



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

POLLYANNA QUINTELA FALCONERY

**A FUNÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE
INFRATORES NO BRASIL**

Salvador
2013

POLLYANNA QUINTELA FALCONERY

**A FUNÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE
INFRATORES NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade Federal da Bahia, a título de qualificação, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa 1.1: Constituição, Estado e Direitos Fundamentais

Grupo 3: Repensando o Direito Penal contemporâneo

Orientador: Prof. Dr. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO**POLLYANNA QUINTELA FALCONERY****A FUNÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE
INFRATORES NO BRASIL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof^a Dr^a Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado - Orientadora
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Riccardo Cappi
Universidade Estadual de Feira de Santana

Salvador, ____/____/ 2013

*À Joselita Quintela Falconery,
em reconhecimento aos esforços diariamente empenhados nesse contínuo desafio
de sermos mãe e filha.*

AGRADECIMENTOS

A Deus e a todos aqueles que contribuíram para esta produção acadêmica e que de algum modo vivenciaram comigo este momento, em especial:

A Prof^a Alessandra, pela orientação e confiança.

A Dr. Durval, pela compreensão e incentivo.

À UFBA e todos os professores da Pós-Graduação da Faculdade de Direito que tive oportunidade ser aluna e que enriqueceram minha trajetória de aprendizado, sobretudo à Prof^a Selma Santana.

A minha mãe, pelo amor e paciência.

A Jane, pela amizade e incessante apoio.

A Danilo, pelo carinho e empenhada ajuda.

Aos colegas Igor, Marta e Carol, pelo auxílio nos diversos momentos em que precisei.

Que o homem, voltado para si próprio, considere o que é diante do que existe; que se encare como um ser extraviado neste canto afastado da natureza, e que, da pequena cela onde se acha preso, isto é, do universo, aprenda a avaliar em seu valor exato a terra, os reinos, as cidades e ele próprio. Que é um homem dentro do infinito?
Blaise Pascal (Pensamentos)

RESUMO

O presente trabalho buscou investigar a(s) função(ões) da Monitoração Eletrônica de infratores no Brasil. A Monitoração Eletrônica pode assumir três funções em um ordenamento jurídico: ou ela é uma medida alternativa à prisão, ou é meio de implementação de medida penal já prevista ou é mecanismo de aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual. Considerando que a adoção da Monitoração Eletrônica pelo Brasil foi justificada pela redução de custos, da população carcerária e prevenção da reincidência, que estas finalidades só são alcançadas na medida em que a Monitoração Eletrônica é substituta da prisão, e que das suas hipóteses de utilização previstas nas Leis 12.258/2010 e 12.403/2011, apenas uma serve a essa finalidade (substituta da prisão cautelar – Lei 12.403/2011), trabalhou-se com a hipótese de que no caso da saída temporária em regime semiaberto e da prisão domiciliar sua função é expandir o controle penal sobre a esfera de liberdade individual do condenado. Para a verificação das hipóteses, foi feita uma apresentação da prática de Monitoração Eletrônica, abordando seu aspecto histórico, conceito, finalidades, classificação e algumas experiências internacionais. Posteriormente, uma investigação das razões que levaram o Brasil a adoção da prática em 2010, analisando o contexto histórico, as experiências estaduais, e a legislação brasileira, traçando-se o perfil da Monitoração Eletrônica no país. Em seguida, fez-se o confronto das hipóteses de utilização da Monitoração com as justificativas de sua implantação. Verificou-se que a redução de custo e da população carcerária são finalidades que devem ser buscadas pelo Estado, mas que a prevenção da reincidência não pode servir de justificativa à adoção da Monitoração Eletrônica porque inviável a sua comprovação científica e porque conduz a uma lógica de controle comportamental pela vigilância, insustentável em um ordenamento garantista. Concluiu-se que a Monitoração Eletrônica só estará de acordo com os fins constitucionais, reduzindo custos e população carcerária, se for prevista como medida alternativa à prisão, e paralelamente o Estado abrir mão tanto de práticas expansivas do Direito Penal (hipertrofia legislativa) e quanto da lógica punitiva carcerária. Do contrário, acarretará, como demonstram boa parte das experiências internacionais, na manutenção de dois sistemas punitivos, o prisional e a Monitoração Eletrônica, como coadjuvante daquele, acobertando uma prática de expansão da rede de controle penal do Estado, justificada por discursos eficientistas e garantistas.

Palavras-chave: Monitoração Eletrônica. Medidas Alternativas. Controle Penal. Sistema Prisional.

ABSTRACT

The present study sought to investigate the role (s) of electronic monitoring of offenders in Brazil. Electronic monitoring can assume three functions in a legal system: that it is an alternative measure to imprisonment, or is using criminal measure already provided for implementation or is control increase criminal mechanism on the sphere of individual liberty. Whereas the adoption of electronic monitoring by Brazil was justified by cost savings, the prison population and prevention of recidivism, that these purposes are achieved only to the extent that the electronic monitoring is a replacement of the prison, and that his hypotheses of use provided for in laws 12,258V2010 and 2011, only oneV12,403 serves this purpose (substitute prison 12,403-law/order 2011)He worked with the hypothesis that in the case of house arrest, monitoring serves as a means of implementation of the measure, and in temporary output in semi-open regime, its function is to expand the criminal control over individual freedom ball of the condemned. For the verification of hypotheses, a presentation was made to the practice of electronic monitoring, addressing its historical aspect, concept, purposes, classification and some international experience. Later, an investigation of the reasons for the adoption of the practice in Brazil 2010, analysing the historical context, the State experiences, and Brazilian legislation, drawing up the profile of electronic monitoring in the country. Then there was the confrontation of monitoring usage assumptions with the justifications of their deployment. It was found that the cost reduction and the prison population are goals that must be fetched by the State, but that prevention of recidivism cannot serve as a justification for the adoption of electronic monitoring because impossible their scientific proof and because it leads to a logic of behavioral control by monitoring, unsustainable in an author planning. It was concluded that the electronic monitoring will only be in accordance with the constitutional purposes, reducing costs and prison population, if it is provided for as an alternative to prison, and at the same time the State give up expansive practices both criminal law (legislative hypertrophy) and as punitive jail logic. Otherwise, it will cause, as demonstrated by most of the international experiences in maintaining two punitive systems, the prison and the electronic monitoring, supporting that, both a practice of expanding the network of criminal control of the State, was covered up by efficientist and guarantist speeches.

Keywords: Electronic Monitoring. Alternative Measures. Criminal Control. Prison System.

RÉSUMÉ

La présente étude visait à examiner le rôle (s) de la surveillance électronique des délinquants au Brésil. La surveillance électronique peut supposer trois fonctions dans un système juridique: que c'est une mesure alternative à l'emprisonnement, ou utilise mesure pénale prévu déjà mise en œuvre ou contrôle mécanisme criminel sur la sphère de la liberté individuelle. Considérant que l'adoption de la surveillance électronique par le Brésil était justifié par les économies de coûts, la population carcérale et la prévention de la récidive, que ces objectifs sont réalisés uniquement dans la mesure où la surveillance électronique est un remplacement de la prison, et que ses hypothèses d'utilisation prévues par les lois 12 258V2010 et 2011, seulement 1V12 403 sert à cet effet (prison 2011 12 403-loiVordre de substitut)Il a travaillé avec l'hypothèse que dans le cas de l'assignation à résidence, surveillance sert comme moyen de mise en oeuvre de la mesure et une sortie temporaire en régime semi-ouvert, sa fonction est d'étendre le contrôle criminel de balle de la liberté individuelle des condamnés. Pour la vérification des hypothèses, une présentation a été faite à la pratique de la surveillance électronique, s'adressant à son aspect historique, concept, fins, classification et une expérience internationale. Plus tard, une enquête sur les raisons de l'adoption de la pratique en 2010 au Brésil, analysant le contexte historique, les expériences de l'État et la législation brésilienne, dresser le profil de surveillance électronique dans le pays. Puis, il y avait la confrontation des hypothèses d'utilisation avec les justifications de leur déploiement de surveillance. Il a été constaté que la réduction des coûts et la population carcérale sont des objectifs qui doivent être récupérés par l'État, mais que la prévention de la récidive ne peut pas servir pour justifier l'adoption de la surveillance électronique car impossible leur preuve scientifique et parce qu'il aboutit à une logique de contrôle comportemental en surveillant, insoutenable dans un auteur planification. Il a été conclu que la surveillance électronique sera uniquement conformément aux fins constitutionnelles, réduisant la population de coûts et de la prison, si cela est prévu comme une alternative à la prison et en même temps l'état renoncer aux pratiques expansives deux droit pénal (hypertrophie législative) et logique de prison punitive. Dans le cas contraire, il fera, comme démontré par la plupart des expériences internationales dans le maintien de deux systèmes punitifs, la prison et la télésurveillance, soutenant que, une fois pratique d'étendre le réseau de contrôle criminel de l'Etat, a été recouvert par les garantistes et eficientistes discours.

Mots clés: Surveillance Électronique. Mesures de rechange. Contrôle pénal. Système Pénitentiaire.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BBC	British Broadcasting Corporation
CENAPA	Centro Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas
CEP	Conférence Européene of Probation
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
ENAPE	Estratégia Nacional de Alternativas Penais
GPS	Global Position System
LEP	Lei de Execuções Penais
MP	Ministério Público
OPPAGA	Office of Program Policy Analysis & Government
PCC	Primeiro Comando da Capital
PL	Projeto de Lei

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

Figura 01	Bracelete Eletrônico	31
Figura 02	Tornozeleira eletrônica	31
Figura 03	E3 com linha móvel - celular	32
Figura 04	E3 com linha fixa	32
Figura 05	MEMS 300	33
Figura 06	E3 Voice	33
Figura 07	Esquema de operacionalização da tecnologia GPS ativo	34
Figura 08	Chave eletrônica	34
Figura 09	Unidade de monitoramento móvel	34
Tabela 01	Quadro sinóptico das classificações da ME	40
Tabela 02	Quadro do perfil jurídico-legislativo da ME no Brasil	76
Tabela 03	Custos do sistema de ME em cada país europeu	92
Tabela 04	Países com as maiores populações carcerárias do mundo	101
Tabela 05	Países europeus com as maiores populações carcerárias	102
Tabela 06	Máximo de cumprimento de ME em países europeus	114

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O SISTEMA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA	17
2.1 HISTÓRICO	17
2.2 CONCEITO	25
2.3 FINALIDADES OPERACIONAIS	27
2.4 CLASSIFICAÇÃO	28
2.4.1 Quanto às modalidades tecnológicas	29
2.4.2 Quanto ao sistema de intervenção	35
2.4.3 Quanto às finalidades jurídicas	37
2.4.4 Quadro analítico	39
2.5 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS	42
2.5.1 Estados Unidos	42
2.5.2 Inglaterra	44
2.5.3 Canadá	46
2.5.4 França	46
2.5.5 Argentina	48
3 A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO BRASIL	50
3.1 O CONTEXTO HISTÓRICO	50
3.1.1 As tendências político-criminais brasileiras	51
3.1.1.1 <i>Hipertrofia Legislativa</i>	55
3.1.1.2 <i>Expansão da rede de repressão do Estado</i>	60
3.1.1.3 <i>Difusão de discursos efficientistas na área penal</i>	61
3.1.1.4 <i>Busca pela eficácia dos procedimentos penais</i>	63
3.1.2 A crise no sistema de segurança pública	65
3.2 EXPERIÊNCIAS ESTADUAIS	67
3.3 A LEGISLAÇÃO	71

3.3.1 A Lei 12.258/2010	71
3.3.3 A Lei 12.403/2011: Monitoração Eletrônica como medida cautelar	75
3.4 A CLASIFICAÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO BRASIL	76
3.4.1 As finalidades do sistema e as características da Monitoração Eletrônica no Brasil	79
4 OS DISCURSOS JUSTIFICADORES DA IMPLANTAÇÃO E SUA CONFORMIDADE COM AS HIPÓTESES LEGAIS BRASILEIRAS DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA	82
4.1 REDUÇÃO DOS CUSTOS	83
4.1.1 A teoria dos custos e o direito penal	84
4.1.2 A redução dos custos e as hipóteses de Monitoração Eletrônica no ordenamento jurídico brasileiro	92
4.2 DIMINUIÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA	99
4.2.1 Monitoramento Eletrônico: medida alternativa ou coadjuvante?	100
<i>4.2.1.1 Restaurando a coerência do sistema penal por uma incoerência: o caso das medidas alternativas</i>	<i>103</i>
4.2.1.1.1 A (i)lógica da classificação das condutas penais baseadas em sua potencialidade ofensiva	105
4.2.1.1.2 A tipificação de condutas de menor potencial ofensivo como fruto das ações político criminais de hipertrofia legislativa	110
4.2.1.1.3 A manutenção do paradigma punitivo carcerário e a criação de medidas coadjuvantes ao sistema prisional	112
<i>4.2.1.2 A Monitoração Eletrônica como medida coadjuvante ao sistema carcerário</i>	<i>114</i>
4.3 PREVENÇÃO DE REINCIDÊNCIA	116
4.3.1 O controle pela vigilância e o panoptismo	120
4.4 DISCURSO DE IMPLANTAÇÃO E PRÁTICA DA ME NO BRASIL	123
5 A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA, A EXPANSÃO DO CONTROLE PENAL E SUA CONFORMIDADE COM OS FINS CONSTITUCIONAIS	127

5.1 A DIVERGÊNCIA ENTRE A JUSTIFICATIVA NORMATIVA E O RESPECTIVO CONTEÚDO LEGISLATIVO	127
5.2 A RACIONALIDADE DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E SUA CONFORMIDADE COM OS FINS CONSTITUCIONAIS	132
5.2.1 A dignidade da pessoa humana e a Monitoração Eletrônica	134
5.2.2 Análise de constitucionalidade: o princípio da proporcionalidade e a Monitoração Eletrônica	137
5.3 A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E O NECESSÁRIO ABANDONO DO PARADIGMA PRISIONAL	142
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152
Anexo 1 – Resposta do Departamento Penitenciário à solicitação de informação quanto à execução do orçamento previsto para a ação de <i>Apoio à Implantação do Instituto de Liberdade Vigada por meio de Monitoramento Eletrônico</i>	
Anexo 2 – Decreto nº 7.627 de 2011 (regulamenta a Lei 12.258/2010)	

1 INTRODUÇÃO

Desde que as penas de castigo corporais foram substituídas pela prisão, que originariamente era uma medida cautelar, os problemas em torno dessa lógica de aprisionamento apareceram.

Surgida no século XVI, em meio a transição de uma sociedade feudal para um Estado absoluto, modelos políticos sociais em que os indivíduos não detinham nenhum direito perante o Estado, pelo contrário, lhes servia, a sociedade convivia sem maiores questionamentos com os problemas decorrentes do aprisionamento. Contudo, tal situação começou a mudar quando o movimento Iluminista defendeu a ideia de que todo homem possuía direitos (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), logo, o Estado devia respeito estes direitos. A partir desse pensamento passou-se a questionar a funcionalidade da prisão e os problemas em torno do instituto começaram a ganhar evidência pela sua incompatibilidade com a noção de direitos humanos.

Não há como prender sem violar a dignidade da pessoa humana. O aprisionamento sugere uma invasão na liberdade do indivíduo não só no seu aspecto de locomoção, mas também no seu aspecto psíquico, afetando sua autodeterminação, condicionando e limitando as experiências cognitivas e perceptivas do ser humano, durante certo lapso de tempo, à aquele ambiente. Logo, aprisionar significa condicionar a existência do outro, de forma provisória ou perpétua, a limites de tempo e espaço publicamente definidos segundo uma lógica de punição e segregação social.

Na tentativa de compatibilização da prisão com o progressivo reconhecimento de direitos humanos, as teorias da pena buscaram uma justificativa para o ato de punir. Ocorre que justificar a pena, não significa necessariamente justificar a pena de prisão. Mas a ideia em torno do instituto, de segregação social dos indesejáveis, fez com que o cárcere cumprisse mais do que uma função punitiva. A prisão cumpre também um papel de neutralizador de pessoas que o Estado entende como ameaça a estrutura política posta. Logo, sendo uma ferramenta jurídica, política e social na manutenção das estruturas de poder, nunca se pretendeu abrir mão desse instituto.

Paralelamente, os problemas ligados à prisão como superpopulação, déficit de vagas, violações a direitos humanos começam a ser enfrentados sob a lógica de se buscar medidas alternativas ao cárcere.

A ideia de se procurar medidas alternativas não é nova. Em 1872, uma série de Congressos Penais Penitenciários foi realizada, cogitando-se nestes a possibilidade de adoção de penas alternativas à prisão.

Se a situação de reconhecimento das mazelas do sistema prisional e a busca por medidas alternativas são uma realidade muito antiga, logo entendeu-se desnecessário, no presente estudo, a apresentação da situação carcerária no país, bem como a exposição dos motivos da necessidade de busca por medidas alternativas, e dentre elas, a Monitoração Eletrônica. Parte-se aqui da premissa que o sistema carcerário sempre apresentou problemas e conseqüentemente sempre fomentou a busca por soluções alternativas.

A utilização jurídica da Monitoração Eletrônica surge dentro desta lógica, e inicialmente foi pensada como uma medida alternativa à prisão. Mas há uma diferença entre ela se apresentar como alternativa e de fato ser uma alternativa. Dizer que prender é ruim, não significa necessariamente que monitorar é bom.

As justificativas da implantação da Monitoração Eletrônica no Brasil, seguindo a lógica dos discursos a nível internacional, foram a redução da população carcerária, dos custos com a execução penal e prevenção da reincidência.

Considerando a possibilidade de divergência entre o discurso e prática, o objetivo do presente trabalho é analisar a função ou funções da utilização do sistema de Monitoração Eletrônica no ordenamento jurídico brasileiro. Considerando que as justificativas da adoção da Monitoração Eletrônica no Brasil só são alcançadas na medida em que a Monitoração é substituta da prisão, e que das suas três previsões normativas nas Leis 12.258/2010 e 12.403/2011, apenas uma serve a essa finalidade (substituta da prisão cautelar – Lei 12.403/2011), trabalhou-se com a hipótese de que no caso da saída temporária em regime semiaberto e da prisão domiciliar sua função é expandir o controle penal sobre a esfera de liberdade individual do condenado.

Para a investigação proposta foi necessário conhecer o instituto, visualizando algumas práticas internacionais, posteriormente entender como a ideia de implantação chegou ao Brasil, considerando o contexto político, histórico e jurídico do país. A partir de então, partiu-se para a análise da funcionalidade do

sistema baseando-se no confronto entre os discursos formulados, os dados das experiências internacionais e as previsões normativas brasileiras.

Como a Monitoração Eletrônica é essencialmente um sistema de controle técnico baseado na vigilância, não se buscou discutir prós e contras na adoção do sistema, já que essa discussão só teria razão de existir na medida em que se atribui uma funcionalidade à Monitoração no ordenamento jurídico. O foco do trabalho foi discutir a funcionalidade sistêmica e suas consequências jurídicas.

A partir da descoberta da(s) função(ões) que a Monitoração Eletrônica veio desempenhar no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre discutir se ela(s) está(ão) de acordo com os fins constitucionais pátrios, bem como de que forma pode servir de instrumento de política criminal de redução de custos e da população carcerária, finalidades compatíveis com o Estado Constitucional de Direito.

2 O SISTEMA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

A ideia de monitorar pessoas sujeitas ao sistema jurídico-penal, com o uso de dispositivos eletrônicos capazes de informar a localização do indivíduo no tempo-espaço, não é recente no cenário jurídico mundial. Embora só a partir de 2007 o tema passou a ser discutido com relevância política no Brasil, a prática de Monitoração Eletrônica de infratores existe desde o final da década de 70, quando foi formalmente utilizado pelo Estados Unidos.

A discussão acerca dos usos desse sistema no Brasil reclama, antes de tudo, o conhecimento deste. Para conhecer é necessário entender como essa ideia surgiu, como ela pode ser definida e como a prática vem sendo desenvolvida, a partir de algumas experiências internacionais.

2.1 HISTÓRICO

A história da Monitoração Eletrônica remonta a sua origem tecnológica, no ano de 1919, quando o cientista Army Signal Corps desenvolveu uma tecnologia que permitia o rastreamento de navios e aviões pelo uso do sinal de Rádio (KLEIN-SAFFRAN; 1995, p. 25).

Mais tarde, a tecnologia teve o seu uso ampliado. Em 1961, pesquisas médicas passaram a utilizar pequenos transmissores implantados dentro do ser humano. Estes transmissores eram usados para averiguar mudanças na pressão abdominal, temperatura corporal, tensão de oxigênio, acidez e intensidade de radiação. No campo da biologia, pesquisadores desenvolveram dispositivos capazes de rastrear animais tanto na terra quanto na água (KLEIN-SAFFRAN; 1995, p. 25).

A tecnologia aplicada à área criminal teve origem em 1964, com os trabalhos do Dr. Ralph Schwitzgebel, integrante do Comitê Científico de Psicologia Experimental da Universidade de Harvard, em Massachusetts, Estados Unidos. Ele descreveu um sistema eletrônico telemétrico no campo de estudo da Ciência Comportamental. Dois anos mais tarde, a discussão do sistema apareceu na Revista de Direito de Harvard e, em 1969, o Dr. Schwitzgebel junto com William S. Hurd, também integrante do Comitê de Psicologia Experimental de Harvard, desenhou e patenteou um protótipo de sistema de monitoramento eletrônico em Cambridge, Massachusetts. O sistema consistia na existência de transmissores individuais, que

cada participante do programa portava, de estações receptoras e uma estação base. Quando um transmissor individual ativava a estação receptora, sua localização era informada por um mapa luminoso na estação base. Desse modo, infratores juvenis eram monitorados dentro de áreas geográficas prescritas, onde as estações receptoras eram localizadas (GABLE; 2005, p. 01).

O dispositivo criado consistia em duas caixas, uma contendo as baterias e a outra um emissor, que enviava um sinal informando a localização do usuário do aparelho em uma tela, situada na estação de recepção de informações. Cada aparelho, pesava, ao todo, um kilo, e cada um deles enviava um sinal codificado diferente à central de informações, o que possibilitava a individualização de cada usuário. O dispositivo era capaz de emitir sinais em uma distância de até quatrocentos metros (BLACK, SMITH; 2003, p. 01).

Schwitzgebel com seus experimentos propôs uma nova área de estudo chamada “comportamentos eletrônicos”, a qual ele descrevia como a modificação de padrões comportamentais através do uso de dispositivos eletrônicos para reforçar o comportamento socialmente aceitável (KLEIN-SAFFRAN; 1995, p 25-26).

Ralph e seus colegas de pesquisa da ciência comportamental acreditavam que o sistema de monitoramento eletrônico facilitaria uma relação terapêutica com o infrator. Sua avaliação do sistema indicava que o Monitoramento Eletrônico (ME) violaria menos os direitos dos indivíduos, garantiria uma maior privacidade, facilitaria o retorno mais cedo ao trabalho e à comunidade, e seria mais efetivo na redução do crime, desde quando o degradante ambiente prisional pudesse ser evitado (DOHERTY; 1994, p. 05).

Estes pesquisadores entusiasmados chegaram a sugerir que:

quando específicos comportamentos delinquentes puderem ser previstos com exatidão e / ou controlados com os criminosos em seus próprios meios sociais, o encarceramento não será mais necessário como um meio de controle comportamental e de proteção social (SCHWITZGEBEL; 1964, apud U.S. CONGRESS; 1988, p. 33, *tradução nossa*).

De 1964 a 1970, o primeiro sistema de vigilância eletrônica foi usado para monitorar a localização de infratores em liberdade condicional, pacientes com debilidade mental e voluntários de pesquisa, em Boston, Massachusetts, Estados Unidos (KLEIN-SAFFRAN; 1995, p. 26).

