas que só são percebidas a partir da violação dos direitos da personalidade daquele que sofreu a lesão.

A escolha da tecnologia adotada é de atribuição de cada Estado, sendo certo que, no Rio de Janeiro, o sistema de monitoração eletrônica para os casos de visitas periódicas ao lar foi implementado e, logo em seguida, suspenso pelo Tribunal de Justiça, considerando o alto índice de fugas ocasionado pela facilidade na retirada das pulseiras.¹⁴⁹

Além disso, a Vara de Execuções Penais recebe semanalmente diversos requerimentos de troca de aparelhos e ou reclamações de falhas nos equipamentos, que não raras vezes enviam mensagens equivocadas de posicionamento, levando o beneficiado a enfrentar as burocracias e morosidades do Judiciário a fim de apresentar justificativa e livrar-se da imposição de falta grave, com suas danosas conseqüências (ex: regressão de regime).

Problemas geográficos também foram apontados como constantes pelos entrevistados¹⁵⁰, principalmente pelos que residem em áreas de difícil acesso ou comunidades carentes, próximos de morros ou locais acidentados, onde o aparelho de vigilância apresenta falhas de sinal, além de sinalizar evasões inexistentes, causando constrangimentos aos monitorados, que acabam expondo involuntariamente ao público sua condição de apenado.¹⁵¹

Além disso, há inúmeros relatos de erro na localização, ou seja, de casos em que o aparelho sinaliza localização diversa da que o apenado realmente se encontra, gerando a suspensão equivocada de benefícios e diversos constrangimentos aos monitorados.

Diante desta constatação, percebe-se que os erros técnicos geram o efeito negativo da exposição e da estigmatização, o que poderia ser solucionado através da implementação de

¹⁴⁹ Stoccheero, Tahiane. G1. **Tornozeleiras não impedem fuga e RJ suspende o uso no regime semiaberto**. São Paulo, 03 abr. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/tornozeleira-nao-impede-fugas-e-rj-suspende-uso-no-regime-semi-aberto.html>. Acesso em: 22 fev. 2013.

¹⁵⁰ Como decorrência do trabalho realizado na Vara de Execuções Penais da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2001 até julho de 2012, bem como no Núcleo do Sistema Penitenciário da mesma instituição, tive a oportunidade de entrevistar diversas pessoas submetidas ao monitoramento eletrônico, sendo as dificuldades relatadas apontadas no presente trabalho.

¹⁵¹ Mesquita, Leonardo. FOLHA DE SÃO PAULO. **Presos relatam problemas com tornozeleira eletrônica**. São Paulo, 24 dez. 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2412201020.htm>. Acesso em 22 fev. 2013.

projetos piloto, a fim de testar a tecnologia utilizada e corrigir previamente os problemas operacionais diagnosticados durante a experimentação.

Outro problema grave apontado pelos vigiados que cumprem pena no Estado do Rio de Janeiro diz respeito à dificuldade de ingressar em comunidades dominadas pelo tráfico com a tornozeleira eletrônica, sendo certo que, não raras vezes, são impedidos de ingressar em suas residências ou compelidos a retirar o aparelho pelos chefes do morro ou pela milícia, gerando um “descumprimento forçado” da medida.

Destacam-se, ainda, dificuldades no carregamento das baterias do aparelho que, na ausência de luz, não possui um mecanismo alternativo de recarregamento, podendo gerar alarmes falsos de fugas e evasões.

Não obstante a ampla maioria dos apenados prefira submeter-se à monitoração a permanecer no interior das unidades prisionais, relatos surgiram no tocante à ostensividade do aparelho, que dificulta a ocultação, mormente em um país tropical como o Brasil, onde os shorts e camisetas fazem parte do vestuário habitual do cidadão. Neste sentido, devem os Estados atentarem-se para a escolha da tecnologia adequada, no sentido de proporcionar ao monitorado a menor exposição possível e, conseqüentemente, evitar a sua exclusão social ou estigmatização.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, através de seu presidente Nelson Calandra, reconheceu as falhas do sistema, tais como rompimento de laço e má utilização, ressaltando a necessidade de ajustes e aprimoramentos. Segundo o Presidente, “As tornozeleiras, ou o chamado monitoramento eletrônico, não bastam por si só. Inovações e tecnologia são bem-vindas e devem ser adotadas, desde que acompanhadas de um conjunto de medidas há muito reclamadas e que busquem o aperfeiçoamento constante de todo o sistema.”¹⁵²

Em se tratando de um sistema exportado de outros países, importante se faz o estudo da experiência alienígena, a fim de identificar os possíveis obstáculos, superar as dificuldades apontadas e fazer as adequadas adaptações. Nesta linha são as ponderações de Fábio Reis: “a troca de experiências tem sido um dos pontos chave para o desenvolvimento do MEP

¹⁵² Calandra, Nelson. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O monitoramento eletrônico feito com tornozeleiras é uma medida efetiva para o controle de detentos?** Disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=1708. Acesso em 26 fev. 2013.