Os infratores em liberdade condicional eram 16 (dezesesseis) jovens voluntários, todos reincidentes. O dispositivo eletrônico foi posto sob suas camisas, e os sinais eram transmitidos para receptores localizados no forro das casas dos voluntários. Estes receptores, por sua vez, eram retransmitidos para uma antiga estação de controle de mísseis, informando os dados em uma tela (OLIVEIRA; 2007, p. 14).

Schwitzgebel e os outros pesquisadores concluíram pelo sucesso da experiência, que resultou com o registro da patente desse sistema, já acima mencionada.

Poucos anos depois, o irmão gêmeo de Ralph Schwitzgebel, Robert Schwitzgebel, professor da Universidade da Califórnia - Los Angeles (UCLA) e mais tarde da Universidade de Graduação de Claremont, licenciou uma frequência de radio no Federal Communication Commission (FCC) que permitia uma modificação no sistema protótipo, tornando-o capaz de enviar sinais táteis e de permitir duas formas de comunicação codificada (GABLE; 2005, p. 01).

Por volta da metade dos anos 70, Ralph Schwitzgebel e outro pesquisador, Bird, desenharam novo sistema protótipo de comunicação bidirecional entre o oficial responsável pelo controle da liberdade condicionada e o infrator, que permitia o uso de sensores para o monitoramento fisiológico, a exemplo da frequência cardíaca. Este trabalho era primeiramente teórico e focado na projeção tecnológica e nas variações de configurações do sistema necessárias para o monitoramento nos ambientes sociais. Os pesquisadores entendiam que o seu sistema de monitoramento eletrônico poderia reduzir a reincidência de várias formas. Uma destas através da detecção de mudanças nos níveis hormonais ou de introdução de álcool ou drogas dentro da corrente sanguínea dos infratores monitorados, que poderia oferecer às autoridades um prévio aviso de que uma rápida intervenção seria necessária para prevenir a ocorrência de um crime. Outra seria em razão do conhecimento dos infratores acerca do seu monitoramento, este fator, segundo os cientistas, teria um efeito inibidor naqueles que temessem o aumento da probabilidade de investigação policial dos seus atos criminosos (KLEIN-SAFFRAN; 1995, p. 26).

Contudo, nem as propostas e nem a tecnologia do sistema telemétrico dos psicólogos foram adotadas no sistema jurídico devido ao custo no seu

desenvolvimento e ao modo de operacionalização, que exigia a proporção de um agente de observação para um monitorado (DOHERTY; 1994, p. 05).

Ambos os sistemas de radiofrequência receptor e transmissor eram relativamente caros e tecnologicamente primitivos para os padrões contemporâneos (GABLE; 2005, p 01).

Da experiência dos psicólogos nota-se que a ME foi pensada com fins de prevenção de novos comportamentos criminais, ou seja, focava na prevenção da reincidência.

O monitoramento eletrônico de infratores só passou a ser utilizado na justiça criminal nos anos 80 e seu uso é devido a utilização experimental um juiz norte-americano, de Albuquerque, Novo México, Estados Unidos. Por volta de 1977, o juiz Jack Love, inspirado em uma história em quadrinhos do Homem-Aranha cogitou a possibilidade do uso do monitoramento eletrônico nos infratores. Na história, o super-herói foi marcado no seu punho com um dispositivo que permitia ao vilão rastrear cada movimento seu (OLIVEIRA; 2007, p. 15).

Surge, então, a ideia do bracelete eletrônico.

O juiz Love trabalhava no sentenciamento de infratores a programas de prestação de serviço, medida alternativa à prisão. Naquele tempo, havia muitas pessoas candidatas ao programa. Isto fez com que o magistrado buscasse companhias interessadas no desenvolvimento do programa de monitoramento por ele imaginado, mas não obteve êxito (DOHERTY; 1994, p. 08).

Diante das circunstâncias, o juiz decidiu buscar a pesquisa e o desenvolvimento do programa independente do suporte de uma empresa. Michael Goss era um executivo de uma empresa de informática bem conceituada, a Honeywell. Sua empresa havia recusado o sistema proposto pelo Juiz Love, mas Michael decidiu dispende suas energias na pesquisa e desenvolvimento do protótipo conceitual proposto pelo magistrado. Assim, uma aliança entre os dois foi formada. Michael Goss, então saiu da empresa e fundou uma nova com um capital social de \$100.000 (cem mil dólares) (TIMKO; 1986, p. 16 apud DOHERTY; 1994, p. 08).

A partir de então é criada a primeira empresa a produzir dispositivos eletrônicos com a finalidade de monitorar seres humanos, a norte-americana National Incarceration Monitor and Control Services - a NIMCOS (OLIVEIRA; 2007, p. 15).

Entre o surgimento e a efetivação desta ideia foram necessários quatro anos, para que o Juiz Love convencesse a Administração Judiciária de Albuquerque a experimentar ideia, e persuadesse o executivo Michael Goss a produzir os dispositivos eletrônicos, em forma de bracelete. Levou esse tempo também a discussão em torno da concepção desse aparelho eletrônico, tendo em vista a peculiar finalidade do mesmo: o monitoramento da conduta de pessoas sujeitas ao controle do Direito Penal (OLIVEIRA, 2007, p. 17).

No desenvolvimento do modelo, muitas tecnologias foram testadas, custando a Nimcos em torno de 500 (quinhentos) mil dólares em pesquisa e desenvolvimento tecnológico. O programa apoiado por Jack Love teve que enfrentar questões éticas, legais e econômicas que surgiram em torno da proposta do dispositivo (DOHERTY; 1994, p. 09). O juiz Love enfrentou dificuldades com a legislação do Novo México na implantação do sistema e a nova tecnologia foi impugnada na Suprema Corte Estadual. Foram discutidas questões como a submissão da proposta a outros juízes estaduais, a não obrigação do condenado de alugar o sistema de controle ou ter um telefone, e também que o juiz não poderia assinar um contrato com Michael Goss (TIMKO; 1986, p. 16 apud DOHERTY; 1994, p. 09).

Apesar das dificuldades acima relatadas o projeto se desenvolveu.

Em 1983, o primeiro destes novos monitores eletrônicos foi desenvolvido por Goss, e ficou conhecido como “Gosslink”. Seu primeiro usuário foi o próprio Juiz Love, que passou três semanas portando o bracelete. Após este período, ele ordenou o uso do dispositivo a um condenado por estupro, que havia violado as regras da sua liberdade condicional (OLIVEIRA; 2007, p. 15).

Logo em seguida, ordenou o uso do bracelete a mais quatro presos em Albuquerque, dois condenados por dirigir sob o efeito de substâncias tóxicas e outros dois que também haviam violado as restrições da sua liberdade condicional (DOHERTY; 1994, p. 08).

Em face de tal experiência, o Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos a avaliou e em seu relatório concluiu que (DOHERTY; 1994, p. 08):

1. O equipamento havia operado com sucesso;

2. Era legalmente sustentável, enquanto alternativa à prisão¹;
3. O monitoramento da prisão domiciliar se mostrou aceitável para a comunidade da respectiva jurisdição penal;
4. Comparado à detenção, representava uma economia substancial para o sistema penal.

O uso inicial do Sistema de Monitoração Eletrônica foi seguido de um rápido aumento de programas similares nos Estados Unidos (DOHERTY; 1994, p. 09).

Um segundo sistema foi desenvolvido por Tomas Moody, em Key Largo, Flórida. Neste programa, foram monitorados doze infratores em um período de seis meses (KLEIN-SAFFRAN; 1995, p. 26). Ele foi avaliado positivamente assim como o anterior do Novo México, em termos de redução de custos e de meio alternativo à prisão. Depois destes, diversos outros projetos foram implantados em vários estados-membros dos Estados Unidos.

Também na Flórida, em 1984, em Palm Beach, surgiu um outro programa de prisão domiciliar de curta duração associado ao monitoramento eletrônico para substituir a pena privativa de liberdade para delitos de menor gravidade (JAPIASSÚ, MACEDO; 2008, p. 18).

Em 1985, cinco estados norte-americanos já haviam adotado o monitoramento eletrônico, Flórida, Kentucky, Michigamn, Oregon e Utah. Apenas dois anos mais tarde, em 15 de fevereiro de 1987, dados coletados indicavam que vinte e um estados norte-americanos já possuíam programas de monitoramento eletrônico e novecentos e vinte e seis infratores estavam sendo monitorados, no dia do levantamento das informações (KLEIN-SAFFRAN; 1995, p. 26).

Dois fatores impulsionaram a criação do monitoramento eletrônico e a sua expansão nos anos 80, pelos Estados Unidos (GABLE; 2005, p. 01).

Primeiro deles, o aumento da população carcerária em razão da expedição de mandados de prisão de curto prazo, especialmente pequenos delitos envolvendo drogas. Esta prática resultou em uma superlotação das prisões e em conseqüentes ordens judiciais para limitar o ingresso de presos nas penitenciárias (GABLE; 2005, p. 01). A partir de então, iniciou-se uma busca por meios alternativos de cumprimento de pena. No fim dos anos 60 e início dos anos 70, diversos estados

¹ Inicialmente, o ME era utilizado como um meio alternativo à prisão executiva. Posteriormente, esse uso foi ampliado. Em 1994, algumas jurisdições já o utilizavam na fase pré-processual e pós-prisão (DOHERTY; 1994, p. 09).

norte-americanos chegaram a criar legislações que estabeleciam incentivos programáticos e financeiros para que os governos locais buscassem uma pena alternativa ao encarceramento (NOBLE; 2004, p. 01).

O segundo fator foi a expansão da infra-estrutura tecnológica de processamento de informação. O telefone analógico foi substituído pelo digital. Esta substituição permitiu uma integração mais fácil de informações e com computadores mais potentes e menos custosos (GABLE; 2005, p. 01).

Outro fator que se pode apontar para a expansão dessa prática é o destaque que o pensamento segundo o qual a ‘tecnologia é indispensável à criação de uma vida alegre e à solução de problemas sociais e políticos’ tem nos Estados Unidos. O historiador Howard Segal, para explicar esse pensamento, cunhou a expressão “utopia tecnológica”². No início era desenvolvido a partir da crença na capacidade do progresso tecnológico de transformação do meio natural. Posteriormente, no século XX, essa convicção cresceu para englobar a capacidade de transformar a natureza do próprio homem, pela educação ou condicionamento. Desde sempre, na história dos Estados Unidos, o discurso sobre o potencial transformador da ciência e da tecnologia sempre teve amplo espaço em seu cenário político. (LILLY; NELLIS, 2012, p. 02).

O avanço da tecnologia e o discurso acerca de sua potencialidade transformadora, aliados à necessidade de busca por meios alternativos à prisão tornaram o cenário político dos Estados Unidos nos anos 80/90 terreno fértil para o desenvolvimento do monitoramento eletrônico.

Somado a isto está ainda o fato desse sistema se apresentar como uma alternativa financeiramente menos custosa ao encarceramento, com o desenvolvimento da prisão domiciliar vigiada, característica que se adequou à lógica econômica dos Estados Unidos e da peculiar influência que esta questão econômica exerce em seu sistema penal (JAPIASSÚ; MACEDO, 2008, p. 15).

Em 1987, 826 (oitocentos e vinte e seis) participaram de programas de Monitoração Eletrônica. Em 1998, este número subiu para 95.000 (noventa e cinco mil) (ALBERTA; 2000, p. 03).

² De acordo com o historiador, esse tipo de pensamento tem suas origens na própria criação da América, no julgamento dos colonizadores de que as engenhosidades tecnológicas e proeza seriam essenciais para transformar o deserto em uma nação civilizada. No século XX, essa convicção cresceu para englobar a capacidade de transformar o próprio homem (LILLY, NELLIS; 2012, p. 02)

Neste mesmo ano, 1998, o número de pessoas nos Estados Unidos supervisionadas fora da prisão com o uso do Monitoramento Eletrônico representava em torno de setenta e cinco mil, uma estimativa de 20% (vinte por cento) da população supervisionada pela Justiça Criminal. Nessa mesma época, aproximadamente vinte empresas já forneciam o equipamento (GABLE; 2005, p. 01).

Assim, a vigilância eletrônica tornou-se uma prática comum em todo os Estados Unidos, e, em pouco tempo, outros países passaram a se interessar por essa prática. Já no fim dos anos 80. Países como Austrália, Canadá, Inglaterra, Suécia e Países Baixos foram pioneiros em receber esta prática norte-americana, com o desafio de adequá-la ao seu sistema penal (CEP; 2009). Depois destes, já na década de 90, o monitoramento eletrônico ganha a adesão de vários outros, principalmente dentro da Europa.

Ainda durante a década de 90, a ideia de sua implantação chega à América Latina, sendo a Argentina a pioneira, em 1997, iniciando as suas experiências com um programa de controle das prisões domiciliares por meio do monitoramento eletrônico (GARIBALDI; 2008, p. 135).

Atualmente, há experiências com o Monitoramento Eletrônico em países de quase todos os continentes, estando presente na França, Inglaterra, Bélgica, Escócia, Itália, Portugal, Noruega, Holanda, Coreia do Sul, Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Israel, Singapura, Argentina, México, Canadá, Chile, Colômbia e recentemente, no Brasil.

Não há um consenso sobre o quais seriam os parâmetros teóricos e empíricos da expansão a nível global. O que se sabe é que a ME surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos, pelas razões já expostas acima.

O motivo dessa expansão ainda não está suficientemente claro. A maioria dos trabalhos feita nos Estados Unidos, o pioneiro nessa prática, é oriunda de instituições políticas governamentais ou relatórios práticos de experiências. Alguns acadêmicos atribuem a expansão da ME a evidência significativa de sua eficácia³. Apenas uma pequena quantidade de literatura crítica tem procurado compreender o

³ As avaliações dos programas seja o do Juiz Love pelo Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos, seja o programa inicial em Key Largo, Flórida, foram feitas por instituições Governamentais, sejam elas federais ou estaduais.

contexto social e político em que apareceu a Monitoração (LILLY, NELLIS; 2012, p. 01).

Pelo exposto, é de se compreender o argumento da expansão pela evidencia eficácia. Ora, se a maioria dos trabalhos realizados em torno do tema é de origem governamental, e a ME é utilizada por este ente de acordo com as suas necessidades, logo é de se esperar essa avaliação positiva.

A Monitoração Eletrônica foi pensada como uma alternativa à prisão, menos custosa. A partir desse foco, foi se inserindo novos argumentos favoráveis à prática, como prevenção de reincidência e de contato com ambiente prisional.

Observa-se essa lógica já nas primeiras experiências com a monitoração: substituição da pena privativa de liberdade de curta duração (de um mês a um ano) – medida alternativa, seja essa substituição total ou parcial⁴.

Em que pese o desenvolvimento do programa e sua expansão sob esse foco, curiosamente, os Estados Unidos é o país com a maior população carcerária do mundo, segundo dados do International Centre of Prison Studies⁵.

Apenas com essa observação é possível sugerir que ainda que se argumente a redução de custos, da população carcerária e de prevenção da reincidência, o atendimento ou não a essas finalidades é secundário.

Assim, é possível sugerir também que a eficácia invocada para o incentivo à adoção da prática de monitoração não está vinculada ao atendimento desses objetivos, mas a interesses estatais. Se o Governo enxergar outras funções na utilização do sistema de ME, ele será adotado. Caberia questionar então, que funções seriam estas e se elas estariam adequadas ao que se espera de um Estado democrático de Direito e garantista. Este é justamente o objeto de estudo do presente trabalho considerando a realidade brasileira e a recente adoção da prática de monitoração de infratores.

2.2 CONCEITO

Conceituar a prática de monitoramento eletrônico remete à análise da sua definição. Monitorar significa controlar por aparelhos. Conseqüentemente,

⁴ Usos até hoje mais frequentes nos países que adotam a ME. São as práticas classificadas como *back e front door*, classificação que seja adiante explanada.

⁵ Informação disponível em <www.prisonstudies.org>, acessado em 15.01.2013.

monitoramento ou monitoração eletrônica refere-se a ideia de controlar por aparelhos eletrônicos.

Ioan Durnescu, Professor de Justiça Criminal da Universidade de Bucareste, em palestra sobre Vigilância Eletrônica e Reinserção Social, na 7ª Conferência Europeia sobre Vigilância Eletrônica, realizada em maio de 2011 na cidade de Évora, Portugal, trouxe a definição dada por Mike Nellis do instituto: *“uso de tecnologias de vigilância remota para monitorar a presença, a ausência ou a circulação de delinquentes durante o período de execução na comunidade de suas penas ou medidas”* (CEP; 2011, p. 05).

Assim, baseando-se na história de sua utilização no sistema penal e da definição acima exposta, o monitoramento eletrônico de infratores pode ser conceituado como uma prática que permite, através do uso de aparelhos eletrônicos, rastrear a localização de uma pessoa sujeita ao controle punitivo do Estado, restringindo a sua liberdade, conforme a necessidade da medida penal executada.

Através do sistema de vigilância eletrônica, a liberdade do indivíduo é controlada e restrita pelos aparatos estatais penais sem a necessidade de mantê-lo em um presídio ou penitenciária.

No mesmo sentido da conceituação aqui feita, Pierpalo Cruz Bottini (2008; p. 169) afirma que: “O monitoramento eletrônico consiste na utilização de dispositivos de controle e acompanhamento de pessoas, ligadas ao corpo com a finalidade de identificar a sua localização”.

Nara Borgo Cipriano Machado (2008: p. 183) utilizando o conceito francês do instituto traz que: “[...] o monitoramento eletrônico é uma medida de controle judicial composta por um sistema eletrônico de controle à distância por uma pessoa em determinado lugar ou de sua ausência de um local determinado por uma decisão judicial”.

O art. 2º do Decreto 7.627 de 2011, que regulamenta a Lei 12.258/2010, dispõe que “considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização”.

Nota-se que todas essas conceituações não especificam a utilização jurídica do Monitoração Eletrônica (ME), pois pode estar presente em uma variedade de objetivo e programas. Geralmente seus usos incluem pessoas indiciadas ou

processadas em liberdade condicional ou condenados em liberdade provisória ou período de prova na suspensão condicional da pena (ALBERTA; 2000, p. 02).

Sobre a utilização do ME, o relatório da Auditoria Nacional do Reino Unido, elaborado em 2006, dispõe:

As restrições com o Monitoramento Eletrônico tornou-se parte integral do sistema de justiça criminal, usado em vários estágios dos processos criminais: como uma condição de liberdade provisória; como uma sentença do Tribunal (ordens de restrições); a como uma condição para a saída prematura da prisão (O programa individualizado de restrições em prisão domiciliar).

Na Conferência Europeia de Probation⁶ (CEP), sobre o Monitoramento Eletrônico, em sua edição de 2005, foram sintetizados os seguintes usos do sistema:

- a) pena;
- b) uma maneira administrativa de implementação de uma decisão judiciária penal, no caso de liberdade condicional;
- c) uma pena alternativa;
- d) uma forma de retirar mais cedo o indivíduo da prisão;
- e) parte de um intensivo programa de supervisão de infratores;
- f) uma forma de implemento de outras penas, como no caso da prisão domiciliar;
- g) parte de um programa de tratamento, a exemplo de dependentes químicos monitorados.

Assim, a utilização do sistema é que indica a natureza jurídica que a Monitoração Eletrônica assume no sistema penal.

Em qualquer caso, não se pode esquecer que, independente de sua utilização jurídico-penal, a Monitoração Eletrônica é primeiramente uma forma de vigilância e controle e não simplesmente de punição (PINTO, NELLIS; 2011, p. 05).

2.3 FINALIDADES OPERACIONAIS

Tecnicamente é possível apontar três finalidades do sistema de vigilância eletrônica: a restrição, a detenção e a vigilância.

⁶ Palavra aqui utilizada para descrever práticas de reinserção social, geralmente não traduzida nos textos.

Segundo o Instituto Australiano de Criminologia (BLACK, SMITH; 2003, p. 01-02), as finalidades compreendem as seguintes características:

1. Detenção: neste caso, a vigilância eletrônica é usada para assegurar que o monitorado permaneça em um local designado. Por exemplo, a prisão domiciliar, tanto na que determina a detenção total do indivíduo, obrigando-o a permanecer em sua residência em tempo integral, quanto aquela que estabelece horas específicas para o recolhimento doméstico. Este foi um dos primeiros usos do monitoramento eletrônico e continua sendo o mais popular.

1. Restrição: nesta hipótese, o monitoramento pode ser usado para garantir que o indivíduo não adentre em áreas demarcadas como proibidas pela justiça penal, ou para que ele não se aproxime de determinadas pessoas, como a vítima, o autor da queixa judicial, ou mesmo comparsas, co-autores de crimes.

2. Vigilância: nesta situação, o indivíduo tem os seus passos monitorados a interesse da justiça criminal, sem, contudo, restringir áreas de acesso ou contato com determinadas pessoas.

Dentre as finalidades expostas, por dedução lógica, nota-se que a vigilância está implicitamente presente em qualquer programa de ME, ainda que a finalidade principal seja outra, a exemplo da detenção, na prisão domiciliar. Em qualquer caso, o monitorado está vigiado pelo sistema penal. Assim, percebe-se que mais de uma finalidade ou mesmo as três podem ser buscadas concomitantemente em um mesmo programa, a depender do propósito pretendido.

2.4 CLASSIFICAÇÃO

O sistema norte-americano de vigilância eletrônica, em seus primórdios, era focado na prisão domiciliar. Neste sistema, o infrator era condenado a permanecer recluso em sua residência e o cumprimento desta sentença era monitorado por uma pulseira eletrônica que opera mediante transmissores de radiofrequência, colocada em seu tornozelo.

Eram sentenciados a este tipo de pena criminosos condenados por crime de médio e pequeno potencial ofensivo. Cada infrator que a cumpria era obrigado, dentre outras coisas, a contactar quase que diariamente o supervisor do monitoramento e a pagar uma taxa mensal para ajudar a reduzir os custos do monitoramento. Este tipo de monitoramento também era utilizado nos casos de

trabalho externo, livramento condicional, ou liberdade condicionada, casos em que era permitido ao condenado sair de casa para trabalhar durante algumas horas do dia, mas que deveria retornar ao seu domicílio no início da noite (SCOTTISH; 2008, p.01). Ainda hoje esse sistema é comumente adotado.

Até a disseminação da adoção do aparelho celular, da Internet banda larga e da frequente substituição das linhas telefônicas analógicas pelas digitais, a tecnologia mais utilizada no monitoramento permitia simplesmente informar se o monitorado estava ou não em sua casa (SCOTTISH; 2008, p. 01).

O avanço tecnológico permitiu o desenvolvimento de outros sistemas de Monitoramento Eletrônico com a utilização Global Position System – sistema de posicionamento global de (GPS), a modernização dos sistemas de radiofrequência e o desenvolvimento de equipamentos utilizados na ME.

A depender da finalidade proposta, a Monitoração Eletrônica pode operar de diversas formas, utilizando diversas tecnologias.

As classificações ora propostas trazem a sugestão de análise da ME de acordo com a tecnológica empregada, a finalidade de intervenção e os sistemas de usos jurídicos.

2.4.1 Quanto às modalidades tecnológicas

No tocante ao tipo de tecnologia operacional da ME, o Departamento do Programa de Análise Policial e Responsabilidade Governamental, da Flórida, Estados Unidos, o OPPAGA (Office of Program Policy Analysis & Government Accountability), em seu boletim nº 05-19, as tecnologias empregadas são de três tipos: a radiofrequência, o GPS ativo e o GPS passivo (OPPAGA; 2005, p. 02).

A tecnologia de radiofrequência pertence à primeira geração de tecnologia. Empregada na Flórida desde 1988, é até hoje comumente utilizada em todo o mundo, geralmente nos casos de prisão domiciliar. Requer o uso de um dispositivo pelo indivíduo, comumente fixado no tornozelo ou punho, e de outro posto na sua casa, conectado à sua linha telefônica. Este último é responsável por captar os sinais do dispositivo móvel e retransmiti-los à central de monitoramento (OPPAGA; 2005, p. 02).

O GPS ativo, tecnologia mais avançada do que a anterior, é usada desde 1997. Esse sistema é formado por três componentes: satélites, uma rede de

transmissão em uma estação fixa e um dispositivo móvel para ser usado. A medição da distância do usuário para três satélites diferentes permite conhecer a sua localização. A tecnologia GPS é utilizada em operações militares, pesquisas, resgates, vigilância policial, e rastreamento de veículos no setor privado. No sistema penal de ME, a tecnologia pode ser usada para fins da detenção, restrição e vigilância. Esta tecnologia dispensa a instalação de um dispositivo na casa do usuário, e, atualmente, tem sido cada vez mais adotada, principalmente nas diversas jurisdições dos Estados Unidos (BLACK; SMITH; 2003, p. 02).

Neste sistema, o infrator porta um bracelete transmissor. O sinal deste transmissor é retransmitido pela linha telefônica móvel de um aparelho celular ao centro de monitoramento da empresa que comercializa o dispositivo, esta, por sua vez, retransmite as informações recebidas para outro centro de monitoramento, em que está o oficial responsável pela vigilância do infrator. Esta tecnologia permite que o oficial conheça em tempo real a localização do indivíduo dentro da cidade. Através dela também é possível estabelecer restrições, demarcando áreas de exclusão, nas quais não é permitido ao vigiado adentrar. Caso o faça, um alarme é acionado nos centros de monitoramento. No caso de proibição de aproximação de certas pessoas, a exemplo da vítima, é possível que esta, portando um outro dispositivo eletrônico, seja alertada da presença do infrator (OPPAGA; 2005, p.02).

O GPS passivo é similar à tecnologia empregada no ativo, a diferença é que as informações não são transmitidas em tempo real. Elas são armazenadas durante o dia. Um relatório é transmitido no dia seguinte ao oficial, por meio de uma linha telefônica. Com esse sistema, quando o infrator chega em sua casa, ele coloca o seu dispositivo em uma base e as informações são descarregadas e transmitidas para o centro de monitoramento. Com estas informações, o oficial pode saber onde o usuário esteve durante todo o dia, observar as anotações de alertas, analisá-las, e, se for o caso, tomar as providências necessárias ao regular andamento do programa (OPPAGA; 2005, p. 02).

Embora a divisão feita pelo referido departamento sugira três formas de tecnologia, nota-se que o GPS é apenas uma única tecnologia, operada de duas formas, ativa e passiva. Portanto, as modalidades de operacionalização tecnológicas são a radiofrequência e o GPS.

Na prática de monitoração, há diversos equipamentos que possibilitam tanto a operacionalização via radiofrequência quanto via GPS.

Segundo Edmundo Oliveira, existem quatro opções técnicas de equipamentos de monitoramento eletrônico que podem ser portados pelo indivíduo. São eles: a adaptação de uma pulseira, adaptação de uma tornozeleira, adaptação de um cinto e a adaptação de um microchip implantado no ser humano (ainda em fase de testes). Todos eles baseados na emissão de sinais (OLIVEIRA; 2007, p. 24).

O equipamento mais comum é o bracelete, que pode ser usado tanto no punho (pulseira), quanto no tornozelo (tornozeleira).



(figura 1: bracelete eletrônico)



(figura 2: tornozeleira eletrônica)

Além dos aparatos eletrônicos que o monitorado porta, a monitoração eletrônica reclama a utilização de outros equipamentos para a sua operacionalização. Diversas empresas atuam desenvolvendo tecnologias para serem empregadas no sistema de vigilância eletrônica de infratores.

A Elmo-tech, uma indústria israelense, é uma das principais multinacionais especializadas na criação e implementação destes tipos de equipamentos. De acordo com as informações contidas em seu sítio eletrônico⁷, a empresa foi criada em 1994, como uma subsidiária integral da London Stock Exchange. Exporta seus produtos para cerca de vinte e três países, espalhados por cinco continentes, América do Norte, América Latina, Europa, Ásia e Oceania. A estratégia da Elmo-tech é fornecer a tecnologia mantendo parcerias comerciais locais para garantir a distribuição otimizada de seus sistemas e serviços a nível mundial. Os produtos fornecidos pela Elmo-Tech indicam a variedades de serviços postos a disposição dos ordenamentos jurídicos e sinalizam o crescimento do desenvolvimento de novas tecnologias na área.

⁷ Informação disponível no sítio eletrônico da Elmo-Tech, endereço: <<http://www.israeldefense.com/?CategoryID=412&ArticleID=453&CounterType=0>>, acessado em 15/09/2011.

Dentre as tecnologias e produtos ofertados pela Elmo-tech, pode-se destacar:

1. Monitoramento Presencial: é o método mais comum de supervisão remota de infratores. Geralmente usado para fins de detenção, como a prisão domiciliar ou restrição. Requer a instalação de um sistema de monitoramento na casa do monitorado ou em outros locais designados. A empresa oferece diversas tecnologias capaz de avaliar o cumprimento da pena pelo monitorado submetido a esse sistema. A escolha da tecnologia a ser utilizada deverá levar em consideração o grau de vigilância requerido, o perfil do monitorado e as finalidades administrativas e penais do sistema judiciário que a adota. É feita por radiofrequência. As versões mais modernas de receptores dos sinais do dispositivo móvel utilizado pelo infrator e retransmissor destes à estação de monitoramento, contam com o sistema E3 Radio Frequency, tanto na versão de linha telefônica fixa, como móvel. As informações contidas no sítio eletrônico da Elmo-tech o descreve como sendo:

uma poderosa e abrangente ferramenta de monitoramento que garante aos nossos clientes que todas das suas necessidades de monitoramento são contabilizadas e seguramente apresentadas, permitindo um cuidadoso gerenciamento dos recursos operacionais.



(figura 3: E3 com linha móvel – celular)



(figura 4: E3 com linha fixa)

Outra tecnologia desenvolvida para o monitoramento presencial é o aparelho MEMS 3000, que a Elmo-tech descreve como uma unidade de monitoramento de alta eficiência, integrada com sistema de teste de hálito alcoólico, bafômetro, reconhecimento facial automático, além de ser um receptor de radiofrequência. É geralmente utilizado em programas de restrição de uso de substâncias entorpecentes.



(figura 5: MEMS 300)

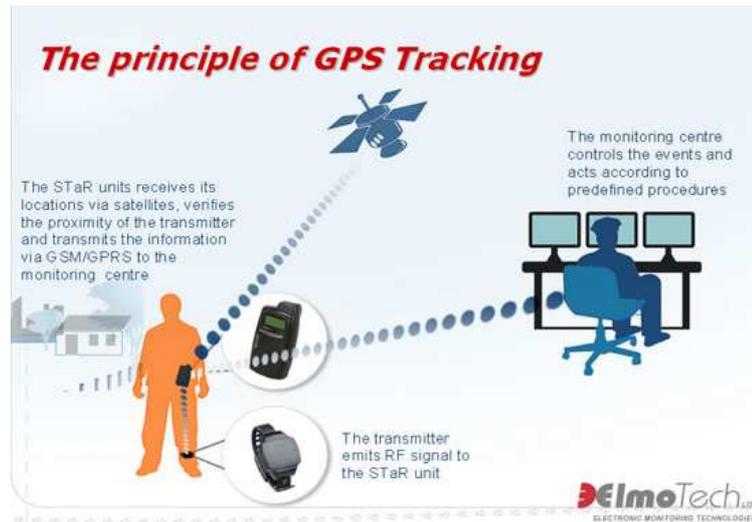
O MEMS 300 indica o desenvolvimento de tecnologia na lógica de aumento do controle penal na esfera de individual, permitindo o controle sobre a liberdade de comer e beber.

Outro equipamento é o E3 Voice, um sistema de verificação biométrico de presença, através do reconhecimento, pelo telefone da voz do monitorado. É operado em vários idiomas. Não reclama a instalação de nenhum dispositivo, oferecendo um simples modo passivo de monitoramento de infratores, e sob a demanda exigida, podendo ser feito em seus domicílios ou em locais pré-estabelecidos.



(figura 6: E3 voice)

2. Rastreamento em tempo real: pressupõe o uso da tecnologia GPS. A Elmo-Tech traz, dentre outras, a seguinte operacionalização da tecnologia: a unidade de início (start unit) recebe, via satélite, a informação acerca da sua localização, verifica a proximidade do transmissor (bracelete que envia sinais de radiofreqüência), e retransmite estas informações via GSM / GPRS, tecnologia de telefonia móvel, para o centro de monitoramento. Este centro controla os eventos e as ações do acordo com os procedimentos predefinidos, de modo a satisfazer a finalidade do programa. Esta é uma forma de operacionalização de GPS ativo.



(figura 7: esquematização da operacionalização da tecnologia GPS ativo, pela Elmo-tech)

Ainda na modalidade de rastreamento em tempo real, a empresa oferece diversos dispositivos que permitem ao oficial responsável pela vigilância do infrator, realizá-la de forma mais efetiva, coletando de forma mais precisa as informações necessárias e melhorando a sua segurança. São exemplos: a unidade de monitoramento móvel, que permite ao oficial verificar remotamente o cumprimento da pena, realizando uma patrulha na área, de carro ou a pé; e o electronic key, em português, chave eletrônica, que tem o mesmo tamanho do bracelete que porta o infrator, e permite ao oficial informar ao centro de monitoramento a sua presença na área da instalação do dispositivo do infrator, pedir reforço, se necessário, ou mesmo requerer assistência, tudo feito com o pressionar de um botão.



(figura 8: chave eletrônica)



(figura 9: unidade de monitoramento móvel)

Os aparelhos acima expostos apontam que o desenvolvimento da tecnologia é voltado para a criação de mecanismos que permitam um maior controle do Estado sobre o indivíduo. A lógica do desenvolvimento tecnológico releva a finalidade do sistema: o controle pela vigilância.

Não se pode olvidar que numa lógica capitalista de mercado em que tudo torna-se produto e conseqüentemente seu consumo é incentivado, a indústria do

monitoramento eletrônico busca cada vez mais espaço incentivando a adoção do sistemas por novos países. Exemplo desse incentivo são as conferências e workshops sobre vigilância eletrônica comercialmente patrocinados pelas empresas fabricantes de tecnologia. A Organização Europeia para Probation (CEP) realizou em maio de 2011 a 7ª Conferência Europeia de Vigilância Eletrônica, sendo patrocinada pelas empresas G4S, Elmo-Tech, Serco e Guidance.

O relatório da 7ª Conferência aponta para o crescimento do interesse acerca da utilização da ME fora da Europa, contando com ela a participação de países como Austrália, Coréia e África do Sul. Ainda de acordo com o relatório, o objetivo da Conferência foi:

tornar mais clara do que nas conferências anteriores a contribuição da Vigilância Eletrônica (VE) para as preocupações centrais da probation/reinserção social como a reabilitação, a reincidência, a reinserção social, a proteção do público e do futuro da própria probation/reinserção social, representando o profundo compromisso da CEP para ver a VE desenvolver-se segundo as normas, os valores e as boas práticas da probation/reinserção social (NELLIS, ROSELL; 2011, p. 01).

Apesar de expressar a preocupação com as boas praticas, a Conferência guarda em seu bojo o incentivo da adoção do sistema, fomentando por uma lógica de mercado, que impulsiona o desenvolvimento de novas tecnologias de controle.

2.4.2 Quanto ao sistema de intervenção

Comumente, classificam-se as utilizações da Monitoração Eletrônica em dois sistemas: o ativo e o passivo.

O Instituto Australiano de Criminologia (BLACK, SMITH; 2003, p. 02), entende existirem três formas de intervenção no sistema penal com a utilização do monitoramento eletrônico: o sistema ativo, sistema passivo e o sistema de posicionamento global (GPS).

No sistema passivo, o monitorado colabora com a execução do programa, sendo sujeito ativo nele, já que a justiça penal lhe impõe obrigações. Assim, é geralmente aconselhado em casos que o infrator esteja apto a colaborar com o programa, já que lhe exige o cumprimento de tarefas. Nele, o indivíduo é, periodicamente, contactado pelo telefone, para assegurar que ele esteja no local

onde deveria estar. A identificação dele é feita por meios de senha, de dispositivos ou de aparelhos de reconhecimento biométricos, como impressão digital, scaneamento de retina ou detecção de voz. Segundo o Instituto Australiano, este tipo de sistema é efetivo apenas para fins de detenção (BLACK, SMITH; 2003, p. 02).

Em que pese o afirmado pelo Instituto Australiano, ousa-se discordar, pois o sistema passivo também pode ser utilizado para fins de exclusivos de vigilância, a exemplo da obrigação de frequentar cursos, em que o monitorado é contactado pela central de monitoramento em determinado horário e lugar.

O sistema ativo pressupõe a utilização da vigilância sem a exigência de cumprimento de tarefas por parte do monitorado. Suas obrigações se limitam a permitir a correta operacionalização do dispositivo, como a obrigação de avisar caso seja necessária a manutenção do equipamento, ou responder a contato de algum agente. Nele, o infrator utiliza um dispositivo que, continuamente, emite um sinal.

De acordo com Instituto de Criminologia Australiano, um outro dispositivo correspondente fica situado em sua casa e retransmite o sinal para a estação de monitoramento. Se o usuário se distancia muito da sua casa ou rompe o dispositivo, as autoridades são alertadas. Uma variação desse sistema utiliza um equipamento móvel que pode detectar a presença do dispositivo do indivíduo. Nesta hipótese, um oficial responsável pela vigilância do monitorado, pode se dirigir a um local designado, ou apenas passar em frente a este, para assegurar que o usuário está lá (BLACK, SMITH; 2003, p. 02).

Esse sistema ativo, primariamente, tem como finalidade a detenção. Contudo, ele pode ser usado também em alguns casos de restrição e de vigilância. Se o objetivo for restringir, é possível, por exemplo, que sejam instalados dispositivos eletrônicos nos locais onde não é permitido que o monitorado vá. Caso ele se dirija a um desses locais, o dispositivo fixo naquela localidade reconhece individualmente o sinal daquele que o usuário porta e um alarme avisa às autoridades acerca da sua presença indesejada na área. Por meio desse sistema, é possível também restringir o acesso do monitorado a outra pessoa, dando a esta um dispositivo capaz de detectar a aproximação daquele⁸. Para fins de vigilância, seria necessária a instalação de dispositivos de monitoramento em locais públicos, como

⁸ Prática comum em casos de violência doméstica, para evitar que o agressor entre em contato com a vítima.

pontos de ônibus e estações de trem, de forma a permitir o rastreamento do usuário no seu trajeto, por exemplo, da casa para o trabalho (BLACK, SMITH; 2003, p. 02).

Cruzando estas informações com as do OPPAGA, é possível afirmar que este sistema utiliza-se da tecnologia de radiofrequência, que consiste basicamente no envio, receptação e reconhecimento de sinais.

Por fim, o Instituto Australiano, traz como forma de intervenção, o Sistema de Posicionamento Global – GPS. Explica que o GPS é composto por três componentes: satélites, estações fixas de controle de rede e equipamentos móveis de uso. A forma de operacionalização foi descrita conforme narrado no item 2.4.2.

Da classificação das formas de intervenção da vigilância feita pelo Instituto Australiano de Criminologia, pode-se observar que o GPS é, na verdade, um tipo de tecnologia e que, de acordo com o OPPAGA, pode ser operacionalizada das duas formas, tanto ativa como passiva. Assim, é possível concluir que existem apenas duas modalidades de intervenção do Estado através da vigilância eletrônica, o sistema ativo e o passivo.

A classificação leva em conta a forma como a tecnologia é operacionalizada e conseqüentemente a postura do monitorado frente ao sistema. No sistema passivo, ele tem tarefas de manter contato com a central de monitoramento para viabilizar o controle da medida penal executada. Desse modo, a operacionalização da tecnologia é feita passivamente, ou seja, depende de seu acionamento pelo monitorado, para que a vigilância seja efetuada.

Já no sistema ativo, a tecnologia empregada permite localizar o indivíduo sem que este tenha que acionar qualquer equipamento, mediante a emissão contínua de sinais, ou seja, sua operacionalização é sempre ativa, não importando se é feita mediante GPS ou radiofrequência.

2.4.3 Quanto às finalidades jurídicas

Como já visto, as possibilidades de uso jurídico do monitoramento eletrônico são inúmeras, variando de acordo a as particularidades de cada sistema penal.

Durnescu, em palestra na 7ª Conferência Europeia sobre Vigilância Eletrônica, apontou como usos mais frequentes de ME: as práticas de reinserção social, alternativa à prisão preventiva, obrigação associada a uma sanção comunitária, penalização por violação de outras decisões, como alternativa à

detenção (enquanto modalidade de execução), como obrigação de uma saída temporária, como uma obrigação depois de uma saída antecipada, entre outros, a exemplo de vítimas de violência doméstica e requerentes de asilo político (PINTO, NELLIS; 2011, p.05).

A ME pode ser utilizada em distintos momentos processuais: na fase de instrução, de execução penal, e fase que aqui se chamará de pós-prisão (NELLIS, 2009, p. 01).

Na fase processual, o uso do ME é determinado antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Casos, por exemplo, de substituição de prisão preventiva ou na determinação de uma condição para a prestação de fiança.

Na fase executória, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o ME é utilizado na execução da pena, seja como pena autônoma, seja como condição de suspensão condicional da pena.

Por fim, a fase pós-prisão utiliza a monitoração eletrônica como condição para retirar o indivíduo da prisão após o cumprimento de uma parte da pena. São exemplos de hipóteses o livramento condicional e demais casos de *probation*.

O Instituto Australiano de Criminologia traz uma outra classificação baseada no momento do julgamento. Assim, de acordo com este, seriam as seguintes fases: a pré-julgamento, antes da sentença; a fase chamada sentença primária, em que a vigilância é determinada na fase recursal; e a fase pós-prisão, em que o ME permitiria o ingresso mais cedo no indivíduo na comunidade (BLACK, SIMTH; 2003, p. 02-03).

Assim, cruzando as informações assim dispostas, nota-se que as classificações “pré-julgamento” e “sentença primária” estariam na “fase processual” da primeira classificação dada. Já a classificação “pós-prisão” existe nas duas classificações. Desse modo, percebe-se que o Instituto Australiano deixou de abarcar as situações da “fase executória” em sua classificação, de modo que a primeira torna-se mais completa.

Os usos judiciais do monitoramento eletrônico também podem ser classificados pelas suas formas de sua utilização como alternativas ao sistema carcerário, sendo agrupados em dois sistemas, o “*front door*” e o “*back door*” (JAPIASSÚ, MACEDO; 2008, p. 15).

O sistema *front door*, em português, porta da frente, refere-se à entrada do indivíduo no sistema carcerário. Assim, o infrator deixa de ir à prisão por conta da

vigilância eletrônica. São os casos, por exemplo, em que ela é instituída como uma pena principal, ou pena alternativa à execução da pena privativa de liberdade, suspensão condicional da pena ou substituição da prisão convencional pela prisão domiciliar (JAPIASSÚ, MACEDO; 2008, p. 15).

O *front door* possui além da vantagem de retirar pessoas do sistema penitenciário, evitar que monitorado entre contato com o ambiente prisional, e se sujeite a violações a sua integridade física, moral e/ou psíquica.

Já o *back door*, ou porta dos fundos, sugere a saída do indivíduo do sistema penal. Nestas hipóteses, o condenado tem o seu tempo de encarceramento reduzido por conta da utilização do monitoramento eletrônico. Assim substitui-se um determinado tempo de prisão por uma liberdade vigiada (JAPIASSÚ, MACEDO; 2008, p. 15).

Além das classificações de uso em *front* e *back door*, as Conferências europeias sobre vigilância eletrônica costumam separar ainda mais duas formas de utilização da ME. De acordo com a 7ª Conferência, realizada em 2011, a classificação *front* e *back door* referem-se ao ingresso e à saída do sistema penitenciário após a sentença. Assim, se o ME for utilizado na fase processual, será uma outra categoria de uso, a chamada *pré-trial*. E caso, seja utilizado para implementar uma medida já existente, não se encaixará em nenhuma dos casos, sendo posto uso o como “outros” (PINTO, NELLIS ; 2011, p. 01).

Desse modo, toda vez que a Monitoração Eletrônica for utilizada para implementar uma medida já existente, não estará atuando nem no sistema *front door* e nem no *back door*, pois nem impede por si só nem o ingresso do apenado no sistema carcerário e nem será a responsável pela sua saída mais cedo desse sistema. É o caso, por exemplo, de uma pena restritiva de direito aplicada com o uso do ME, como a proibição de frequentar determinados locais ou como condição de saída temporária em regime semiaberto, uma das hipóteses de utilização da ME prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4.4 Quadro analítico

As classificações aqui expostas demonstram a versatilidade da utilização do sistema de Monitoramento Eletrônico. Unindo as informações obtidas a partir das classificações de acordo com as modalidades tecnológicas, sistema de intervenção

e finalidades jurídicas, é possível sintetizá-las em um quadro sistêmico, correlacionando-as em si, da seguinte forma:

Modalidades de Intervenção	Tecnologias	Finalidades	Possíveis aplicações jurídicas	Equipamentos utilizados
Sistema ativo	1. Radiofrequência 2. GPS ativo	1. Detenção 2. Restrição 3. Vigilância	<ul style="list-style-type: none"> • Prisão domiciliar • Liberdade Condicional • Liberdade provisória • Proibição de frequentar determinados locais • Programas de reinserção social (probations) 	<ul style="list-style-type: none"> • Bracelete (pulseira ou tornozeleira) de emissão de radiofrequência • Receptores de sinais de radiofrequência • Transmissor de captação por satélite (tecnologia GPS)
Sistema passivo	1. GPS passivo 2. Outras	1. Detenção 2. Vigilância	<ul style="list-style-type: none"> • Prisão domiciliar • Implementação de penas alternativas (obrigação de frequentar cursos) • Programas de reinserção social (probations) 	<ul style="list-style-type: none"> • Equipamento de reconhecimento de voz • Equipamento de detecção de álcool ou substância entorpecente no organismo • Equipamento de reconhecimento datiloscópico • Equipamento de reconhecimento facial

(Tabela 1: Quadro sinóptico das classificações da ME)

É importante lembrar que este quadro é apenas uma sistematização geral das modalidades de Monitoração Eletrônica. Assim, a depender do propósito da monitoração poderá haver a junção de duas ou mais tecnologias, duas ou mais finalidades em um mesmo programa.

As Conferências europeias sobre o tema organizadas pela CEP indicam um roteiro para que se faça a escolha da modalidade de vigilância eletrônica adequada à medida que se pretende implementar.

Primeiro passo é definir a finalidade do programa através da seleção das hipóteses de utilização. Uma vez definida essa utilidade, passa-se à sua montagem, pela escolha da tecnologia e da realização de um projeto-piloto. Uma vez que se conclua pela viabilidade do sistema, passa-se à terceira fase, a de desenvolvimento de estratégias para assegurar o cumprimento dos objetivos pretendidos.

Assim, suponha-se um caso de infrator usuário de drogas, em que suas condutas criminosas estão relacionadas ao uso destas substâncias, e ele seja

condenado a uma pena de prisão domiciliar com a obrigação de não uso de substâncias entorpecentes. Nesta hipótese, a finalidade buscada é a detenção e a vigilância para o controle da utilização de substâncias entorpecentes e o sistema variou pelo *front door*, ou seja, ele deixou de ir à prisão por conta da monitoração eletrônica.