(Monitoramento Eletrônico de Presos) na Europa, inclusive para superação de erros e dificuldades já vivenciadas nos EUA.”¹⁵³

Importante, por fim, transcrever as palavras de Cavalieri Filho: “O legislador, levado pelo idealismo de pôr o país em dia com as conquistas da civilização, antecipa as instituições e prevê soluções que naufragam num meio hostil, acanhado e despreparado.”¹⁵⁴

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desta dura realidade carcerária diagnosticada no Estado do Rio de Janeiro, percebe-se que, passados mais de quatro décadas do reconhecimento internacional dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, bem como duas décadas da sua internalização pela Carta Constitucional de 1988, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes, colocando em xeque um dos fundamentos da República Brasileira (dignidade da pessoa humana) que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

José Afonso da Silva tece as pertinentes considerações:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.¹⁵⁵

Sob este prisma, pertinentes as considerações de Costas Douzinas, no sentido de que a multiplicação e internalização dos diplomas garantidores dos direitos humanos não pode servir apenas como uma forma dos governos, seus maiores violadores, apaziguarem sua consciência coletiva de maneira pública. Caso contrário, o discurso sobre direitos humanos acaba se transformando em “uma espécie de mantra, cuja repetição alivia a dolorosa lembrança das infâmias passadas e a culpa pelas injustiças presentes.”¹⁵⁶

A necessidade de conformação do direito penal com a nova ordem constitucional, pautada no respeito aos direitos fundamentais, densificou a crítica aos fundamentos teóricos que sustentam o correccionalismo, potencializando a criação de projetos e mobilizações para o

¹⁵³Reis, Fábio André da Silva. **Monitoramento Eletrônico de Prisioneiros (as)**. Disponível em: www.mj.gov.br/depen/publicacoes.htm. Acesso em 26 fev. 2013.

¹⁵⁴FILHO, Cavalieri. **Programa de Sociologia Jurídica: Você conhece?** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

¹⁵⁵SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 82.

¹⁵⁶DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. 1.ed.Rio Grande do Sul: Unisinos, 2009, p. 176.

desenvolvimento de uma política penal alternativa, baseada nos movimentos anticarcerários e antimanicomiais.

Nesta conjuntura, o sistema de monitoramento eletrônico aparece como importante ferramenta auxiliar do processo descarcerizante e efetivador dos direitos fundamentais, desconstruindo o principal argumento contra a concessão das penas e medidas alternativas ao cárcere, a saber: a impossibilidade prática de sua fiscalização, gerando altos índices de evasão e descumprimento.

Considerando os argumentos já expostos, conclui-se que o sistema de monitoramento eletrônico pode representar importante instrumento a serviço do homem e de sua liberdade, caso seja utilizado como mecanismo substitutivo ao cárcere e redutor do poder punitivo estatal.

Entretanto, apesar de sancionada sob o manto do discurso descarcerizante, o que, através de uma ponderação de interesses, legitimaria tamanha intervenção corporal, a lei 12.258/10 com ele é incoerente, eis que, em vez de evitar o enclausuramento, acabou por incrementar os métodos de controle social de condutas por parte do Estado, implementando-se como um mero mecanismo fiscalizatório do cumprimento das penas.

Neste enfoque, verifica-se que a legislação vigente não se coaduna com os objetivos da pena, sendo imperiosa a adequação legislativa, através da ampliação das hipóteses de concessão da vigilância eletrônica, para que efetivamente cumpra o seu papel descarcerizante, além da necessidade de consentimento do vigiado, preservando-se os seus direitos e garantias individuais.

No tocante à utilização do monitoramento eletrônico como medida cautelar autônoma, verifica-se um avanço na legislação brasileira que, em consonância com os objetivos das Regras de Tóquio, ampliou a possibilidade do magistrado conceder medidas alternativas à prisão processual, de onde se extrai seu efetivo viés ressocializador e descarcerizante.