Se a detenção for estabelecida de forma contínua, utilizar-se-á o modo ativo de operacionalização de tecnologia, nesse caso, por se tratar de prisão domiciliar, recomenda-se, o bracelete juntamente com o emissor de radiofrequência, tecnologia mais barata que o GPS e que supre a finalidade buscada.

Se a detenção é apenas de parte do dia, por exemplo, recolhimento noturno, será possível utilizar a mesma tecnologia, mas operada de modo diferenciado. Tendo o monitorado apenas a obrigação de comparecer em determinado horário em sua residência, mesmo portando o bracelete ou tornozeleira, será permitido que saia da área de restrição durante o dia, devendo retornar a sua residência no horário indicado, momento em que sua presença será averiguada pela captação do sinal transmissor de seu bracelete ou tornozeleira no emissor de radiofrequência posto em sua residência.

Em qualquer caso, a tecnologia ativa é eficaz apenas para fins de prisão domiciliar, não sendo suficiente para averiguar se o monitorado está ou não fazendo uso de substâncias entorpecentes. Assim, será necessário o uso de tecnologias de operacionalização passiva, como a contactação diária com o oficial pelo telefone, fornecimento de senha, dispositivos de reconhecimento de voz. Neste caso, a fala ou até mesmo a coordenação motora na hora da digitação da senha poderão indicar se o infrator fez uso ou não de drogas. Ou também a utilização de aparelhos que detectam a presença destas substâncias do organismo e enviam as informações para a central de monitoramento.

O exemplo foi dado para mostrar tanto como o sistema de tecnologia passiva pode ser operado conjuntamente com o sistema ativo, quanto como a versatilidade do sistema possibilita a ampliação de seus usos.

A opção de qual tecnologia, de que modo ela será operacionalizada e de quais equipamentos serão utilizados, deve ser feita pelo país de acordo com o propósito buscado com o programa, o tipo de infrator que será submetido a este, a medida judicial que estará sendo executada e a viabilidade econômica do ME, caso contrário o programa terá sua finalidade frustrada.

Frise-se desde já que o propósito buscado pela Monitoração por óbvio deve se encontrar em sintonia com os demais valores do ordenamento. Assim, no exemplo dado, em que pese existir a possibilidade tecnológica de monitoramento naquelas condições, é de se questionar se um Estado, que baseia num sistema garantista, estaria legitimado a invadir de tal forma a esfera de intimidade e de autodeterminação do indivíduo, não somente restringindo sua liberdade de locomoção, mas exigindo um condicionamento comportamental no âmbito desta restrição de liberdade.

2.5 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

Já foi dito que o sistema de monitoração eletrônica de infratores é uma prática que vem ganhando espaço no cenário mundial.

A observação de algumas experiências internacionais com o programa trará dados para que se possa avaliar o significado da adoção desta prática de vigilância de infratores no mundo e conseqüentemente quais significados ela tem e ainda pode ter no Brasil.

Dentre os diversos países que já implantaram o sistema, far-se-á uma breve exposição das experiências nos Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, por terem sido pioneiros nesta prática, compondo a primeira geração de Monitoração Eletrônica, bem como na França e na Argentina⁹, países que implantaram o sistema no fim da década de 90, compondo a segunda geração de ME.

2.5.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos foram os pioneiros na prática de Monitoração Eletrônica. Surgido da busca por soluções alternativas ao cárcere na década de 1980, em 1990 quase todas as jurisdições americanas utilizavam algum programa de ME nas suas populações em situação de pré-julgamento, prisão ou liberdade condicional (ROUSSO; 2008, p. 125).

O início da utilização da ME nos Estados Unidos remonta à história de desenvolvimento do próprio sistema já explanada em momento anterior. Os usos

⁹ Frise-se que no caso da Argentina, é interessante o conhecimento do sistema por ser uma experiência realizada na realidade da América Latina.

mais frequentes envolvem práticas de reinserção social e prisão domiciliar, sendo este último a sua primeira forma de utilização.

Nos anos de 1970, as práticas de reinserção social, sob rubrica de “correções comunitárias”, focavam em ações que pudessem oferecer a redução da utilização da prisão e oferecer ao público proteção. O programa de prisão domiciliar foi uma inovação nestas práticas de correção comunitárias – o primeiro esquema estava St Louis em 1971 – e era inicialmente visto como uma forma de poupar jovens das dores e do estigma do aprisionamento. O levantamento no número de prisioneiros adultos, a consequente superlotação dos cárceres e dos custos com este encarceramento fez com que esse programa de detenção domiciliar se estendesse a adultos. Voluntários locais eram inicialmente usados para fiscalizar o cumprimento do confinamento domiciliar pelo infrator, em parte porque retirava a sobrecarga de serviços dos oficiais de condicionais, em parte porque eles eram relativamente mais baratos, e também para agir em nome da comunidade local e, assim, facilitar a reintegração social do infrator. Na prática, uso dos voluntários nunca se tornou extensivo, e dentro de uma década a prisão domiciliar foi sendo percebido como uma sanção inviável, inexecutável (LILLY, NELLIS; 2012, p. 03).

O advento do dispositivo criado por Michael Goss permitiu a viabilização deste tipo de prisão, mas o EM não evoluiu apenas como um meio técnico de viabilizar a prisão, tornou-se parte de um programa intenso e expansivo de condições a liberdades condicionais. O sistema foi eventualmente sendo caracterizado como uma mudança de “correções comunitárias” para “sanções intermediárias”, que focava simultaneamente a redução da criminalidade, redução da superpopulação das prisões e dos seus custos. Discursivamente, pelo menos, era interessante aos políticos apresentarem a ME como uma vigilância e confinamento medido – transformando a casa numa cela – que era significativamente mais controlador do que as formas terapêuticas de reinserção social. (LILLY, NELLIS; 2012, p. 06).

A prática de Monitoração Eletrônica cresceu rápido nos Estados Unidos. Em 1988, havia 2.300 (dois mil e trezentos) monitorados. Dez anos mais tarde, eram 95 (noventa e cinco) mil. (ALBERTA; 2000, p. 04)

Por ano, 400.000 (quatrocentas mil) pessoas são colocadas sob monitoramento. Considerando que o programa dura em geral de três a quatro

meses, há uma medida de permanência de 100.00 (cem mil) pessoas por mês sob monitoramento eletrônico (CÉRE; 2006, p. 15).

Podem-se apontar usos do sistema na liberdade condicional, SURSI penal, execução de prisão domiciliar, entre outros. Geralmente, os usuários assumem parte dos custos. Seu emprego costuma ser por um período de curta duração (três a quatro meses) (LEAL; 2012, p. 87). Sua utilização é bastante ampla neste país e tende a continuar se expandindo e diversificando, associando-se a programas sócioeducativos.

Nos Estados Unidos, a ME foi pensada sob a ótica econômica - gerencial das prisões e de proteção social através do controle de infratores. No relatório de avaliação do Departamento Nacional de Justiça, acerca das práticas sociais, aqui já exposta quando se tratou do histórico do instituto, os quatro pontos positivos dizem respeito às vantagens para o Estado e comunidade. Logo, nesse país, a ME não é pensada para o monitorado.

2.5.2 Inglaterra

O primeiro programa piloto, para adultos com livramento sob fiança, durou seis meses entre os anos de 1989/1990, e o segundo, foi realizado com adultos já sentenciados, em meados dos anos de 1990 (NELLS; 2009, p. 44).

Em 1999, a ME era utilizada neste país como uma pena e como um meio de retirar mais cedo o indivíduo da prisão. Em 2000, iniciou-se um programa de monitoramento de jovens entre 10 (dez) e 17 (dezesete) anos (NELLS; 2009, p. 44).

Em 2004, iniciou-se um programa de ME móvel (com tecnologia GPS) para reincidentes e autores de crimes violentos, domésticos e sexuais (LEAL; 2012, p. 90).

Entre setembro de 2004 e agosto de 2006, foram iniciados projetos-pilotos de rastreamento de infratores via GPS em três áreas da Inglaterra: Hampshire, Grande Manchester e West Midlands. Quatro grupos de infratores foram submetidos ao programa: infratores políticos e prioritários, infratores sexuais, violentos e doméstico violentos. A avaliação do programa foi no sentido de que o rastreamento via satélite pode oferecer uma maior proteção do público (SHUTE; 2008, p. 65-85).

Na Inglaterra, a lei permite que o sentenciado seja monitorado até doze horas por dia, em um período máximo de seis meses. As horas diárias de monitoração são maiores nos programas de livramento condicional e por pagamento de fiança. O período máximo que uma pessoa pode sair mais cedo da prisão por conta da Monitoração Eletrônica é de 60 (sessenta) a 90 (noventa), podendo chegar a 135 (cento e trinta e cinco) dias. O consentimento do ofendido não é requisitado para a participação no programa (NELLS; 2009, p. 44).

Desde que as ordens de restrição eletronicamente monitoradas foram utilizadas na Inglaterra e no País de Gales, seus usos foram largamente ampliados, de 9 (nove) mil casos entre 1999 a 2000, para 53 (cinquenta e três) mil entre 2004 a 2005. Os usos mais comuns da ME na Inglaterra são ordens restritivas de prisão domiciliar¹⁰, as quais, em 2006, abarcavam perto de oitenta por cento dos casos (NAO; 2006, p. 01).

Todos os estudos realizados com ME na Inglaterra apontam que esse sistema teve sua utilização ampliada para uma vasta gama de infratores. Uma recente pesquisa examinou 286 (duzentos e oitenta e seis) casos de monitoramento e traçou o seguinte perfil de utilização: 33% (trinta três por cento) de infratores envolvidos em casos de violência; 11% (onze por cento) de infratores automobilísticos; 11% (onze por cento) de furtos e roubo a residências; 8% (oito por cento) de furto; 7% (sete por cento) de roubo; 6% (seis por cento) de crime de dano, e 23% (vinte e três por cento) de outros, incluindo negligência dos pais em enviarem os filhos à escola (NELLS; 2009, p. 45).

A Inglaterra faz usos diversificados do sistema, no tocante à seleção dos monitorados em razão da conduta criminal praticada. Contudo, por ser utilizado preferencialmente pelo *back door*, antecipando a saída dos condenados do sistema carcerário, acaba igualando as hipóteses de utilização, na medida em que a diferenciação em razão da conduta criminal e sua classificação pela gravidade foi feita no período anterior de cumprimento de pena. Assim, no caso de dois sentenciados, uma pena de prisão de quatro anos e outro a pena de prisão de doze, e a Monitoração permite que ambos saiam, por exemplo, um ano mais cedo, apesar

¹⁰ Neste casos, o monitorado usa a tornozelaria eletrônica e fica um dispositivo de radiofrequência em sua casa. Fixa-se um período de recolhimento obrigatório à residência. Durante o período que pode se ausentar, não há rastreamento de sua localização. Na hora indicada, o monitorado deve está na aera de sinal de captação do aparelho posto em sua casa e assim controla-se o cumprimento da ordem restritiva.

dos dois passaram um ano monitorados, o primeiro passou só três anos preso, enquanto o segundo passou onze.

2.5.3 Canadá

Iniciaram-se as primeiras experiências nesses países em 1987. Assim como nos demais países a ME foi pensada no Canadá em meio a busca por medidas alternativas ao cárcere, em virtude de problemas com superlotação.

Entre 1987 a 2007, cinco províncias no Canadá montaram diferentes programas de uso da ME e com finalidades diversas. Neste contexto, a Monitoração Eletrônica foi utilizada como medida alternativa ao encarceramento, medida intermediária entre prisão e o encarceramento, e entre a privação de liberdade e a restrição de direitos (VACHERET, GENDROU; 2008, p. 111).

No Canadá, o ME não é uma pena em si, é utilizado em conjunto com outras medidas penais. Os principais casos de sua utilização são: condição de liberdade sob fiança, medidas destinadas a evitar a prisão preventiva, uma condição imposta sempre que o juiz suspende o SURSI da pena, na condenação a uma pena alternativa de limitação de fim de semana, a uma saída temporária ou a um livramento condicional (VACHERET, GENDROU; 2008, p. 111).

Nos usos canadenses do sistema, em apenas um caso, a Monitoração é alternativa à prisão, em todos os demais serve apenas para auxiliar as demais medidas de execução penal.

2.5.4 França

A França adotou o sistema de Monitoramento Eletrônico com a Lei de 9 de dezembro de 1997. Tal lei previu a vigilância como modalidade de execução de penas privativas de liberdade de três formas: substituição de pena de prisão inferior a um ano; condição de antecipação de livramento condicional em até um ano; meio de fiscalização de uma medida restritiva de liberdade condicional (TOURNIER; 2004, p. 02)

A lei de 15 de junho de 2000 passou a prever sua utilização como meio alternativo à prisão cautelar. Em 202, outra lei suprimiu esta possibilidade e conferiu ao magistrado a possibilidade de utilizar a ME como forma de controle de medidas já

existentes, podendo ser utilizada pelo juiz de execuções também. Todas estas leis previam o que os franceses chamam de ME estático, como forma de detenção ou restrição domiciliar por sistema de radiofrequência (CÉRE; 2008, p. 91).

Em 2005, chegou à França uma nova modalidade de monitoramento: o Monitoramento Eletrônico móvel, destinado a delinquentes sexuais, cuja operacionalização é feita por sistema de GPS. Esta última modalidade de monitoramento é tratado como medida de segurança¹¹, sendo possível aplicá-lo àqueles que já estivessem cumprindo pena e prisão. O objetivo do programa era prevenir a reincidência de delinquentes considerados perigosos e neutralizá-los. Como o sistema possuía um cunho mais repressivo, o conselho Constitucional Francês entendeu que ele só poderia ser aplicado em fase de execução de pena, pois seu modelo se funda não na culpabilidade do agente, mas na sua periculosidade, pois seu objetivo único é prevenir reincidência, sem constituir pena ou qualquer outra sanção. Em 2007, o ME móvel francês teve seu uso ampliado a casos diversos, a exemplo de pedófilo reincidente. (CÉRE; 2008, p. 92).

Logo, a França faz distinção entre dois sistemas: o ME estático, utilizado como substitutivo prisional ou implementador de medidas penais; e o ME móvel, imposto ao condenado reincidente como forma de vigilância, baseado numa constatação prévia de periculosidade do delinquente.

O ME estático é utilizado em casos de penas iguais ou inferiores a um ano de prisão, de condição de liberdade condicional não superior a um ano. Já no caso do ME móvel, pode ser imposto no caso de acompanhamento sócio-judicial, imposto pelo órgão que decretou a pena de prisão; no caso de decisão de monitoramento judicial, a condenados a pena igual ou superior a 10 anos; e no processo de aplicação de uma liberdade condicional (CÉRE; 2008, p. 93-94).

A França faz dois usos distintos, em um deles, para condenados em até um ano de prisão, apresentando-se como medida alternativa, já no outro caso, configura a imposição de um controle penal sobre aqueles considerados perigosos, chamando-se medida de segurança, sob a lógica de defesa social e de desconfiança na presença do outro no meio social, mesmo após seu cumprimento de pena.

¹¹ Não se fala aqui em medida de segurança com o termo que ela é utilizada no Brasil (imposição de sanção penal a inimputáveis), mas como sinônimo de medida penal executada com maior controle das ações individuais pelo Estado.

2.5.5 Argentina

Em 1997, o governo da província de Buenos Aires informou aos juízes do Tribunal Penal que havia contratado um programa de controle de prisões domiciliares por meio de monitoramento eletrônico. Na Argentina, assim como no Brasil, a prisão domiciliar contemplava apenas situações excepcionais como de condenados com idade avançada ou que possuam alguma doença grave. Não havia lei tratando da matéria, fato que fez com que os juízes iniciassem uma discussão acerca de seus usos e funcionamento, fazendo com que o sistema quase não fosse utilizado (GARIBALDI; 2008, p. 135).

No ano seguinte, o novo Código de Processo Penal entrou em vigor nesta Província. O art. 159 trazia medidas alternativas à prisão preventiva, quando algum fundamento da preventiva pudesse ser suprido pela adoção de medida menos gravosa para o imputado, sendo uma das hipóteses a Monitoração Eletrônica. No art. 163, o CPP argentino prevê a possibilidade de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar com ME. Posteriormente, foram incorporadas ao sistema pessoas já condenadas cuja pena privativa de liberdade sejam de curta duração. (GARIBALDI; 2008, p. 135).

Com a nova legislação ampliando a quantidade de casos, os juízes passaram a adotar mais a medida em suas decisões e os usos de equipamentos de vigilância vem crescendo a cada ano. Para se ter uma noção desta ampliação, de 2002 a 2007, os usos com o sistema mais que dobraram¹².

O uso majoritário do sistema de ME na Argentina é em substituições de prisões preventivas. Primeiramente foi pensado para casos de infrações não violentas. Em 2008, a Argentina contava com uma distribuição de percentual de monitorados acusados dos seguintes crimes: 44,33% (quarenta e quatro pontos e três por cento) relacionados a atentados contra a propriedade; 23,67% (vinte e três pontos e seis por cento), infrações contra a pessoa; 6% (seis por cento), delitos contra a segurança pública, 5% (cinco por cento) de delitos praticados contra a integridade sexual e a ordem pública e 1% (um por cento) recebeu penas por crimes contra a administração pública (GARIBALDI; 2008, p. 137).

¹² Em 2002 eram 195 casos, em 2005, eram 307 e em 2007, chegava a 423 casos monitorados (GARIBALDI; 2008, p. 137).

Como a utilização da Monitoração Eletrônica na Argentina é feita basicamente em casos de substituição da prisão cautelar, observa-se, desde já, que a ME neste país, de fato, cumpre o propósito de ser medida alternativa ao cárcere.

3 A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO BRASIL

No Brasil, a ideia da Monitoração Eletrônica ganhou espaço de discussão no cenário legislativo brasileiro em 2007. À época, diversos Projetos de Lei (PL) foram criados no Congresso Nacional e a primeira experiência com o sistema foi realizada no Estado da Paraíba, por um juiz estadual da Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira.

Antes, em termos de produção legislativa existiu, em 2001, o PL nº 4342/2001, mas este foi tirado de pauta por um requerimento do próprio Deputado Federal que o propôs.

Assim como em diversos países, as justificativas dos Projetos de Lei sobre o tema no Brasil colocam a ME como uma medida alternativa ao cárcere, sendo prevista para solucionar ou amenizar a superlotação das penitenciárias brasileiras. Contudo, a superlotação de penitenciárias não é fato novo na realidade brasileira, e o sistema de ME existe desde a década de 80, logo cabe questionar quais os motivos que fizeram o Brasil se interessar pela prática somente após mais de duas décadas após seu surgimento. Responder a este questionamento é essencial para a compreensão da função que a Monitoração Eletrônica vem desempenhar no sistema de justiça criminal pátrio e reclama a análise das circunstâncias políticas e históricas da implantação do sistema.

3.1 O CONTEXTO HISTÓRICO

A Monitoração Eletrônica foi oficialmente adotada pelo Brasil em 2010, com a publicação da Lei 12.258/2010, prevendo a sua utilização em caso de prisão domiciliar e saída temporária em regime semiaberto. Posteriormente, a Lei 12.403/2011 inseriu uma nova hipótese de ME como medida cautelar em caso de substituição de prisão processual.

A partir das escolhas de utilização da Monitoração, é possível traçar a sua função no sistema criminal¹³. Esse processo de escolha pode ser compreendido à

¹³ Utiliza-se aqui a expressão sistema criminal para designar toda a estrutura estatal montada para a seleção e punição de condutas e de indivíduos indesejados, tanto de caráter material (estrutura física, judiciário, Ministério Público, polícia, presídios, cadeias públicas, quanto de caráter abstrato, leis.

luz do momento histórico em que a discussão da Monitoração Eletrônica chegou ao Congresso Nacional e das práticas político-criminais em voga nesse cenário.

3.1.1 As tendências político-criminais brasileiras

Dentro do contexto político-criminal brasileiro, é possível identificar a existência de algumas tendências que orientam as ações na área penal. Surgindo a Monitoração Eletrônica dentro deste contexto, é preciso conhecê-las e compreender de que modo elas influenciaram na implantação e na seleção de seus usos no Brasil.

Antes da análise proposta, é necessário definir o sentido da expressão Política Criminal para posteriormente entender como as tendências identificadas nas ações penais no Brasil revelam o perfil de sua política criminal e conseqüentemente como a Monitoração Eletrônica pode ser utilizada enquanto ferramenta de política criminal.

O termo política refere-se à direção, orientação, organização e administração de uma estrutura social baseada na harmonia entre o interesse coletivo e a liberdade individual, logo política criminal refere-se à direção, orientação e organização das ações estatais voltadas para o controle do fenômeno criminal, baseadas nessa lógica de harmonização de interesses. São essas ações o objeto de estudo da ciência política criminal.

Logo, é possível entender política criminal tanto como ciência quanto como conjunto de ações políticas do Estado voltadas ao tratamento do fenômeno criminal. Contudo, tal definição é insuficiente, não indica a partir de que momento ou baseado em que critério as ações deixam de ser práticas isoladas e passam a integrar o conjunto que se define como política criminal. Pela definição dada, não se saberia se apenas uma ação estatal na área penal poderia ser considerada uma política criminal ou política criminal significaria necessariamente o conjunto de todas as ações desenvolvidas pelo estado nessa seara. Como estas últimas são objetos de estudo da primeira, a dificuldade reside em identificar quais ações podem ser entendidas como política criminal baseada nos pressupostos que aquela ciência traça.

A análise aqui proposta inicia-se com a compreensão do processo de emancipação da política criminal enquanto ciência e a consequente definição de seu objeto.

A princípio, os estudos de política criminal eram feitos vinculados à dogmática penal e sua função era dirigir ao legislador recomendações e propor diretivas de reformas penais (DIAS; 1999, p. 29).

Jorge Figueredo Dias (1999) traz o conceito de Política Criminal dado por Von Liszt, segundo o qual seria o “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionada” (LISZT *apud* DIAS; 1999, p. 24).

Nota-se que a conceituação do autor alemão, em obra publicada em 1905, traz a Política Criminal enquanto ciência baseada em paradigmas positivistas, com claras influências de doutrina criminológica etiológica e cuja finalidade seria a luta contra o crime pelas instituições através da pena. Nota-se também que esse conceito vincula o estudo da Política Criminal a pressupostos da ciência Dogmática Penal. Quando Liszt diz que o objeto da ciência em questão é a investigar as causas do crime e os efeitos da pena, já parte de um conceito de crime pré definido normativamente pelo Direito Penal.

Ocorre que, ao longo do tempo, os contornos positivistas do estudo científico jurídico foram perdendo força e o Estado de Direito formal (liberal e individualista) foi substituído pelo paradigma do Estado Social, passando as questões sociais sobreporem-se às questões formais-processuais, momento em que culminou na independência de algumas disciplinas de estudo do fenômeno criminal frente aos dogmas penais. Foi o caso da Política Criminal, cujo objeto de estudo se ampliou passando a ser não somente a infração penal (já dogmaticamente descrita), mas os demais fenômenos sociais que envolvem saber quase condutas devem ser definidas como crime e como puni-las. Neste momento houve uma separação do estudo das disciplinas, marcada por uma completa autonomização da Política Criminal em relação à dogmática penal (DIAS; 1999, p. 29-30).

Com passar do tempo, a queda da supremacia do paradigma científico positivista também teve efeitos sobre a própria ciência jurídica penal. Houve um processo de inserção de valores como justiça na análise do direito penal, e seu aplicador deixou de ser mero fazedor de silogismos. Passou-se a exigir que a

solução de problemas nessa área fosse justa para o caso concreto e adequada ao sistema jurídico-penal. Tal processo implicou na penetração axiológica do problema jurídico-penal, a qual possui referências a valorações político-criminais (DIAS; 1999, p. 35).

Nota-se, portanto, uma reaproximação das ciências na análise do fenômeno criminal.

Contudo, entre os séculos XX e XXI, as relações entre ciência do Direito Penal e Política Criminal se mostraram difíceis tanto devido à complexidade das análises as quais as disciplinas se propuseram a realizar, como devido à pluralidade de significados e funções que caracteriza a complexidade de suas relações à sombra do novo século (MILITELLO; 2003, p. 41).

Assim, essa reaproximação cumulada com a complexificação dos objetos das respectivas ciências levou alguns estudiosos a confundir os respectivos objetos. Nestas circunstâncias, tornou-se novamente necessário fixar o campo de atuação de cada uma das ciências e bem como seu viés metodológico.

Assim como o Direito Penal e a Criminologia, a Política Criminal estuda o fenômeno criminal, mas esta última o faz pelo seu viés político. Portanto, o processo de seleção de condutas para a tipificação criminal é objeto de estudo por excelência dessa ciência.

Juan Busto Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée (2004, p. 25) define Política Criminal como um poder de definição de um conflito como delito cujo monopólio é exercido pelo Estado. Ainda segundo o autor, esse poder não se refere somente à classificação de um conflito como delito, mas também a definição do delinquente.

Observa-se que Ramírez e Malarée definiram Política Criminal como ação estatal, ou seja, definiu a ciência política criminal pelo seu objeto de estudo e o fez por um prisma criminológico crítico. Tal definição supre as incertezas ou definições da anterior dada por Lizst, pois ao dizer o principal objeto da ciência, ele distinguiu sua orientação metodológica das demais ciências, de modo a lhe conferir autonomia.

Baseando nessa definição de política criminal, então é possível afirmar que toda ação de classificação de condutas como delito bem como de indivíduos como delinquentes é ação de política criminal.

Desse modo, política criminal não é necessariamente o conjunto de ações estatais voltadas para área criminal, mas toda e qualquer ação que implique em uma das duas hipóteses acima descritas (seleção de condutas e de indivíduos).

Então, pelo exposto, a afirmação de que no Brasil não há uma política criminal, face às incoerências das ações desenvolvidas nessa área, não prospera. Apesar de algumas tenderem para o aumento do rigor penal das ações estatais e outras buscarem soluções alternativas ao processo penal formal e à execução penal, não se pode afirmar que não exista política criminal no Brasil, pois há ações desenvolvidas na área penal, ainda que não guardem coesão diretiva entre elas. Logo, conclui-se que há várias políticas criminais no país e não ausência dela. As incoerências identificadas não indicam a falta de política, mas sim que não há uma direção única no desenvolvimento delas. Caso se entenda esta direção coesiva como sinônimo de Política Criminal, então estaria se falando de política em âmbito macro, o que não descarta a conceituação das demais ações como Política Criminal.

No Brasil, o órgão responsável pela orientação de políticas criminais é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Em sua Resolução nº 16 de 17 de dezembro de 2003, dispondo sobre as diretrizes básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança, em seu art. 3º, estabelece como diretrizes de elaboração normativa: descriminalização e despenalização de condutas à luz da concepção de intervenção mínima do Direito Penal; defesa do instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação de liberdade, que deve ser imposta excepcionalmente, qual *ultima ratio*; manutenção do regime progressivo de cumprimento de penas, independentemente da natureza do crime praticado; oposição ao alargamento das hipóteses de incidência da prisão sem condenação, medida sempre excepcional; adoção de medidas que objetivem o desarmamento; proteção e amparo às vítimas e testemunhas de crimes.

Pelo previsto na Resolução do CNPCCP, observa-se o incentivo de ações despenalizadoras e desencarceradoras. Entretanto, o que de fato ocorre é a produção desenfreada de legislação penal na busca por atender demandas casuais, contrárias à noção de intervenção mínima penal, curiosamente justificadas nos termos das diretrizes expostas.

Superada a questão terminológica, analisando as ações estatais desenvolvidas em âmbito criminal, é possível identificar, no contexto político

brasileiro, ações de Política Criminal que seguem, pelo menos, quatro tendências: a hipertrofia legislativa, a expansão da rede de repressão do Estado, a difusão do discurso eficientista na área penal e a busca pela eficácia dos procedimentos penais.

Não se fará aqui uma análise minuciosa das tendências, até porque este não é o propósito do presente estudo, mas apenas uma breve exposição das características de cada uma delas, para a posterior compreensão de sua influência na adoção da Monitoração Eletrônica.

3.1.1.1 Hipertrofia Legislativa

O fenômeno de hipertrofia legislativa indica um excesso de produção legislativa em determinado âmbito jurídico. No âmbito penal esse recurso é amplamente utilizado, dada a relevância que a expressão simbólica ocupa nesta esfera do direito.

Se a função precípua do direito penal, de acordo com seus próprios pressupostos metodológicos, é a tutela de bens jurídicos relevantes, deve-se aceitar dois fatos daí decorrentes. Primeiro, que o direito penal se propõe a tutelar bens jurídicos essencialmente de forma simbólica, através da coação. Segundo, que ele não é único meio de tutela desses bens, já que outros ramos do direito também o fazem. Logo, sua função simbólica pressupõe colocar o direito penal como última forma de tutela de bens jurídicos, devendo atuar apenas quando outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para a proteção desses bens (função subsidiária).

Assim, se a função simbólica normativa é mecanismo por excelência de proteção de bens no direito penal, é fácil compreender o porquê o fenômeno de hipertrofia legislativa penal é um recurso de política criminal tão utilizado.

O fenômeno em questão refere-se, sobretudo, às chamadas legislação de emergência. Em geral, há uma demanda social pela solução de determinado conflito, e o modo mais fácil ou mais imediato é recorrer ao status penal legal para que o Estado simbolicamente afirme que desaprova aquele tipo de prática social que gerou o conflito.

Se a intenção é a utilização da função simbólica da norma, nada mais lógico do que se utilizar do ramo jurídico em que esta é mais destacada. Seguindo essa

lógica, o direito penal torna-se a resposta imediata e mais fácil do Estado para os conflitos e problemas sociais.

É importante registrar que o fenômeno de hipertrofia da legislação penal não é novo. Em diversos momentos históricos, sobretudo em regimes totalitários, este recurso era bastante utilizado, focando na criminalização de indivíduos¹⁴ como forma de manter seu império, tipificando qualquer forma de atentado ao sistema.

No Brasil, ele também não é recente. O sítio oficial do Planalto Nacional informa que desde a proclamação da República, ocorrida em 1889, foram elaboradas de mais de trezentas e trinta e três leis tratando sobre matéria criminal, fora todos os projetos de lei que não chegaram a ser aprovados. Contudo, a função simbólica do direito penal em cada época é buscada por razões diversas, correlacionadas a seu contexto.

Silva Sanchez (2011, p. 23) entende que as causas atuais deste recurso a legislações penais têm suas raízes no modelo social que vem se configurando nas duas últimas décadas e sua conseqüente mudança de expectativa em relação à função que cabe ao Direito Penal. De acordo com o autor, não há no âmbito cultural ocidental uma verdadeira demanda por segurança, mas sim uma pretensão social em termos mais ou menos irracional por punição, sob o argumento da proteção. Ainda segundo o autor:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma perversidade do aparato estatal, que buscaria uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico, (isto é, ao da declaração de princípios que tranquiliza a opinião pública) o que deveria se resolver a nível da instrumentalidade (SANCHEZ; 2011, p. 23).

Neste contexto, destaca-se o papel dos avanços tecnológicos no surgimento de novos contextos de relações sociais e de riscos, baseados na produção de efeitos e ameaças não desejados, fruto do próprio processo produtivo adotado (SOUZA; 2007, p. 107).

O modo social pós-industrial foi caracterizado pelo alemão Ulrich Beck como a sociedade de riscos. As ameaças as quais os cidadãos se sentem expostos provém boa parte das decisões que o outro toma no manejo das novas tecnologias

¹⁴ É o fenômeno que ficou conhecido pelos doutrinadores penais como direito penal do autor, em que se criminalizava o indivíduo (por ser judeu, homossexual, negro) e não a sua conduta.

postas à disposição nos avanços da indústria, biologia, genética, energia nuclear, informática e comunicações (SANCHEZ; 2011, p. 29). Desse modo,

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. (SANCHEZ; 2011, p. 29).

Apenas a existência de risco, gerador de insegurança, é suficiente para que os cidadãos demandem por proteção (SOUZA; 2007, p. 108). Essa demanda ainda é impulsionada por outras características dessa sociedade que tendem a desproporcionalizar a relação risco - insegurança, aumentando a insegurança sem a correspondente ocorrência do aumento de risco.

Silva Sanchez (2011, p. 33) descreve essa sociedade como sociedade do medo. Segundo o autor a complexidade e diversidade sociais trazidas pelos avanços tecnológicos sugerem uma pluralidade de opções, com abundância de informações sem a correspondente existência de critérios consensuais sobre o quais opções são boas e quais são más, e sem a devida fidúcia em qual fonte se pode ou não confiar, gerando dúvidas, incertezas, ansiedades e angústias sociais.

Outro fator a ser levado na equação “demanda social por proteção = insegurança + riscos” é o papel dos meios de comunicação. A facilidade em obter informações a nível global e a reiterada divulgação dessas notícias geram o acúmulo dos casos de violência em todo o mundo e conseqüentemente a sensação de que aquele risco, longe geograficamente, está perto.

Assim, dentro desse contexto, a hipertrofia penal perpassa pela produção normativa em três sentidos: na criação de novos tipos jurídico-penais, no agravamento de pena dos já existentes e no aumento do rigor do tratamento penal de algumas situações já normatizada¹⁵. Os dois últimos sentidos são autoexplicáveis, já a fenômeno da criação de novos tipos penais reclama uma exposição de quais tipos veem surgindo e a que se deve esse fenômeno.

A criação de novos tipos penais decorre do surgimento de novos interesses, novos bens jurídicos a serem tutelados; de novas formas de violação a bens

¹⁵ Nestes casos, a medida penal já existe, mas ela passa a ser executada com mais rigor, a exemplo da criação do Regime Disciplinar Diferenciado pela Lei 10.792/2003, que prevê um isolamento do preso vinte e duas horas por dia, sendo proibido o contato com o mundo externo.

jurídicos já protegidos e da crença acerca das virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção dos indivíduos.

O surgimento de novos bens jurídicos deve-se, a priori, a três aspectos. Primeiro à conformação ou generalização de novas realidades, a exemplo das ferramentas trazidas pela internet, que introduziu novas formas de relação de consumo, bem como de acesso a informações pessoais e públicas através da rede. Segundo, ao desaparecimento da abundância de certos bens devido à forma predatória de sua utilização pela sociedade culminando na sua qualificação como “bens escassos”, a exemplo do meio ambiente. E terceiro, ao incremento essencial de valor que experimentam em face da incorporação de novas percepções sociais certas realidades antes já existentes, a exemplo do patrimônio histórico-artístico (SANCHEZ; 2011, p. 27).

No que se refere à crença acerca das virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção dos indivíduos, esta pode ser explicada tanto em razão do descrédito de outras instâncias de proteção quanto do surgimento de gestores “atípicos” da moral.

Silva Sanchez (2011, p. 58) entende que o novo modelo social surgido em uma sociedade de risco conduz à ausência de uma ética social mínima que este fato:

[...] torna imprevisível a conduta alheia e produz, obviamente, a angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas ou a constante redefinição das mesmas. [...] Isto expressa uma situação próxima da anomia que teorizou Durkheim.

Assim, as outras disciplinas como Direito Civil¹⁶ e Administrativo¹⁷ passam a serem vistas como insuficientes para restaurar uma segurança social perdida nas novas formas de relações humanas. Uma sociedade de riscos e de medo gera

¹⁶ No que se refere ao Direito Civil, mais no tocante ao ressarcimento dos danos, a sua tendência à objetivação da responsabilidade, o torna insuficiente para expressar a reprovação de determinados fatos. O direito indenizatório baseado no modelo de seguro conduzem a supressão de dois institutos político-jurídico fundamentais. O primeiro, o dever de diligência, pois se o dano está seguro, então o agente não se preocupa em evitá-lo da mesma forma que o faria se não tivesse seguro, comprometendo assim, a função preventiva do direito civil. Segundo, a tendência à padronização do prêmio, valor do seguro, retira a análise casuística do fato e retira a ideia de compensação. (SANCHEZ; 2011, p. 60)

¹⁷ Já em relação ao Direito Administrativo, a burocratização e corrupção geram o descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (SANCHEZ; 2011, p. 61)

demanda de proteção em regra não satisfeitas por outros âmbitos jurídicos, pois focam no medo, daí o recurso a legislações penais.

O surgimento de gestores atípicos da moral refere-se ao ingresso de demandas de setores sociais de minorias na produção legislativa. Se antes o crime era visto apenas como tipificação de condutas que salvaguardavam, em regra, valores burgueses, agora a tipificação de conduta passa a ser instrumento de proteção de interesses de movimentos sociais (SANCHEZ; 2011, p. 62). Neste sentido, há exemplos como o crime de racismo e a demanda do movimento negro, crimes ambientais e os movimentos ecologistas, a Lei Maria da Penha e o movimento feminista, os projetos de lei de criação de crimes de homofobia e o movimento gay.

A hipertrofia da legislação penal, em regra desordenada, acarreta algumas consequências jurídicas.

A primeira delas é o surgimento de contradições no sistema. Há situações em que no mesmo tipo penal a conduta culposa tem pena maior do que a dolosa¹⁸, outras em que uma conduta que agride mais severamente um bem jurídico é apenada de modo mais brando do que outra, a exemplo da corrupção passiva e da concussão, previstas no Código Penal¹⁹.

Além da desordenação na produção legislativa, há também o problema da falta de implementação das leis, fato que gera novos problemas, que curiosamente o legislador busca solucionar por novas leis. Ou seja, propõe-se que uma questão prática, de aplicação legislativa, seja solucionada com uma proposta teórica.

¹⁸ A exemplo do Código de Trânsito Brasileiro, em que o crime de lesões corporais, causado pelo atropelamento culposos de uma pessoa em decorrência de acidente de trânsito, é apenado com dois meses a dois anos de detenção, além de suspensão ou proibição de dirigir. Já o crime de lesão corporal dolosa tipificado no CP, tem pena de três meses a um ano de detenção e sem consequências administrativas. Casos em que uma conduta culposa, que tem grau de reprovação menor do que a dolosa, é apenada mais severamente, infringindo o princípio da proporcionalidade da pena.

¹⁹ No presente caso, o tipo penal previsto no art. 316 (concussão) descreve a conduta do funcionário público “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida é apenado com dois a oito anos de reclusão e multa, enquanto o art. 317 (corrupção passiva) que descreve a ação de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” é apenada com dois a doze anos de reclusão e multa. Claramente a conduta de exigir é mais grave do que solicitar. A contradição legislativa foi fruto da alteração do art. 317 pela Lei 10.763/2003, justificada pela demanda social pela repressão de condutas que lesionem os cofres públicos, conforme Parecer da Comissão mista de Constituição Justiça e Cidadania da avaliação do PL 7017/2002, originário da lei. Informação disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=58431>>, acessado em 11/02/2013.

Claro exemplo disso é a atual discussão acerca da redução da maioria penal. Sob o argumento do suposto aumento do número de jovens delinquentes, ignora-se a análise da eficácia e dos efeitos das medidas sócio-educativas, e começa-se a pleitear a redução da maioria penal, ou seja, propõe-se retirar o problema de uma área, a infância e juventude, e deslocá-lo para outra, a seara criminal comum, culminando no aumento do número de adultos infratores.

Outra consequência é o perigo que discurso do risco e da insegurança levem à desconstituição de garantias individuais penais, sob o argumento que só o farão excepcionalmente em tais casos, encobrendo quebra de garantias em outras circunstâncias. No entender de Juan Busto Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée (2004; p. 27):

Pero em siglo XX, y parece que también em el presente, los Estados recurren a la forma más sutil de las leyes de emergencia o de las leyes especiales para dar cobertura a una rebaja de planteamientos respecto de las garantías penales, como sucede, por ejemplo, respecto de los delitos de terrorismo o tráfico de drogas. Em ambos casos señala que se desmoronan las garantías excepcionalmente para esos ámbitos, pero que se calla que em realidad El sistema penal siempre termina aplicándose a todos los ciudadanos. La ley podrá ser especial o de emergencia, pero El destinatario nunca lo es.

Por fim, a hipertrofia penal ainda acarreta em uma expansão do direito penal fora dos parâmetros de *ultima ratio*, fazendo com que ele carregue um fardo que não consegue suportar. A consequência disso é perda de sua naturalização,

Pois ocorrem fenômenos (os chamados “macroproblemas”: grandes questões sociopolíticas) cujo caráter macroscópico, estrutural ou sistêmico faz com que – e ainda que se possa identificar neles uma natureza globalmente “criminal” – o Direito Penal – não se constitua – então conceitualmente – no mecanismo adequado para uma abordagem razoavelmente satisfatória dos mesmos (SANCHEZ; 2011, p. 61-62)

Por todo o exposto, conclui-se que o abuso da utilização simbólica do direito penal acarreta paradoxalmente na perda da própria função simbólica. Se qualquer conduta pode ser criminalizada, então dar a uma conduta o status de crime não a qualifica com alto grau de reprovabilidade.

3.1.1.2 Expansão da rede de repressão do Estado

Entende-se por expansão da rede de repressão do Estado como o aumento da ação dos institutos formais punitivos de controle social (polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Legislativo) em três sentidos: o aumento dos tipos penais, aumento da duração das penas e das situações criminalizadas em concreto.

O aumento dos tipos penais e das penas dos já existentes são práticas que se inserem dentro do contexto de hipertrofia legislativa, já analisando no item anterior.

Já o aumento das situações criminalizadas em concreto diz respeito a ações policiais e do Ministério Público voltadas para seleção de condutas e definição de delinquentes que antes não faziam, embora tais condutas já fossem legalmente tipificadas.

O aumento das ações policiais ostensivas de vigilância e repressivas, do número de denúncias, das concessões de mandado de prisão, tudo isso evidenciam essa expansão da rede de repressão Estatal.

A exemplo de ações contra a prática da pirataria, perseguições a camelôs e fiscalização das infrações de trânsito, fazendo com que as instituições repressivas passem a atuar sobre áreas de relações sociais que antes não incidia, expandido a rede de repressão estatal.

Tal fenômeno pode ser explicado tanto como uma forma de resposta a demandas sociais de insegurança²⁰, econômicas, tributárias e até mesmo sanitárias²¹, como também consequência da perda da eficácia simbólica do Direito Penal acima tratada. A deslegitimação do Direito Penal decorrente da perda de seu simbolismo acarreta na diminuição de sua eficácia preventiva, que pode reclamar como compensação um incremento da sanção em seu sentido fático, culminando nas ações estatais repressivas expostas (SANCHEZ; 2011, p. 74).

3.1.1.3 Difusão de discursos efficientistas na área penal

Outra tendência, que se revelou mais recentemente é a busca pela eficiência na gestão dos recursos na área penal.

²⁰ Mais policiamento nas ruas implica em mais registros de situações de flagrâncias criminais.

²¹ A exemplo de ações de fiscalização de venda de medicamentos.

Tal tendência tem duas vertentes: uma focada na gestão eficiente das medidas penais, geralmente acompanhada do discurso de redução das garantias individuais, e outra focada na gestão eficiente de recursos na área penal.

No tocante ao primeiro aspecto, baseando-se no discurso da ineficiência das medidas penais, divulga-se a ideia de que os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas. Criticam-se os modelos processuais-penais tanto o ordinário, por ser excessivamente severo, quanto o sumaríssimo, por ser essencialmente suave, mas em qualquer caso, reforça-se a ideia de ineficiência destes mecanismos. (SANCHEZ; 2011, p. 71). A partir de então, propõe-se reformas que perpassam por maiores restrições aos direitos e garantias individuais.

Outra vertente dessa tendência é o discurso de gestão eficiente de recursos na área penal. As ações penais passam a ser pensadas sob o ponto de vista da sua viabilidade econômica, conduzindo a busca de medidas de privatização e desformalização de institutos.

A privatização e a desformalização são, ainda, uma consequência certamente inevitável da expansão. Com efeito, se o sistema penal²² (em concreto, o sistema penitenciário, mas também outros aspectos) cresce, e o setor público – que adicionalmente se acha em retrocesso – não se mostra apto para geri-lo, então o recurso a instâncias privadas se revela inevitável. (SANCHEZ; 2011, p. 71).

No Brasil, em termos de ações do âmbito penal, a questão financeira nunca foi fator relevante ao ponto de guiá-las. Sempre se buscou estabelecer medidas e leis penais que satisfizessem a demanda social momentânea, sejam estas boas ou ruins, sem se preocupar com os custos de sua viabilização. Mas recentemente esse tipo de discurso vem se apresentando em algumas propostas de leis no Congresso Nacional, que invocam a redução de custos como justificativa na adoção de medidas, a exemplo da privatização de presídios e da própria Monitoração Eletrônica.

Essa tendência de política criminal tende a transformar o Direito Penal em mecanismo de gestão ineficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores (SANCHEZ; 2011, p. 69-70).

²² Utiliza-se aqui a expressão sistema penal como sinônimo de sistema criminal, cujo significa compreendido neste trabalho já foi anteriormente explicado.

3.1.1.4 Busca pela eficácia dos procedimentos penais

Em contrapartida com as tendências acima expostas, outra que se observa é busca pela eficácia dos procedimentos penais, através da implementação de medidas que sejam capazes de imprimir uma eficiência do ponto de vista sócio-jurídico e econômico, e não somente deste último como pregado pelo efficientismo. Vislumbra-se tal tendência na procura por meios de implementação de alternativas penais ao encarceramento, como composição extrajudicial de conflitos e penas alternativas.

No Brasil, essa tendência ganhou espaço, a partir do ano 2000, quando o governo federal, iniciou programas de difusão da adoção de penas e medidas alternativas em todo o país (GOMES; 2008, p. 18).

Traçando o histórico destas alternativas penais, verifica-se que até o ano de 2000, pouquíssimas experiências foram criadas neste sentido. Neste mesmo ano, surgiu o Centro Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), com o fim de difundir a adoção das penas alternativas no país. Foram realizados para a obtenção deste propósito diversos convênios com governos estaduais, poder judiciário, instituições públicas, e, excepcionalmente com Organizações Não-Governamentais - ONG's (GOMES; 2008, p. 19).

Em 2002, foi criada a Comissão Nacional de Apoio às Penas Alternativas (CONAPA), que buscava a implementação de uma política pública de prevenção ao crime através das penas alternativas. Em 2003, surgiu a Coordenação Geral de Reintegração Social – CGRS, que passou a abrigar o CENAPA, com orçamento próprio. A partir de então, foram realizados seminários anuais sobre o tema, programas de capacitação de agentes de todo o país, para o aumento da utilização de medidas alternativas, e aumento nas verbas destinadas a esta finalidade. O resultado destas medidas foi exposto em 2006, em um relatório da Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), substituto da CENAPA, que constatou um aumento de 200% (duzentos por cento) do número de execução de penas e medidas alternativas comparado ao ano de 2002²³ (GOMES; 2008, p. 20).

²³ Tais iniciativas mostram que o governo busca por várias formas solucionar os problemas do sistema penal, geralmente, no campo da execução penal.

Nesse sentido, destaca-se a busca pela eficiência jurídica processual, através da simplificação ou informalização do processo e dos procedimentos penais.

Segundo Rodrigo Ghiringhelli Azevedo (2004, p. 05):

os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informatização da justiça nos Estados contemporâneos são os seguintes: uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua. Aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com diminuição da ênfase de uso dos profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, *ad hoc*; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que “o que está no processo não está no mundo”; facilitação de acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar o auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva, rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento.