Sob a ótica dos direitos fundamentais, verifica-se que, devido à sua recente implementação, o sistema ainda possui inúmeras falhas de ordem operacional, causando desconforto e constrangimentos ofensivos aos direitos da personalidade dos monitorados. Neste prisma, faz-se necessário o seu aprimoramento, com a prevenção e solução das falhas técnicas, bem como o desenvolvimento de aparelhos que preservem os direitos e garantias

individuais dos apenados, a fim de se evitar o efeito estigmatizante decorrente da utilização deste aparelho no corpo humano.

Não obstante as críticas acima mensuradas, reconhece-se que a regulamentação e implementação do sistema de vigilância eletrônica caracteriza um avanço para o sistema punitivo pátrio, além de contribuir para o fomento de discussões e modificações jurisprudenciais importantes no tocante à reformulação do sistema progressivo, tais como a ampliação das hipóteses de concessão de regime aberto de cumprimento de pena.

É necessário, pois, medir esforços para que as inovações trazidas pelo direito cibernético sejam utilizadas em prol de um Direito Penal Mínimo, através da ampliação dos mecanismos que permitam um maior convívio social dos apenados, garantindo-se a integridade física, moral e social, e não apenas como ferramenta de expansão da rede de controle social dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Machado de. **Pai contra mãe**. In: Relíquias da Velha Casa. Rio de Janeiro: Ed. Garnier, 1990.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro - Vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3. Ed. Rio de Janeiro. Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana – 2ª edição. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. (Org). **A Nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Manole: Barueri, 2004.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União n. 191-A, 05 out. 1988.
- _____. Constituição Política do Império do Brasil (*sic*) (1824). Promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 11/03/13.
- _____. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940.

_____. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Diário Oficial da União, 13 out. 1941.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 25.166, Brasília, DF, 22 de abril de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 592.581. Rio Grande do Sul. Brasília, DF, 22 de outubro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 102496, Minas Gerais. Brasília, DF, 19 de abril de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, Brasília, DF, 29 de abril de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo em execução nº 0060718-41.2012.8.19.0000. Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus* nº 0028630-81.2011.8.19.0000. Rio de Janeiro, 05 de julho de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 0009573-98.2005.8.19.0061. Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus* nº 0054059-16.2012.8.19.0000, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, RJ, 11 de dezembro de 2012.

_____. CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei nº 2.053, DE 2011. Deputado Hugo Leal. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para instituir a pena de recolhimento domiciliar, extinguir o regime de albergamento, modificar o sistema progressivo de cumprimento de pena e os requisitos à obtenção do livramento condicional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=515976>. Acesso em 06 fev. 2012.

BRITTO, Cesar. **OAB: pulseira eletrônica é Big Brother e não ressocializa preso**. OAB – Conselho Federal. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/noticias/x/10/23/10237/>. Acesso em: 08 ago. 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI do Sistema Carcerário**. Centro de Documentação e Informação. Edições Câmara, 2009.

CARVALHO, Saulo de. **Anti Manual de Criminologia**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro, RENOVAR, 2002.

CONDE, Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário do Rio de Janeiro- Relatório Final**. Regulamentado pela portaria nº108/2011. Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2011-16 de dezembro de 2012.

_____. **Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>> Acesso em 06/07/12.

CONTE, Christiany Pegorary. **Prisão virtual: breves considerações sobre o sistema de monitoramento de presos no cumprimento da pena**. Revista dos Juizados Especiais. 52/39-83. São Paulo, 2009.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Serie C nº 218.

D´URSO, Luis Flávio Borges. **D´Urso defende monitoramento eletrônico para presos**. Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/destaque-principal/durso-defende-monitoramento-eletronico-para-presos>> Acesso em 06/02/12.

FILHO, Cavalieri. **Programa de Sociologia Jurídica: Você conhece?** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GAMA, Aliny; MADERO, Carlos. **Tornozeleira eletrônica não impede fuga de presos nos Estados que adotaram o sistema**. Uol Notícias. Maceió, 07 de agosto de 2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/07/tornozeleiras-eletronicas-nao-impedem-fugas-de-presos-em-estados-que-adotaram-sistema.jhtm>. Acesso em 03/02/11.

GARIBALDI, Gustavo E. L. **Las modernas tecnologías de control y investigación del delito: su incidencia em el derecho penal y los principios constitucionales**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luis Flavio; MOLINA, Antônio García Pablos. **Direito Penal: Parte Geral. v.2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Penas Alternativas.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 56. São Paulo, julho de 2007.