Ainda segundo o referido autor, no Brasil, essas ideias começaram a surgir e ganhar força no sistema judicial no fim da década de 80, tendo como impulsionadora de tal tendência, a promulgação da Constituição Federal de 1988. O próprio texto constitucional previu a incorporação dessas inovações ao poder judiciário, exemplo disso foi a criação nos anos 90 das Leis de Juizados Especiais, nº 9.099/95, mais especificamente, em matéria penal, a criação dos Juizados Especiais Criminais. (AZEVEDO; 2004, p. 05).

Dentro desta seara, destaca-se a utilização do processo penal como instrumento de política criminal, buscando-se a sua maior eficiência e funcionalidade no interior de sua principal função de garantia. (FERNANDES; 2001, p. 61)

Medidas pensadas a nível de processo penal envolvem a introdução nos Códigos de Processo um maior rigor no controle sobre o exercício da ação penal, evitando que pessoas sejam submetidas ao constrangimento de responder a um processo criminal, cuja responsabilidade penal não possa ser vislumbrada com certo fundamento no início da lide. (FERNANDES; 2001, p. 117).

Exemplo prático desse tipo de ação político criminal foi a reforma do CPP brasileiro em 2008 com a Lei 11.689, que vislumbrou a possibilidade de absolvição

sumária, caso o juiz vislumbre uma das condições postas no art. 415, antes mesmo da instrução processual.

Feita uma breve exposição das principais tendências de ações político criminais no Brasil, passa-se à análise do cenário histórico em que surgiram as discussões sobre a implantação da ME.

3.1.2 A crise no sistema de segurança pública

Todos os projetos de lei que tramitaram nas casas do Congresso Federal sobre a utilização da ME no sistema penal justificam a sua necessidade, dentre outras razões, pela proposta de redução da superpopulação carcerária e dos custos do sistema. Assim, nota-se que a vigilância eletrônica, como na maioria dos países, é introduzida no Brasil na ideia de socorrer o sistema penitenciário.

Passa-se, então, à análise da situação desse sistema no país no momento em que a ME foi pensado como uma solução alternativa.

Em 2001, a organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC) paulista organizou a primeira rebelião simultânea em 29 (vinte e nove) penitenciárias do Estado de São Paulo. A ligação dos problemas carcerários com a violência urbana, fruto de uma cultura de intensificação e produção do medo, característica de sociedades de risco, gerou o apelo popular por soluções de contenção e controle da violência criminalizada, a partir da verificação que os presídios não estavam mais neutralizando a parcela indesejada da sociedade, ela passou a atuar e comandar as ações criminais de dentro dos muros prisionais.

As tentativas de solução partiram da perspectiva de redução da superlotação, pois esta trava o sistema, impedindo que novos indivíduos ingressem, o que gera a sensação de impunidade, fato que coloca em risco a estrutura finalística do direito penal (coação), bem como dificulta o controle daqueles que estão inseridos nele.

Desde então, o interesse em solucionar o problema aumentou, não só pelo Estado de São Paulo, mas pelo governo federal e os demais governos estaduais, que não queriam chegar a tal nível alarmante de crise do sistema carcerário. O foco principal de ação política criminal era a construção de novos presídios.

Em 2002, o governo federal investiu na construção de novos presídios, chegando a reduzir o déficit, quando existiam 181 (cento e oitenta e uma) mil vagas

para 240 mil presos, uma proporção de 1 (uma) vaga para 1,32 (um ponto trinta e dois presos). Mas, em 2003, o déficit voltou a crescer e o sistema passou a reclamar mais investimentos.

Dados do Departamento Penitenciário Nacional indicam que, em 2006, havia 339.580 (trezentos e trinta e nove mil, quinhentos e oitenta) presos em penitenciárias, quando o sistema só suportava 236.148 (duzentas e trinta e seis mil cento e quarenta e oito) vagas, gerando uma proporção de 1 (uma) vaga para aproximadamente 1,44 (um ponto quarenta e quatro) presos (DEPEN²⁴).

Em contra partida, também se buscou a adoção de penas alternativas²⁵.

Em agosto de 2006, uma nova crise na segurança pública foi vivida também no Estado de São Paulo, quando novamente o PCC organizou uma onda de ataques a ônibus, estações de metrô, lojas, caixas eletrônicos, e a instituições policiais. As notícias veiculadas nos meios de comunicação davam a sensação que a capital paulistana enfrentava uma guerra civil. A organização criminosa paralisou a maior cidade da América Latina, por conta da transferência de presos da cidade de São Paulo, e só cessou os ataques por meio de um acordo com os governos estadual e municipal. Tal situação demonstrou a fragilidade do sistema de segurança pública do Estado.

Em resposta a esta crise, sentida por todo o país, destacam-se algumas medidas em âmbito legislativo e executivo.

O executivo federal criou em meados de 2007 o Programa Nacional Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI)²⁶, prevendo para a sua execução uma verba de R\$ 6,707 (seis ponto setecentos e sete) bilhões até o fim de 2012.

No âmbito do legislativo, diversos projetos de lei foram criados. Desses, destacam-se quatro. Um criado em 2006, de nº 7.094 (proposta para qualificar o homicídio cometido contra agente de segurança pública) e os outros três criados em 2007, o de nº 137 (propõe tornar hediondo o homicídio de policiais e agentes de segurança pública), de nº 243 (inclui como majorante da pena o homicídio cometido contra policiais, agentes de segurança pública, juízes e promotores em razão da

²⁴ Informação disponível em <www.mj.gov.br> acessado em 15.02.2013.

²⁵ Curiosamente, apesar da aplicação de medidas alternativas ser avaliada com resultado positivo, elas não são suficientes para aplacar a crise no sistema carcerário, que continuou a demandar mais vagas e sofrer com a superlotação.

²⁶ O Projeto, dentre outras coisas, se propõe a “articular políticas de segurança pública com as ações sociais, prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e segurança pública” (MJ)

função) e o de nº 456 (mesma proposta do PL nº 137/2007), todos eles fazem menção expressa aos ataques do PCC ocorridos em 2006²⁷, em suas justificativas

A superlotação carcerária também justificou a apresentação de outros projetos de lei na tentativa de amenizar a crise, a exemplo do PL 4208/2001, que originou a Lei 12.403/2011, que trata das medidas cautelares substitutivas à prisão, dentre elas a Monitoração Eletrônica.

As atitudes das instâncias de poder indicam que o ME surge no Brasil neste contexto de crise de segurança pública, que fomentou a produção legislativa no sentido de buscar soluções aos problemas por ela gerados e satisfazer as demandas sociais.

3.2 EXPERIÊNCIAS ESTADUAIS

Antes de existir lei federal dispendo sobre o tema, alguns estados brasileiros realizaram experiências com o sistema, a exemplo da Paraíba e de São Paulo. Outros iniciaram a experiência após a previsão legislativa federal. Não há informações disponíveis sobre o acompanhamento desses projetos pilotos, sobretudo a nível científico, o que indica a carência de pesquisas e avaliações das experiências, reclamando iniciativas de pesquisas científicas nesta área.

O primeiro Estado brasileiro a adotar o sistema foi a Paraíba, como já dito neste trabalho, em um projeto do juiz Bruno Azevedo, em cinco sentenciados de regime semiaberto. O foco dessa política era nitidamente de reforço do controle penal sobre a esfera de liberdade individual, pois não substituiu a prisão e o slogan da experiência era “Liberdade vigiada, sociedade protegida”.

Em 2008, São Paulo edita a Lei 12.906/2008, instituindo a ME a cargo da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), exigindo oitiva do Ministério Público e consentimento do condenado (LEAL; 2012, p. 82).

A referida lei previu a utilização da vigilância eletrônica na fiscalização do cumprimento de condições fixadas pelo juiz na determinação da prisão domiciliar, da proibição de frequentar determinados lugares, no livramento condicional, na autorização de saída temporária do estabelecimento penal ou na prestação do trabalho externo (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 116-117).

²⁷ Clara e evidente tendência de hipertrofia penal como busca para a solução dos problemas criminais.

Segundo o mesmo diploma legal, as hipóteses de aplicação da vigilância seriam nos casos de condenação por tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, crimes decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou associações ou organizações criminosas de qualquer tipo, homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, genocídio tentado ou consumado ou outra condenação ou outra condenação cujo crime assim recomenda cautela (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 117).

Interessante notar que a previsão de ME paulista tem caráter de política criminal nitidamente voltada para a expansão da rede repressiva do Estado, através do aumento do rigor das medidas penais já existentes. O ME é previsto como meio de incrementar a vigilância estatal na concessão de algumas medidas penais já existentes, curiosamente em casos de crimes considerados graves, os hediondos e comparados a hediondos. Segue a linha de ação do ME móvel na França, que é previsto para crimes considerados graves e como forma de aumentar a fiscalização do Estado sobre certos indivíduos, no que eles chamam de “medida de segurança”.

No Rio Grande do Sul, foi publicada a Lei estadual nº 13.044/2008, prevendo a vigilância como forma de fiscalização das condições fixadas em decisão judicial que determine a prisão em residência particular, proibição de frequentar determinados lugares, livramento condicional, conceda a progressão para os regimes semiaberto e aberto e saída temporária para prestação de trabalho externo. As hipóteses de utilização são em casos de crimes hediondos e equiparados a hediondos (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 121). Nota-se uma grande semelhança da normatização do Rio Grande do Sul com a de São Paulo, seguindo a mesma linha político criminal exposta.

O projeto-piloto inicial desenvolvido neste estado envolvia o monitoramento de onze presos voluntários submetidos a regime semiaberto. Dos onze, apenas quatro aceitaram participar efetivamente do projeto. A experiência consistia em colocar as tornozeleiras, permitindo ao condenado ir para sua residência apenas nos fins de semana, permanecendo a obrigação de recolhimento noturno diário à casa de albergado. Obrigação esta que gerou frustração dos voluntários (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 122).

Com base na experiência inicial, os juízes atuantes nas Varas Criminais de Porto Alegre e Novo Hamburgo fixaram alguns critérios de utilização da medida. A ME continuou a ser utilizada em casos de sentenciados cumprindo pena em regime semiaberto, mas os monitorados estavam desobrigados de pernoitar na casa de albergado. Fato curioso neste caso é que uma das condições para que o apenado fosse submetido à monitoração seria a não condenação por crime hediondo, exigência exatamente contrária à Lei estadual que prevê a ME justamente para estes casos (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 122)

O que se nota no caso do Rio Grande do Sul é um descompasso de política criminal entre a legislação e a aplicação prática feita pelos juízes estaduais. Enquanto o legislativo sul-riograndese previu a ME como meio de aumento do rigor do controle estatal sobre o indivíduo, a convenção dos juízes a utilizaram como meio alternativo ao cárcere, neste caso, a casa de albergado, seguindo a linha de busca de eficácia dos procedimentos penais.

A experiência com a ME no Rio Grande do Sul chegou a monitorar 122 (cento e vinte e dois) indivíduos em 2010. Os testes foram encerrados neste mesmo ano devido à expiração do prazo de contrato de locação das mesmas (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 125).

Em maio de 2011 foi aberto procedimento licitatório para a compra de equipamento eletrônicos de monitoração. Contudo, foi noticiado em sítio eletrônico do portal de licitações do rio Grande do Sul o cancelamento da licitação realizada devido ao valor o valor apresentado pelas empresas concorrentes ser maior do que o esperado pelo governo do estado. A Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe) tinha como expectativa um preço em torno de R\$ 270 por tornozeleira, mas as empresas pediram cerca de R\$ 400 para cada dispositivo²⁸.

Em Minas Gerais, a Monitoração Eletrônica de presos foi introduzida pela Lei estadual 19.478/2011, ou seja, norma posterior à legislação federal sobre o assunto, prevendo a utilização nas mesmas hipóteses da norma federal, prevendo ainda a ME “quando o juiz julgar necessário”. Apesar da legislação estadual só ter sido editada em 2011, desde 2008, consultas públicas sobre o tema são realizadas no estado. Em 21 de agosto de 2009, foi firmado Termo de Cooperação e

²⁸ “Tornozeleira eletrônica não impede fuga em estados que adotaram o sistema”. Notícia disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/08/07/tornozeleiras-eletronicas-nao-impedem-fugas-de-presos-em-estados-que-adotaram-sistema.htm>>, acessado em 15.02.2013.

Normatização Conjunta entre a Secretaria de Estado de Defesa Social, o Tribunal de Justiça (TJMG) e o Ministério Público (MPMG), prevendo a utilização de tornozeleiras eletrônicas por condenados da Justiça. Um projeto experimental vinha sendo realizado em 2008. A Concorrência pública nº 402/2009 para adquirir os equipamentos foi suspensa por ter o procedimento induzido apenas a um típico específico de tecnologia. (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 119-120)

Recente notícia, divulgada no dia 07 de março de 2013, no sítio eletrônico da Secretaria de Estado da Defesa Social de Minas Gerais²⁹, informa que o Governo de MG vai utilizar a Monitoração Eletrônica em homens agressores enquadrados na Lei Maria da Penha, para impedir a aproximação das vítimas.

Outras experiências com o sistema de ME foram registrados em Pernambuco, Mato Grosso, Goiás, Alagoas, e mais recentemente, em 2013, o Amazonas e o Paraná noticiaram a adoção de procedimento licitatório para a aquisição do equipamento.

Destas experiências estaduais há dois pontos a serem observados. O primeiro diz respeito à legislação, toda lei estadual que extrapole os limites previstos na lei federal deverá ser desconsiderada por extrapolar os limites de sua competência constitucionalmente estipulada. O art. 24 da Constituição Federal fixa a União como ente competente para tratar de matéria referente a execução penal, o que inclui as normas sobre utilização da ME³⁰.

O segundo aspecto refere-se à operacionalização do sistema, que ficou a cargo do Governo estadual. Há orçamento federal para a instalação dos sistemas de ME, previsto tanto em 2012, na faixa de R\$3.800.450,00 (três milhões oitocentos mil quatrocentos e cinquenta reais), quanto para 2013, em torno R\$ 4 (quatro) milhões. Os gastos desse orçamento serão feitos em forma de repasse aos Governos estaduais, conforme informado pelo Ministério da Justiça, em consulta realizada através do sistema de informação ao cidadão³¹.

²⁹ “Minas começa a implantar tornozeleiras eletrônicas em homens enquadrados na Lei Maria da Penha”. Notícia disponível em <https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2147&Itemid=71>. Acessado em 19.01.2013.

³⁰ Algumas legislações estaduais tiveram sua constitucionalidade questionada antes mesmo da entrada em vigor da Lei 12.258/2010, como foi o caso da Lei estadual nº 9.217/2009, do Espírito Santo.

³¹ O sistema de informação ao cidadão está disponível no sítio oficial do Ministério da Justiça. A resposta à consulta encontra-se nos anexos deste trabalho.

3.3 A LEGISLAÇÃO

O primeiro Projeto de Lei federal sobre Monitoração Eletrônica foi criado em 2001, pelo ex parlamentar Marcus Vicente, à época Deputado Federal do Partido Social Democrata do Brasil – PSDB, de Espírito Santo. Ele previa o monitoramento eletrônico como uma espécie de pena restritiva de direitos. Em 2002, a Deputada Federal, relatora do projeto, Zulaiê Cobra, concluiu pela constitucionalidade, jurisdição e técnica legislativa do projeto, apresentando substitutivo deste. Contudo, em julho de 2005, o próprio Marcus Vicente requereu a sua retirada do projeto das pautas de proposições do Congresso Federal.

A primeira experiência de monitoramento eletrônico no Brasil foi noticiada em 11 de julho de 2007, quando o juiz Bruno Azevedo, da Vara de Execuções Penais, da Comarca de Guarabira, Paraíba, lançou o projeto “Liberdade vigiada, sociedade protegida”. Através da parceria com a empresa de INSIEL – Tecnologia Eletrônica foram usadas tornozeleiras eletrônicas para monitorar cinco presos, que cumpriam pena no regime semiaberto.

Depois desta, outros estados-membros da federação também iniciaram a prática. A exemplo dos projetos pilotos implantados no Paraná, São Paulo, Mato Grosso e Santa Catarina. Todas as experiências acima citadas foram implantadas no âmbito da justiça estadual e sem legislação federal aprovada neste sentido.

Em pesquisa feita no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados Federais, encontravam-se oito projetos de lei sobre a matéria. Destes, o PL nº 175/2007, do Senador Magno Malta, do Partido da República – PR, do Espírito Santo, pretendeu condensar os demais projetos sobre o tema, recebeu um substitutivo da Câmara de Deputados, sob o nº 1288/2007, dando origem à Lei 12.258/2010, que instituiu a monitoração eletrônica no Brasil. Passa-se então a análise do projeto para sua posterior comparação com o texto de lei aprovado.

3.3.1 A Lei 12.258/2010

A Lei 12.258/2010 foi originada do Projeto de Lei nº 175/2007, do Senado, que previa inicialmente a Monitoração Eletrônica para os casos de regime aberto e livramento condicional, tendo sido aprovado pela Comissão de Constituição, Cidadania do Senado em 01 de abril de 2009 (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 109).

Quando o Projeto chegou à Câmara dos Deputados, foram ampliadas as hipóteses de utilização do ME, passando a prevê os casos de cumprimento de pena em regime semiaberto, nas saídas temporárias e em regime fechado, que recebeu o nº 1288/2007.

Esse Projeto previu a alteração do Código Penal e da Lei de Execuções Penais para instituir nesta uma seção VI, intitulada “Da monitoração eletrônica”, no Título V, que trata da execução das penas em espécie.

Em relação ao Código Penal, a alteração era prevista no art. 36, com a retirada do termo “sem vigilância” da parte que fala sobre as atividades externas daqueles que cumprem pena no regime aberto, assim o que antes vigorava “O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga”, agora passa a constar “O condenado deverá, fora do estabelecimento, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga”.

Em relação à LEP, incluiu no rol da competência do juiz de execução, decidir sobre o monitoramento eletrônico. O PL propunha a criação da Seção IV, do Título V, da LEP, “Da Monitoração Eletrônica” e acrescenta o art. 146-A, 146-B, 146-C e 146-D à referida lei.

O art. 146-A dispunha que o juiz podia determinar a vigilância indireta para a fiscalização das decisões judiciais, desde que houvesse a disponibilidade de meios. Assim, observa-se que não seria uma imposição, mas uma faculdade do juiz, que poderia determinar a utilização do ME nas hipóteses previstas em lei, de acordo com o caso concreto.

Outro ponto observado neste dispositivo legal é a finalidade do ME no ordenamento jurídico brasileiro: fiscalização de medidas judiciais durante a execução penal. Assim, ele não configurava como uma pena alternativa ou substitutiva da prisão, mas apenas meio de viabilização de medidas já previstas na legislação penal.

O parágrafo único de tal artigo tratava sobre a vigilância indireta. Esta seria realizada por meio da afixação ao corpo do apenado de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica que indique, à distância, o horário e a localização do usuário, além de outras informações úteis à fiscalização judicial. Deste modo, observa-se que o legislador brasileiro havia optado pela utilização do mecanismo apenas no sistema

ativo, em que o monitorado é reastreado, por meio de dispositivo, o bracelete ou tornozeleira, o que limita consideravelmente a variação e utilização do programa.

O art. 146-B trazia as hipóteses de uso do ME:

I – na aplicação pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou concessão da progressão para tais regimes;

II – na autorização da saída temporária no regime semiaberto;

III – na aplicação da pena restritiva de direito que estabeleça limitação de horários ou da frequência a determinados lugares;

IV – na determinação da prisão domiciliar;

V – na concessão do livramento condicional ou da suspensão condicional da pena.

Quanto à hipótese de vigilância no regime aberto, o PL ainda trazia, no parágrafo único do supramencionado artigo, a previsão de que os monitorados em tal regime ficariam dispensados do recolhimento ao estabelecimento noturno e nos dias de folga.

Em seu art. 4º, o Projeto previa um período de 2 (dois) anos para utilização do programa como teste apenas nos casos de saída temporária da prisão. Dispunha, ainda, que ao fim do período de teste, o poder executivo poderá definir novos parâmetros para a execução do ME.

Em outubro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ analisando o PL substituto da Câmara sobre ME se manifestou em sentido favorável à substituição do cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto pelo monitoramento eletrônico, fato que fez reaparecerem as discussões sobre o tema. Em 19 de maio de 2010, em único turno, o Senado aprovou o substitutivo, encaminhando à Sanção Presidencial. Em 15 de junho de 2010 foi sancionada a Lei Ordinária nº 12.258/2010, com veto presidencial, restando apenas as hipóteses de vigilância em caso de prisão domiciliar e saída temporária em regime semiaberto (OLIVEIRA, AZEVEDO; 2012, p. 110).

A nova Lei incluiu no Capítulo I, do Título V da Lei de Execuções Penais, a Seção IV – “Da Monitoração Eletrônica”.

Dentro desta seção encontra-se o art. 146-C, prevendo as obrigações do condenado que é submetido ao equipamento eletrônico. São elas: receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar

de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; e informar, de imediato, as falhas no equipamento ao órgão ou entidade responsável pela monitoração eletrônica.

Verifica-se que são obrigações operacionais de manutenção do sistema, não exigem a participação ativa do indivíduo na medida de execução, mas somente para a checagem de funcionamento do dispositivo. Não há nenhuma obrigação do condenado que o faça participar ativamente da vigilância, como, por exemplo, a de ligar, em determinado horário, para o responsável atestando a sua estada em determinado lugar, ou o não uso de substâncias entorpecentes.

O parágrafo único deste mesmo artigo dispõe, que se o monitorado violar alguma das suas obrigações poderá acarretar, a critério do juiz, ouvido o Ministério Público e a Defesa, nas seguintes sanções: a regressão do regime; a revogação da autorização de saída temporária; a revogação da suspensão condicional da pena; a revogação do livramento condicional; a conversão de pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade; a revogação da prisão domiciliar; advertência por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar nenhuma destas medidas.

O art. 146-D também foi incluído na LEP e traz as duas hipóteses em que a vigilância eletrônica poderá ser revogada: quando se tornar desnecessária ou inadequada; se o acusado ou condenado violar os deveres a que fica sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave. O juiz deverá observar sua necessidade e adequação, baseado em critério de proporcionalidade entre medida penal perseguida e a imposição do ME.

Ponto interessante a ser observado é que a Lei 12.258/2010 nada dispõe acerca da necessidade de consentimento do condenado em submeter-se à vigilância eletrônica. Entende-se, entretanto, que esta deve ser condição de aplicação da medida, pois, caso não haja tal anuência, o ME perde a sua finalidade, já que, no primeiro momento em que tiver oportunidade, o condenado se furtará a

execução penal³². Os dispositivos eletrônicos são resistentes, mas não são invioláveis.

3.3.2 A Lei 12.403/2011: Monitoração Eletrônica como medida cautelar

A Lei 12.403/2011 alterou o art. 319 do Código de Processo Penal prevendo em seu inciso XI como medida cautelar processual diversa da prisão, a monitoração eletrônica. Nada mencionou quanto aos usos e finalidades da utilização da monitoração eletrônica. Logo, ficará a critério do juiz selecionar as formas de aplicação da Monitoração Eletrônica em conformidade com as hipóteses em que ela pode ser substitutiva às prisões cautelares.

Segundos os dispositivos constitucionais, que dispõem ser o modelo processual penal brasileiro acusatório, a prisão processual é a exceção em nosso ordenamento. A reforma do CPP trazida pela lei 12.403/2011 reforçou ainda mais esta ideia trazendo medidas alternativas a este tipo de prisão.

No Brasil, há três espécies de prisão cautelares: a preventiva, a temporária e a prisão em flagrante. Esta última, por questões lógicas não poderá ser substituída pela ME, pois de acordo com o art. 310 do CPP, a prisão em flagrante se não for convertida em prisão preventiva, deve implicar na liberdade provisória do acusado.

A prisão preventiva, segundo art. 312 do CPP, só pode ser decretada em casos de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Logo, se a ME puder ser utilizada para estas finalidades, poderá ser substituta da prisão processual. A análise deve ser feita casuisticamente pois a depender do crime imputado e das circunstâncias do caso concreto, poderá se pensar em uma prisão domiciliar com utilização de equipamento de monitoração eletrônica por radiofrequência, caso a fundamentação da prisão preventiva fosse a garantia da ordem pública em crimes contra os costumes, ou mesmo a pura vigilância, com a utilização de equipamentos de rastreamento via GPS, em casos cuja finalidade seja apenas assegurar a

³² Contudo, sobre este fato, deve permear a questão de até que ponto esse consentimento não seria viciado na medida em que o ME estaria sendo imposto como condição para que o condenado gozasse de seu benefício. Entende-se que por a escolha ficar entre obter o benefício penal submetendo-se à vigilância ou nada, só restaria ao apenado, por lógica, a primeira opção. Esta situação torna-se ainda mais dicotômica, pelo fato do legislador brasileiro ter restringido muito as formas de uso do ME.

aplicação da lei penal, como por exemplo em acusados por crimes de estelionato. Em qualquer caso, vai depender da natureza do crime e das circunstâncias do caso, pois toda vez que não for necessário o isolamento do indivíduo do meio social, a ME, sobretudo associada a prisão domiciliar, será um recurso apto a ser utilizado.

Já a prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89, cabe em casos de acusados por um ou mais dos crimes dispostos no inciso III do art. 1º da Lei; quando imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Em qualquer uma das hipóteses, vale o já colocado acerca da prisão preventiva, ou seja, toda vez que não for necessário isolar o autor do meio social, caberá sua substituição por ME.

Em qualquer caso, deve-se observar que o legislador, ao alterar o Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, inseriu outras medidas cautelares além da Monitoração Eletrônica, dispostas no art. 319 do CPP. Assim, nada impede que a ME seja utilizada como meio de implementação de uma das medidas ali previstas, funcionando ainda assim como um substituto da prisão, pois a medida cautelar foi adotada com este propósito³³.

3.4 CARACTERÍSTICAS DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO BRASIL

Baseando-se nas escolhas de utilização da ME pelo sistema jurídico brasileiro, e no silêncio legislativo quanto a algumas questões operacionais³⁴, é possível traçar o seguinte perfil jurídico-legislativo:

Classificações	Hipóteses de utilização da ME no Brasil
Sistema de intervenção	Sistema ativo
Modalidades Tecnológicas	GPS ativo e radiofrequência
Equipamento	Dispositivo portátil
Sistema jurídico	Fase processual (pré-trial) e outros
Aplicações nos estágios processuais	Fase processual e executiva

³³ Como exemplo, é possível imaginar um caso de investigação de crimes de lesões corporais cometidas em âmbito doméstico e familiar, em que o juiz proibiu o indiciado de manter contato com pessoa vítima, nos termos do inciso III do art. 319, devendo permanecer distante, no mínimo, em um raio de 10m de distância. Neste caso, o juiz pode ordenar que o indiciado utilize dispositivo eletrônico, seja via GPS, seja via radiofrequência, dando à vítima um outro que capte os sinais emitidos pelo portado por seu agressor, na distância apontada pela decisão judicial.

³⁴ Fato que leva à dedução de que qualquer modalidade tecnológica é possível.

Finalidades	Restrição, detenção e vigilância
Utilizações jurídicas	Saída temporária em regime semiaberto, prisão domiciliar e medida cautelar processual

(Tabela 2: Quadro do perfil jurídico-legislativo da Monitoração eletrônica no Brasil)

Cada opção de sistema feita pelo legislador reflete nas outras, traçando, assim, o perfil da vigilância eletrônica adotada. Passa-se, então a análise deste perfil através das implicações acometidas pelas escolhas legislativas.

Sistema ativo: nota-se que o legislador optou preferencialmente pela modalidade ativa de monitoramento, pelo disposto no art. 146-C, inciso II, da Lei de Execuções Penais, que traz expressamente como um dos deveres dos apenados “abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça”. Ao optar pelo uso do ME no sistema ativo, o legislador restringiu diversas outras possibilidades de adequação do instituto proporcionalmente às medidas penais impostas. Como já visto da parte 2 deste trabalho, a modalidade passiva do instituto é aquela que exige do monitorado a realização de tarefas durante o cumprimento da pena. Adequa-se, por exemplo, à imposição de recolhimento à residência em período noturno do apenado em caso de substituição da obrigação de recolhimento à casa de albergado para os condenados em regime aberto. Uma outra vantagem deste sistema seria a possibilidade de não utilização do dispositivo móvel.

Tecnologia de radiofrequência e GPS e dispositivo eletrônico: quanto à tecnologia, esta é consequência da escolha do equipamento. O dispositivo eletrônico pressupõe o envio de sinais, para determinar a localização do indivíduo, seja via sistema de satélite (GPS) ou radiofrequência.

Sistema *pre-trial* e outros: verifica-se, através das hipóteses jurídicas escolhidas que o legislador brasileiro somente contemplou, em apenas uma hipótese, o ME como substituto da prisão, no caso da medida cautelar substitutiva da prisão processual. Nesta situação, em que pese o indivíduo deixar de entrar no sistema carcerário por conta da utilização da Monitoração Eletrônica, não será uma utilização em sistema de *front door*, pois segundo a classificação europeia dos usos, só seria tal hipótese se o ME estivesse substituindo uma prisão executiva. Entende-se esta classificação mais completa, pois a prisão processual é medida excepcional,

que não integra o sistema de execuções penais. As outras duas hipóteses, prisão domiciliar e saída temporária em regime semiaberto, não se enquadram em nenhuma das variantes de sistema (*front ou back door*), pois nestes casos não são substitutos à prisão, e sim formas de implementação de medidas penais já existentes³⁵.

A prisão domiciliar, que, na maioria dos casos, pertence ao sistema *front door*, pois é, geralmente, usada como uma substituição à prisão, não o é no sistema brasileiro. As hipóteses de concessão desta prisão, no Brasil, são voltadas para situações específicas, descritas no art. 117 da LEP, que podem ser transitórias, a exemplo de condenada gestante, ou permanentes, no caso de condenado com mais de 80 (oitenta) anos.

Restrição, Detenção e Vigilância: é possível identificar as três finalidades com os usos de vigilância eletrônica escolhidos na legislação brasileira, tudo dependerá do propósito que se busca com a medida. Como já dito, é possível imaginar uma prisão domiciliar com o uso da ME como substituta da prisão cautelar fundamentada na manutenção da ordem pública e cuja finalidade seja a detenção. Mas também é possível imaginar a determinação de Monitoração Eletrônica via GPS como substituta de prisão cautelar fundamentada no receio de que o acusado se furte à aplicação da lei penal e cuja finalidade seja apenas a vigilância ou a restrição a algum local³⁶, sem necessidade de detenção.

Nas saídas temporárias do regime semiaberto, a ME também pode ser utilizada para vigilância em tempo integral e também combinada com programas restritivos e de detenção, de acordo com as obrigações impostas pelo § 1º do art. 124 da LEP.

Na determinação da prisão domiciliar, logicamente o monitoramento terá a finalidade detentiva e servirá como meio de verificação e imposição da medida penal. O condenado será vigiado em tempo integral.

Traçado o perfil da vigilância eletrônica no Brasil, passa-se a análise das suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro, retomando os questionamentos propostos no início do capítulo.

³⁵ Frise-se que o legislador não ampliou as hipóteses de prisão domiciliar, fato que fez com que a ME, neste caso, não fosse um substituto da prisão.

³⁶ Frequentar estádios, por exemplo.

3.4.1 As finalidades do sistema e as características da Monitoração Eletrônica no Brasil

No início do capítulo foram questionadas quais razões levariam o Brasil a adotar o sistema de Monitoração Eletrônica apenas em 2010, propondo uma exposição das tendências político criminais brasileiras e a análise do momento histórico do início das discussões legislativas sobre o tema para se chegar a esta resposta. Foi dito que entender tais razões levaria à compreensão da seleção das hipóteses de uso da ME como ferramenta político criminal.

Foi apresentado o contexto histórico da implantação da ME no Brasil, desde o início das discussões legislativas sobre o tema, e baseado nele é possível afirmar que o sistema de Monitoração foi pensado recentemente no Brasil em razão da intensificação da demanda de busca por novas soluções alternativas à prisão, gerada pelo agravamento dos problemas do sistema penitenciário brasileiro, sobretudo com a ocorrência dos episódios em São Paulo, que aumentou a sensação de insegurança social, efeito gerado pela criação de uma sociedade de risco, fruto do modelo produtivo pós industrial.

Contudo, dizer que o surgimento da ME surgiu por conta da intensificação dessa demanda ainda não explica porque ele foi pensado como uma solução alternativa à prisão. Tal fato pode ser explicado à luz das tendências penais atuantes no cenário político brasileiro.

A ME insere-se na lógica da hipertrofia penal. É uma resposta legislativa ao problema da segurança pública, podendo ser classificada no âmbito das legislações de emergência. Algumas características legais levam a essa afirmação. A maioria dos países antes de adotarem o sistema, fazem testes com projetos pilotos e estudo de viabilidade técnico-jurídica. No Brasil, o sistema foi aprovado sem ter sido prevista anteriormente uma fase de teste. E na sua aprovação não foram levados em consideração os resultados das experiências estaduais já realizadas com o sistema.

Insere-se também na tendência de expansão da rede punitiva estatal, pois utiliza-se do recurso do controle pela vigilância para monitorar indivíduos submetidos ao sistema penal. Ademais, das três hipóteses previstas, apenas uma oferece alternativa à prisão, no caso, à prisão cautelar, as demais não implicam em nenhum efeito sobre sistema carcerário.

Inserir-se também, evidentemente, na lógica do eficientismo, pois o ME é inserido no Brasil com o discurso de redução de custos, baseado na lógica de ser uma alternativa menos custosa ao encarceramento.

Por fim, ela pode ainda ser inserida na tendência penal de busca por eficácia dos procedimentos penais e de eficiência jurídica processual, pois a ME pode ser utilizado como implementação de medida penal já existente, de forma a viabilizar a execução de medidas já previstas³⁷.

Desse modo, verifica-se que sistema de monitoração pode ser utilizado como ferramenta de ações político criminais que sigam qualquer uma das tendências penais expostas nesse trabalho.

Se a Monitoração Eletrônica chegou ao Brasil inserido na lógica destas tendências, impulsionado por uma crise no sistema carcerário, as justificativas do PL 1288/2007, que originou a Lei 12.258/2010, para a adoção do sistema se estruturaram no sentido significar a Monitoração Eletrônica como uma forma de solucionar o problema apresentado.

No PL nº 175/2007, transformado no PL nº 1288/2007, o Senador Magno Malta justificou a adoção do sistema pela de redução dos custos financeiros para com os estabelecimentos penitenciários, a diminuição da lotação das prisões e a maior celeridade na ressocialização do condenado.

O texto da Lei 12.258/2010 foi aprovado pelo congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial contendo cinco possibilidades de uso da monitoração. Destas, três foram vetadas. As razões do veto dadas pelo Ministro da Justiça foram:

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 preso³⁸.

³⁷ Como exemplo, é possível a utilização da ME como forma de garantir a distância do agressor da vítima em um perímetro fixado pelo juiz, nos casos de violência doméstica e familiar, como foi prevista recentemente pelo Governo do Estado de Minas Gerais.

³⁸ Informação disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>, acessado em 25/02/2013.

Nota-se no raciocínio do Ministro da Justiça uma correlação entre os usos previstos, princípios penais e as justificativas de sua implantação. Assim, de acordo com esse raciocínio quando a Monitoração Eletrônica contrariar a sistemática de cumprimento de pena como a individualização, a proporcionalidade e a suficiência da execução penal, ela não deve ser utilizada, considerando-se nessa análise as circunstâncias como a não redução de custos e não redução da população carcerária.

Baseado nestas premissas, traçando um raciocínio no sentido inverso, seria então possível concluir que as hipóteses de uso previstas para a ME no Brasil pela Lei 12.258/2010, quais sejam saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar, para o Executivo, estariam de acordo com os princípios penais de individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal e seriam capazes de reduzir custos e a população carcerária. Essa conformidade entre hipóteses de utilização, princípios penais e justificativas de implantação, ou seja, se a ME no Brasil está cumprindo ou não as finalidades às quais se propôs e se está coerente seus usos com o ordenamento jurídico brasileiro demanda uma análise da viabilidade de sustentação dos argumentos de implantação face ao sistema penal e da ocorrência ou não da compatibilidade prática entre os usos e os argumentos de implantação. É o que se propõe a seguir.

4 OS DISCURSOS JUSTIFICADORES DA IMPLANTAÇÃO E SUA CONFORMIDADE COM AS HIPÓTESES LEGAIS BRASILEIRAS DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

A ideia de adoção do sistema de Monitoração Eletrônica, como já foi visto no capítulo anterior, surgiu no Brasil dentro de um contexto de crise do sistema penitenciário e de sua conseqüente busca por medidas alternativas. Foi visto também que como o sistema se encaixava na lógica das tendências de ações político criminais em vigor naquele contexto, a ME passou a se tornar uma proposta de solução alternativa interessante ao legislador brasileiro.

É importante observar que a implantação da ME nos outros países também foi pensada como uma via alternativa a esse sistema em meio a uma crise de superlotação da população dos presídios e como uma via alternativa a esse sistema³⁹.

Os principais discursos justificadores dessa implantação focam em três argumentos: redução de custos, diminuição da população carcerária e prevenção da reincidência. No Brasil, também já foi visto que as justificativas do Projeto de Lei, que originou a Lei 12.258/2010, sustentavam esses argumentos.

No entanto, apesar deste discurso, algumas avaliações de práticas com o sistema sinalizam no sentido contrário. Os Estados Unidos, por exemplo, embora faça uso desse sistema desde 1980, possui a maior população carcerária do mundo. Muitos programas, a exemplo do Francês, do Inglês e do norteamericano, exigem do monitorado o pagamento de um valor específico para o monitorado, assim, não haveria, de fato, uma redução dos custos, mas sim uma transferência destes. A redução da reincidência é avaliada apenas enquanto o sistema de monitoramento está sendo operado, não sendo possível atestar o cumprimento da função preventiva especial da pena, já que a não reincidência estaria vinculada à necessidade de vigilância.

A resposta a estes questionamentos também perpassa pela análise das hipóteses de utilização do sistema de monitoração, ou seja, se o emprego da vigilância eletrônica em determinada situação é capaz de satisfazer às pretensões geradas em torno desse sistema.

³⁹ Na segunda parte deste estudo, na análise das experiências internacionais com a ME, foi visto que tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, como na França, como no Canadá e Argentina.

Assim, a passa-se a analisar a sustentabilidade dos discursos de implantação do sistema ME baseado em algumas experiências internacionais e posteriormente com as hipóteses legais de utilização previstas no Brasil.

4.1 REDUÇÃO DOS CUSTOS

A redução dos custos com a execução penal é um dos argumentos trazidos para a implantação do sistema de Monitoração Eletrônica. A análise desta redução de custos implica na fixação de alguns parâmetros. Não basta dizer, por exemplo, que um dia de monitoramento de um apenado custa em média R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) enquanto um dia de encarceramento custa R\$ 180,00 (cento e oitenta reais)⁴⁰. A apresentação deste tipo de dado não é suficiente para sustentar o argumento primeiro porque ele vem em um viés comparativo, ou seja, seria, em tese, mais barato do que o aprisionamento, logo, os custos são reduzidos se o ME é de fato utilizado como alternativa à prisão. Segundo, porque não especifica quais fatores foram considerados como despesas.

Assim, para reduzir custos a primeira observação, a priori, a ser feita é se a ME está retirando pessoas do cárcere. Logo, a hipóteses de utilização da vigilância indicam se ela será capaz de reduzir ou não custos. Tal análise também envolverá saber o tipo de tecnologia que será utilizada para o sistema⁴¹, bem como os fatores que são considerados na contabilização das despesas com o sistema.

Uma vez respondida afirmativamente a primeira colocação, a segunda observação reside em saber se, ainda que o sistema de vigilância esteja retirando pessoas da prisão, estas vagas desocupadas pelos monitorados não estariam sendo preenchida por outros apenados⁴². Em caso afirmativo, apesar da Monitoração Eletrônica ser mais barata na comparação dia/encarceramento e dia/monitoramento, ela implicaria em aumento de custos, pois o governo arcaria com sistema penitenciário e o de Monitoração. Mas, ainda que implicasse na manutenção de dois sistemas, a redução de custos poderia ser observada na não ampliação do sistema

⁴⁰ Conforme sustenta Carlos Eduardo Adriano Japiassú, como argumento favorável à implantação da ME no Brasil, no texto “O Brasil e o Monitoramento Eletrônico”, integrante da coletânea do Congresso Nacional “Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão?”, obra citada no presente trabalho.

⁴¹ A radiofrequência é menos custosa comparada ao GPS.

⁴² Neste caso, bastaria apenas o cumprimento de mais mandados de prisão para que volte a preencher aquela vaga.

penitenciário, ou seja, reduziria os custos com a execução penal, no tocante à construção de novas prisões, por exemplo.

Outra questão a ser analisada é que alguns países que indicam redução de custos com o sistema cobram do monitorado uma taxa de manutenção do sistema, logo, também interessa saber se os custos estão sendo reduzidos ou estão sendo, em verdade, transferidos, e em caso afirmativo, em que isso implica.

Desde já, é possível suscitar a ideia de que o argumento de redução de custos é relativo.

Antes de analisar a sustentação fática desse argumento econômico na adoção da ME, cabe questionar primeiramente se reduzir custos é ou deve ser uma preocupação do sistema penal, frente às finalidades principiológicas da pena. Para tanto propõe-se uma análise do direito penal frente à teoria dos custos.

4.1.1 A teoria dos custos e o direito penal

A Teoria dos Custos parte do reconhecimento que todo direito que demanda uma prestação positiva do Estado para a sua implementação reclama custos.

Embora pareça óbvia a ideia aqui exposta, ela não é levada em consideração quando se estuda e aplica o direito sob o prisma unicamente jurídico. Normalmente, quando se analisa uma situação jurídica, o operador busca a sua previsão normativa, faz a sua interpretação, extrai o direito nela previsto, e posteriormente, o aplica.

Ocorre que reconhecer que “A” tem direito a “B”, na teoria, não implica necessariamente na efetivação de B. Foi justamente o problema da efetivação dos direitos, sobretudo dos fundamentais, que tornou necessária a consideração dos custos na análise jurídica dos fenômenos.

A aproximação entre Direito e Economia não é ideia recente.

Segundo Cento Veljanovisky (1994, p. 25), as relações entre direito e economia remontam a origem da própria economia, mas essa ideia foi negligenciada em prejuízo das duas disciplinas.

O referido autor reconhece que enquanto nos Estados Unidos a interação entre as disciplinas continuou, pois neste país o direito tem objetivos e/ou efeitos

econômicos⁴³, na Europa, especificamente no Reino Unido, pouco se fez nesse sentido (VELJANOVIKSY, 1994, p. 26)

Ele aponta dois fatores para isso. O primeiro deve-se ao fato de que os estudos de muitos economistas norte-americanos associavam o estudo do direito a autores institucionalistas, cujos trabalhos eram considerados legalísticos e de carente rigor. (VELJANOVIKSY, 1994, p. 26)

Já o segundo motivo deve-se à transformação da ciência econômica em ciência empírica, com o aumento da influência positivista no estudo econômico, com uso maior da matemática e da análise estatística. (VELJANOVIKSY, 1994, p. 27)

Além destes fatores apontados pelo autor em um estudo mais restrito do fenômeno (envolvendo o direito norte-americano e o inglês), é possível observar outras razões de cunho mais generalizadas, pois o que se verifica em outros países ocidentais, como o Brasil, é o estudo, em regra, separado das disciplinas.

Dentre estas razões, pode-se expor algumas, tanto de cunho científico metodológico quanto histórico-político.

A razão científico-metodológica encontra-se na busca pela autonomia científica de cada ramo do conhecimento orientada pelo ideal do positivo oitocentista surgido no século XVI e expandido até o início do XIX. Havia a necessidade de delimitação do campo de estudo de cada ciência de modo a lhe conferir autonomia. Logo, um ramo do conhecimento não utilizava institutos de outro.

No campo histórico-político, a euforia crescente em torno do reconhecimento de diversos direitos humanos ao longo da história gerou a sensação de que a mera previsão normativa destes direitos teria o condão de alterar a realidade dos fatos e de que a ciência jurídica por si só “salvaria o mundo” das mazelas sociais. Tal pensamento serviu para afastar o conhecimento jurídico dos demais campos científicos. Contudo, o grande descompasso entre mundo positivado e a realidade reclamou uma releitura dos institutos jurídicos à luz de outros conhecimentos, dentre eles, a economia.

A desconsideração de fatores políticos e econômicos na análise dos direitos e de sua efetividade gerou diversos problemas quando as Constituições mais recentes passaram a reconhecer diversos direitos como fundamentais, e o movimento neoconstitucionalista, da segunda metade do século XX, introduziu na ciência

⁴³ Daí é possível explicar que o argumento de redução de custos foi um grande estímulo à adoção do sistema de Monitoração Eletrônica por esse país.

jurídica a ideia de força normativa da Constituição. Logo, uma vez positivados estes direitos, qualquer indivíduo passa a poder exigí-los, tanto através da via administrativa quanto da judicial.

Assim, os Estados passaram a lidar com o crescente reconhecimento e positivação constitucional de direitos fundamentais, o aumento do número de seus titulares (crescimento populacional) e a ausência de recursos para atender a estas demandas.

O enfrentamento desta questão fez surgir a necessidade de se avaliar a prestação de direitos, sobretudo os sociais, sob o prisma da viabilidade econômica.

O ressurgimento do interesse na economia do direito deveu-se aos estudos da Escola de Chicago, com seu programa de direito e economia, nos anos de 1940. Em 1958, o programa entrou em uma nova fase com a inauguração da Revista de Direito e Economia. A partir de então, análise econômica do direito pôde ser dividida em três fases coincidentes respectivamente com as décadas de 60, 70 e 80. (VELJANOVIKSY, 1994, p. 28/29)

Nos anos 60, destacou-se o interesse na busca regulamentação dos serviços de utilidade pública; a teoria de Calabresi sobre a responsabilidade por acidentes, que analisava os custos dos acidentes frente aos custos de prevenção destes; o teorema de Coase, que pregava que quando os custos com negociação ou transação são nulos, os direitos de propriedade podem ser transmitidos ao agente que mais lhe atribua valor; e abordagens econômicas de comportamento extra mercado, como a tese de doutorado de Gary Becker, que aplicou institutos de economia a problemas como crimes, política, educação, família, saúde e caridade. (VELJANOVIKSY, 1994, p. 30/32)

Os anos 70 ficaram conhecidos como a década do crescimento do movimento da economia do direito. Cada vez mais, os acadêmicos norte-americanos começaram a utilizar a economia para dar sentido racional à avaliação das leis, com destaque para o trabalho do professor Richard Posner, que buscou demonstrar que os juízes decidiam de maneira a estimular uma utilização mais eficiente de recursos. Já os anos 80 foram a década de amadurecimento e consolidação dos estudos econômicos do direito⁴⁴. (VELJANOVIKSY, 1994, p. 34)

⁴⁴ Curiosamente foi nessa década que a ME passou a ser adota pelos Estados Unidos, com um rápido processo de expansão dessa prática.