_____. **Comentários à Convenção Internamericana sobre Direitos Humanos: Pacto San Jose da Costa Rica.** 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.** Belo Horizonte: Forum, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Tradução Pablo Rodrigo Alfen. Porto Alegre: SAFE, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1991.

JOHN HOWARD Society of Alberta. **Electronic Monitoring.** Canada, 2000. Disponível em: <<http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.htm#contents>> Acesso em 13 de março de 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico: A sociedade de Controle.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 170, janeiro de 2007.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord). **Temas Sobre Direitos Humanos: Em homenagem ao Professor Vicente de Paula Barreto.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

LENIO, Luiz Streck. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002.

_____. **Crise de paradigma: Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz.** Disponível em:

http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=54&Itemid=40 Acesso em 26 fev. 2013.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Penas e medidas alternativas: avanço ou retrocesso?** Disponível em: www.ibbcrim.com.br Acesso em 08 jun. 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Penais Constitucionais: O sistema das constantes constitucionais.** Revista dos Tribunais, vol. 779, p. 417 | Set / 2000 | DTR\2000\444.

LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal- Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 1985.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 9ªed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico: Liberdade Vigiada?** Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ57DC54E2PTBRIE.htm>>. Acesso em 10 de março de 2013.

MATSUKI, Edgard. **Sistema de chip em uniforme evita que alunos “matem aula” em escola do Distrito Federal.** Uol, Brasília, 30 de outubro de 2012. Disponível em: < <http://educacao.uol.com.br/noticias/2012/10/30/sistema-de-chip-em-uniforme-evita-que-alunos-matem-aula-em-escola-no-distrito-federal.htm>>. Acesso em 10/03/12.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal - Parte general.** Buenos Aires: Astrea, 1995.

MINISTERIO DA JUSTIÇA. **Novas regras para criação de núcleos de penas alternativas.** 24/04/12. Disponível em: www.portal.mj.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2013.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 14. Publicada em 02 de dezembro de 1994.

MONITORAMENTO eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Trad. Peter Naumann. 2ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NETO, Tourinho. **Prisão Virtual.** Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21 n. 9, set. 2009.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **Monitoramento eletrônico de condenados. Avanço ou retrocesso?** Disponível em: <<http://profeduardoviana.wordpress.com/2010/06/01/monitoramentoeletronico-de-condenados-avanco-ou-retrocesso/>>. Acesso em 09 fev. 2013.

NICOLITTI, André. **Intervenções Corporais: O processo penal e as novas tecnologias: Uma análise luso-brasileira.** 2010. 457f. Dissertação (Doutorado em Direito)- Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

_____. **Manual de Processo Penal.** 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUOVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal.** Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981. v. 1, p. 38.

OLIVEIRA, André Abreu de. **Regras de Tóquio como princípios norteadores de alternativas ao cárcere.** Disponível em: www.ibbcrim.org.br. Acesso em 22 fev. 2013.

OLIVIERA, Janaína Rodrigues; Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli. **O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil.** Revista Brasileira de Segurança Pública: São Paulo, ano 05, ed. 09, agosto/setembro de 2011.

ORWELL, George. **1984.** Tradução Wilson Veloso. 17. Ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

PARENTE, Juan Antonio Perez. **La pena de localización permanente y su seguimiento com médios de control electrónico**. *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma do México*. Net, Mexico, 2006. Disponível em: www.juridicas.unam.mx

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciuncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de Derecho Penal**. 3 ed. Barcelona : Ariel, 1989.

REGRAS DE TÓQUIO: **Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade**. Tradução Damásio de Jesus. Brasília, Ministério da Justiça, 1998.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. **Cárcel Electrônica: de la cárcel física a la cárcel mental**. *Revista del Poder Judicial*, nº 79, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a reforma prisional no Brasil**. In: **Crítica à Execução Penal**. Coord: Salo de Carvalho, 2ª edição: Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal- Parte General**. Tomo I. Trad. Luzón Peña *et ali*. Madrid: Civitas, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, JOSÉ AFONSO DE. **Comentário Contextual à Constituição**. 3ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado de. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. vol.I, 2ª ed; ver, atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

WACQUANT, LOÏC. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed; Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

WEIS, Carlos. **Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente**. CNPCP, 2007.

VESCOVI, Renata Conde (Org.) **A lei em tempos sombrios**. Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória, Faculdade de Direito de Vitória. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009.