No fim da década de 90, o problema econômico do direito foi analisado na seara dos direitos fundamentais. Em 1999, dois professores norte-americanos, CassSunstein e Stephen Holmes, lançaram o livro *The costofrights*, cujo objetivo era analisar a relação que existe entre o custo de implementação de um direito e a sua significação social. (GALDINO, 2005, p. 199)

Neste livro, os autores primeiramente desconstroem a classificação entre direitos positivos e negativos, afirmando que todos os direitos são positivos, logo, demandam algum tipo de prestação pública para sua efetivação. (GALDINO, 2005, p. 200)

Afirmam que todos os direitos públicos subjetivos reclamam algum tipo de prestação pública constatando que os direitos fundamentais tradicionalmente analisados como negativos, caso, de fato, demandassem apenas abstenções do Estado, a mera positivação seria suficiente para garantir o seu exercício. Contudo, não é possível pensar na proteção do direito à propriedade e à liberdade sem se pensar em custos com a segurança pública. Nem pensar no direito ao voto sem correlacionar os custos da implementação dos recursos materiais e humanos para a sua implementação. Assim, conclui-se que todos os direitos públicos subjetivos, por dependerem de prestações estatais, demandam custos. E nada que custe dinheiro pode ser absoluto. (AMARAL, 2010, p. 40/42)

Analisando a ideia proposta pelos autores americanos, Flávio Galdino entende que ao se discutir os custos:

[...] não se deve falar em diminuição dos direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas da sociedade. A aferição dos custos permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos. (2005, p. 205)

Se os direitos custam ao Estado, e os seus recursos financeiros são inferiores à demanda, então continuamente o Estado enfrenta o problema da escassez e das consequentes escolhas trágicas, já que não é possível atender a todas as demandas.

Segundo CassSunstein e Stephen Holmes as escolhas trágicas impostas pela escassez revelam o valor que uma sociedade atribui a cada direito. (GALDINO, 2005, p. 211)

Assim, é através das decisões políticas que tais escolhas são feitas, e por óbvio, devem ser orientadas pelos fundamentos valorativos constitucionais.

Não é uma tarefa fácil, e nem exclusiva de uma esfera de Poder. Tanto o Legislativo, quanto o Executivo e o Judiciário tem participação na realização de escolhas trágicas, cada um na sua esfera de competência. O Legislativo com a positivação de direitos e aprovação de leis orçamentárias. O Executivo no gerenciamento de recursos e implementação e execução de políticas públicas. O Judiciário no controle destas políticas.

A necessidade de fazer estas escolhas reclama a introdução de elementos de estudos da economia na análise dos direitos.

Para Sunstein e Holmes, a conscientização de que os direitos custam implica na constatação de que as pessoas só possuem direitos na medida em que estes possam ser efetivados pelo Estado. O que para tanto devem alocar responsabilmente os recursos disponíveis (GALDINO, 2005, p. 214)

Desta breve exposição da teoria dos custos do direito, é possível inferir que, não obstante a teoria aqui sintetizada tenha sido desenvolvida para lidar com escolhas trágicas na seara de direitos fundamentais, seus pressupostos podem ser estendidos a outros campos da análise jurídica.

Se todo direito tem em custo, e os recursos escassos implicam em escolhas trágicas, então todo direito pode ser analisado com a consideração de fatores econômicos, dentre eles, o direito penal. Assim, na discussão da implementação das medidas penais (carcerárias ou ditas alternativas) é necessária a consideração da proporção entre seus custos e benefícios.

A análise do direito penal face aos seus custos envolve antes discutir sua função no ordenamento jurídico, de que modo os elementos econômicos já foram utilizados na seara penal e por fim compreender suas influências na aplicação desse direito.

O modelo de Direito Penal adotado pela grande maioria dos Estados ocidentais tem suas origens no movimento Iluminista, do século XVIII. A teoria que justifica o Direito Penal o delega a função de assegurar a existência livre e pacífica dos cidadãos. Parte da ideia que o Estado deve ser compreendido como um modelo ideal de contrato. Neste todos os indivíduos acordaram em delegar parte de sua liberdade a uma entidade governamental capaz de garantir a sobrevivência e

convivência pacífica entre eles. Tal ente detém o poder de emitir e executar leis, dentre elas as penais. (ROXIN, 2006, p. 32-33).

Para Wezel, a missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a tutela dos elementares valores de ação ético-sociais (2001, passim).

Assim, cabe ao Direito Penal a função de proteção subsidiária de bens jurídicos. Bens jurídicos são todos aqueles que pressupõe um convívio pacífico entre as pessoas. Só seriam dignos de tutela penal aquelas situações de ofensa que não pudessem ser solucionadas por outros meios jurídicos (ROXIN, 2006, p.35).

Logo, conclui-se que, ao menos em tese, a função do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos.

Estabelecida a função do direito penal, ao menos no plano teórico, no ordenamento jurídico, cumpre agora saber de que modo os elementos econômicos já foram utilizados na seara penal e se eles são relevantes na aplicação desse direito.

A ideia de analisar o Direito Penal com elementos econômicos não é recente. Desde o século XVIII, já é feita tal análise com o utilitarismo de Jeremy Bentham, inspirado nos estudos de Beccaria.

O utilitarismo partia do princípio da maior “felicidade” ou utilidade, que consistia na promoção da maior felicidade para o maior número de pessoas como fator determinante para atestar a solidez de qualquer política pública. (POSNER, 2010, p. 40)

O princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número de pessoas juntamente com as noções de contrato social e da divisão dos poderes forneceram bases filosóficas da concepção liberal do estado de direito na era Moderna (BARATTA; 2002, p. 33).

Bentham lançou as bases da moderna análise econômica do crime e das penas. Para ele, a pena é uma forma de impor custos à atividade criminal, desestimulando sua prática. Superestimava a possibilidade de amplas reformas sociais através das leis, com a inserção nas pessoas de um espírito de apreço pela coisa pública, o potencial de reabilitação dos criminosos, os efeitos humanizadores da educação e a perfeição da administração pública. (POSNER, 2010, p. 51)

Mas, o pensamento econômico do Direito só começou a ganhar efetiva expressão em 1960, a exemplo das teorias utilitaristas das penas.

Na década de 60, a escola de Chicago, como já visto inseriu diversas noções de economia no estudo do direito, a exemplo dos estudos de Becker.

Mais precisamente no campo da criminologia de cunho etiológico é possível notar a presença de diversos elementos econômicos no estudo do fenômeno criminal, com a utilização de pesquisas quantitativas, taxas e estatísticas procuravam encontrar as causas e o controle da criminalidade.

Em que pese todos estes estudos terem introduzido noções econômicas ao estudo do crime, também objeto do direito penal, não o avaliaram sob a perspectiva de custos e prestações estatais para a sua efetividade.

A estrutura do Direito Penal envolve basicamente a criação de tipos e a cominação de pena. Logo a tutela de direitos, nessa seara, é feita através da coação. A princípio, a sua função está completa com a simples previsão normativa, sem prestações estatais e sem custos.

Contudo, a situação se transforma quando a norma é violada e a ação estatal passa a ser compulsória em busca da punição de seu infrator. Entra nessa seara a discussão sobre a finalidade da pena e as orientações de cunho político-criminal.

Dentre as diversas teorias existentes que justificam a pena, a Legislação Penal pátria transita entre estas sem adotar uma em específico. Ora assume caráter retributivo, ora de prevenção geral, ora de prevenção especial. Partindo-se da premissa de que, na prática, a pena desempenhe todas essas funções, tem-se que a indefinição na opção de uma delas como meio de orientação de ações de política criminal gera a consequente indefinição dos gastos públicos neste campo.

Para quê e quanto custa punir são questões de extrema relevância quando se lida com recursos escassos.

Quando se fala em aplicar Direito Penal, a lesão ao bem jurídico já ocorreu. Não se discute os custos com a prevenção. Esta é competência das definições em âmbito de política de segurança pública.

Assim, em que pese a função declarada de tutela de bem jurídico, a utilização da legislação penal não envolve a proteção destes bens, mas a repressão da conduta que o lesou. Tal constatação tem relevância quando se analisa os custos-benefícios de uma punição.

Se um ordenamento não sabe ao certo porque está punindo, não há como fazer uma avaliação segura da relação custo/benefício. Quando a norma penal é violada, há um titular de bem jurídico que teve seu direito lesionado, os custos com a

punição do agressor, sem uma justificativa dessa punição pode levar a situações esdrúxulas, como a despesa com processo penal e execução penal ser muito superior ao valor do bem tutelado. É possível citar como exemplo crimes contra o patrimônio, furtos e estelionatos de pequenas quantias⁴⁵.

Comumente o que se nota é uma utilização do direito penal como uma fonte inesgotável de recursos. Na lógica da tendência de hipertrofia penal, aumentam-se o período das penas, a quantidade de tipos penais sem a mínima discussão da repercussão de seus custos e conseqüentemente de sua viabilidade. Primeiro faz-se a previsão normativa, depois é que se estuda a viabilidade de implementação. Tal situação origina um paradoxo.

Se a tutela de bens é feita através de coação, do temor de uma sanção, mas se uma vez violada a norma, não é feita a devida coerção no seu agressor, ela passa a ser desacreditada e compromete a própria eficácia simbólica do direito penal. Logo, de nada adianta prever tipos penais que não serão punidos ou medidas penais diversas que não são implementadas.

Assim, é possível afirmar que se preocupar com os custos é uma forma de salvaguardar a própria função coativa da legislação penal, evitando sua excessiva simbolização e conseqüente ineficácia.

Falar em custos penais envolve falar em custos com a execução penal. Quando os recursos são escassos, a discussão torna-se de extrema relevância. Caberia questionar, por exemplo, se vale mais gastar por mês R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para manter uma pessoa presa ou gastar esse mesmo valor para manter um tratamento de saúde.

Os dados divulgados pelo Ministério da Justiça do relatório da Fundo Penitenciário (FUNPEN) informou a previsão orçamentária para 2012 com o sistema prisional, R\$ 311.000.000,00 (trezentos e onze milhões), prevendo gastos, dentre outras coisas, com a modernização e aparelhamento do sistema penitenciário, construção da quinta penitenciária federal de segurança máxima. A mesma previsão orçamentária para 2011 foi de R\$ 98.368.450,54 (noventa e oito milhões trezentos e sessenta e oito mil quatrocentos e cinquenta reais e cinquenta e quatro centavos). Nota-se um aumento de mais de trezentos por cento no gastos com o sistema penal.

⁴⁵ Em contrapartida a este tipo de situação controvertida, ganhou nas duas últimas décadas progressivo espaço tanto na doutrina quanto na jurisprudência a aplicação do princípio da insignificância, cunhado por Zaffaroni, cuja a significância da lesão seria fator de análise da configuração da própria tipicidade da conduta.

Paralelamente, outros sistemas sociais reclamam mais investimentos, como o sistema previdenciário e de saúde, que vem reclamando custos com a sua manutenção face ao envelhecimento da população.

Sabe-se que o custo da execução penal é alto e parece que a sociedade está sempre disposta a arcá-lo, mas isto é feito quando se desconsidera a receita estatal como um todo.

Repensar a utilização do direito penal face aos seus custos é uma exigência prudente de sua própria efetivação e deve ser feito em todas as esferas de Poder. Seja pelo Legislativo na tipificação de condutas e previsão de medidas, seja pelo Executivo na execução de políticas de segurança pública e de execução penal, seja pelo judiciário na observância dos recursos econômicos na aplicação da lei.

4.1.2 A redução dos custos e as hipóteses de Monitoração Eletrônica no ordenamento jurídico brasileiro

Uma vez chegando-se à conclusão de que os custos devem ser considerados na análise e na adoção de uma medida penal, passa-se à verificar se a ME é de fato medida menos custosa ao encarceramento.

Na 7ª Conferência sobre Monitoração Eletrônica organizada pela CEP em 2011, na Europa, um dos documentos produzidos foi a análise de questões acerca do sistema.

O relatório continha em seu sétimo ponto de avaliação traz dados acerca dos custos por dia com o programa arcados por diferentes países europeus. Antes de apresentar a tabela, o relatório explana que não é fácil trazer informações comparativas, pois os países atribuem custos de diferentes formas ao sistema, fornecendo diferentes tipos de informações financeiras. Por conta disso, foram estipulados alguns critérios para a consideração dos custos (PINTO, NELLIS; 2011, p. 06-07). Baseando-se nas informações fornecida pelos países, foi elaborada a seguinte tabela:

Jurisdição	Custo por dia em euros	Fatores incluindo os custos a) economia do uso da prisão b) custo do equipamento e	Tecnologia usada Siglas: - Radiofrequencia (RF) - Sistema de posicionamento
------------	------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------

		instalações c) custo do monitoramento d) outros custos	Global (GPS)
Áustria	22	Custo do trabalho social e do equipamento	RF
Bélgica	38.65	Custo com o material e o pessoal de ME	RF
Dinamarca	75	Custo do equipamento, instalação da monitoração e programas para internados	Telefone móvel e RF
Inglaterra e Gales ⁴⁶	11.67 – adultos 16.46 – jovens		RF e Verificação de Voz
Estônia	3	Custo do equipamento e instalação	RF
França	12	Custo de equipamento, instalação e monitoração	RF
	30	Custo de equipamento, instalação e monitoração	CPS
Alemanha	30	Custo de equipamento, instalação, monitoração e trabalho social	GPS
Irlanda	9	Custo do equipamento, instalação e monitoração	GPS
Luxemburgo	3.8	Custo de equipamento e instalação	RF
Holanda	13.75 ⁴⁷	Custo por dia	RF
	121	Custo de conexão por participante	GPS
Noruega	100	Salários dos empregados, equipamentos manutenção e custos de viagem	RF
Polônia	10.34	Custos Administrativos	RF
Portugal	17.79	Economia do uso da prisão, custo do equipamento,	RF

⁴⁶ Custos calculados em uma média geral baseada em 90 dias de restrição, excluindo violação

⁴⁷ Para custar esse valor, a Holanda contabilizou o custo de registro do participante. Por visita em caso de reparo/mudança, custa 107.50 euros, 16.000 euros por mês no centro de emergência; em GPS, o governo compra ao equipamento ao custo de 2349 euros, mais o pagamento pela prestação do serviço no valor de 5167 anual.

		instalação e monitoração	
Escócia	3500 ⁴⁸	Custo do equipamento e monitoração	RF
Catalônia (Espanha)	267.516 ⁴⁹	Custos economizados com a prisão, custo do equipamento, instalação e monitoramento	RF, GPS e Verificador de Voz
Suécia	3.45	Custos do equipamento e instalação	RF

(Tabela 3: tabela dos custos do sistema de ME em cada país europeu montada pela CEP, na 7ª Conferência Internacional sobre vigilância eletrônica, segundo as informações governamentais)

Pela tabela exposta, é possível tirar algumas conclusões. A primeira é que a tecnologia mais utilizada nos países europeus é a radiofrequência. A segunda é que ela tem um custo operacional menor em relação ao GPS⁵⁰. A terceira é que há uma variação considerável de preço entre os países, o que reporta também para a valoração de cada governo do que seria ou não custo com o sistema. Um exemplo seria a Estônia, cujo dia de monitoração é o mais barato, mas considerou apenas o custo com o equipamento e a instalação, não foram observadas outras despesas da monitoração, como a manutenção da central de monitoramento (funcionários e equipamentos). Logo, o que se pode concluir é a confirmação da ideia inicialmente exposta, que os custos com a Monitoração Eletrônica são relativos tanto em relação à avaliação de cada país do que seriam custos, bem como em face dos usos do sistema e do tipo de tecnologia utilizada.

Essa relativização de custos deve ser levada em consideração na avaliação custo-benefício da implantação da ME, devendo-se atentar para quais elementos estão sendo considerados neste cálculo, de modo a se evitar equívocos, na medida em que poderia se considerar um valor de monitoração para justificar a implantação e os gastos públicos serem bem maiores.

No Brasil, não há dados disponíveis em sítios eletrônicos oficiais sobre os gastos com o sistema. Os projetos-pilotos são desenvolvidos a nível estadual. Alguns sítios eletrônicos de notícia, trazem reportagem informando que alguns

⁴⁸ O Governo escocês informou que eles só poderia apontar a média de custo por seis meses

⁴⁹ Indicou o custo por ano com Verificação de Voz, GPS e RF.

⁵⁰ Em regra a monitoração via radiofrequência é utilizada para fins de detenção domiciliar, seja em período integral ou parcial.

governos estaduais alugam o dispositivo de empresas, pagando média um valor mensal que varia entre R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a R\$ 1000,00 (mil reais)⁵¹.

Já os custos mensais com um preso também variam conforme a penitenciária e os serviços que elas oferecem. Um presídio de segurança máxima, por exemplo, tem gastos bem maiores do que um presídio convencional. De acordo com o Ministério da Justiça, o custo per capita mensal, nas 1.420 penitenciárias estaduais do país, é em média de R\$ 1.800 (mil e oitocentos reais) (DEPEN, 2008).

Logo, baseando-se nestes dados, a princípio seria possível concluir que é mais barato monitorar do que prender. Entretanto, essa simples conclusão não implica necessariamente em economia para o sistema de execução penal. É necessário saber, como já dito, se a ME está sendo utilizada alternativamente ao cárcere.

No Brasil, há três hipóteses de uso do sistema: saída temporária em regime semiaberto, prisão domiciliar e medida cautelar processual.

Destas hipóteses pode-se observar, desde logo, que saída temporária em regime semiaberto implica no aumento significativo de custos para o sistema de execuções. Um benefício que antes era concedido sem gastos para o Estado, agora passa a contar com as despesas da Monitoração Eletrônica⁵². Frise-se ainda que ela não é um alternativa à prisão, pois nem retira e nem impede o ingresso de pessoas no sistema carcerário. É interessante observar que os projetos-pilotos no Brasil foram previstos para executados nesta modalidade, dificultando a sustentação desta justificativa de caráter econômico. Logo, a redução de custos não pode ser invocada para justificar a adoção da ME nesta hipótese. Tal argumento caminhará em sentido contrário, na medida em que implica no aumento dos custos com o sistema penal.

No caso de prisão domiciliar, a ME vem com os mesmos contornos da saída temporária. Antes a medida era executada sem vigilância direta do Estado, ou seja sem custos, e passa a ser prevista com o uso dos equipamento de Monitoração, implicando também no aumento de despesas.

⁵¹ “PB está entre os poucos Estados que já utiliza o monitoramento dos presos por meio de tornozeleiras”. Notícia disponível em <<http://www.paraiba.com.br/2011/07/04/88968-pb-esta-entre-os-poucos-estados-que-ja-utiliza-o-monitoramento-dos-presos-por-meio-de-tornozeleiras>>. Acessado em 12.02.2013.

⁵² Outro dado interessante é que a Lei 12.258/2010 inseriu os §§ 1º e 3º no artigo 124 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), exigindo o cumprimento de algumas obrigações para a concessão do benefício antes não previstas, fato que evidencia um aumento do rigor penal no deferimento da medida.

No que se refere à ME como medida cautelar substitutiva da prisão processual, vislumbra-se, a princípio, a redução de custos, pois neste caso há efetivamente a substituição da prisão pela monitoração. Entretanto, ainda assim deve-se atentar para a utilização judicial deste recurso, pois não será em todo caso que a ME poderá substituir uma prisão preventiva e esse sistema ainda corre o risco de abarcar pessoas que não seriam presas cautelarmente⁵³, fato que reforça a exigência de fiscalização da aplicação da ME nestes casos.

A segunda etapa da análise dos custos reclama saber se as vagas desocupadas pelos monitorados não estariam sendo preenchidas por outros indivíduos, circunstância que denotaria, na avaliação global dos custos com o sistema de execução penal, um aumento da despesa, pois Estado arcaria com a manutenção dos dois sistemas.

Pelo exposto, foi visto que apenas na hipótese de ME como medida processual cautelar, ela substitui a prisão, mas verificar como as vagas desocupadas estariam sendo preenchidas e se haveria uma redução dos gastos globais do sistema com a não construção de novos presídios só será possível com a análise da utilização prática do instituto. De todo modo, tais consequências devem ser de logo observadas na avaliação dos custos com a ME.

Outro ponto interessante a ser observado é a escolha da operacionalização tecnológica da vigilância. A tabela exposta evidencia que a opção pela radiofrequência é a menos custosa. Entretanto, ela seria indicada, como já dito, apenas para casos de detenção domiciliar em período parcial ou integral. Logo, confrontando essa possibilidade com as hipóteses de utilização do sistema de monitoração no Brasil, ela poderia ser escolhida para os casos de prisão domiciliar e medida cautelar substitutiva da prisão com a imposição de recolhimento domiciliar em tempo parcial ou integral. Já no caso da saída temporária, como há a imposição de satisfação de algumas obrigações impostas pelo juiz previstas no § 1º do art. 124 da LEP, como a proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres, reclamaria a imposição de uma zona de restrição de acesso do monitorado a certos ambientes urbanos, bem como a consequente vigilância permanente de sua localização, fato que exige a operacionalização da ME via

⁵³ Esse tipo de ação se encaixaria na tendência político criminal de expansão da rede de repressão do Estado. Como a ME oferece uma terceira alternativa menos gravosa que a prisão e mais rigorosa do que deixar o acusado em liberdade, poderia servir para permitir o controle estatal sobre pessoas que estariam em liberdade.

sistema GPS, circunstância que encarece ainda mais a utilização da monitoração eletrônica nestes casos.

Essa análise de operacionalização tecnológica ainda reclama o enfrentamento com a realidade brasileira, ou seja, das circunstâncias sociais daqueles que serão submetidos ao sistema, questão que será analisada junto com a possibilidade ou não do monitorado arcar com parte dos gastos da monitoração.

Um ponto que deve ser discutido na avaliação dos custos e não exposto nos dados apresentados na tabela exposta é se o monitorado arca com parte deles. A tabela indica apenas os gastos dos respectivos governos. Entretanto, alguns países como Estados Unidos e França possuem essa sistemática operacional. Esse tipo de prática poderia ser pensada no Brasil frente à realidade do seu sistema carcerário? A resposta a esta questão envolve saber quem são os usuários desse sistema.

As informações constantes dos Dados Consolidados do DEPEN de 2008⁵⁴, indicam que a população carcerária é preenchida em sua maioria por crimes contra o patrimônio. Apenas furtos, roubos e latrocínio somam uma percentagem de 49% (quarenta e nove por cento) da população masculina encarcerada no país, tanto no ano de 2008, quanto no de 2009. Outra espécie de crime que ocupa parcela significativa das vagas em penitenciárias são os ligados ao tráfico de entorpecentes, chegando a 19% (dezenove por cento) em 2008 e a 20% (vinte por cento) em 2009. Já a população carcerária feminina, que representa proporcionalmente menos de 10% (dez por cento) da masculina em presídios⁵⁵, tem a maior parte de suas vagas preenchidas por envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes, 59% (cinquenta e nove por cento), tanto em 2008 quanto em 2009. Roubo e furtos somam juntos 22% (vinte e dois por cento) em 2008 e 20% (vinte por cento) em 2009.

A escolaridade das pessoas submetidas ao sistema carcerário indica que, em 2008, dos 451.219 (quatrocentos e cinquenta e um mil duzentos e dezenove), 172.926 (cento e setenta e dois mil novecentos e vinte e seis mil) possuíam o ensino fundamental incompleto, enquanto apenas 3.718 (três mil setecentos e dezoito) tinham o nível superior incompleto e 1.705 (mil setecentos e cinco) com nível

⁵⁴ Informação disponível no sitio eletrônico do Ministério da Justiça, no endereço: <<http://portal.mj.gov.br>>, acessado em 19.02.2013.

⁵⁵ Enquanto a população masculina em 2008 chegava a 422.565 (quatrocentos e vinte e dois mil quinhentos e cinquenta e cinco) presos, a feminina era de 28.654 (vinte oito mil seiscentos e cinquenta e quatro). Já em 2009, a masculina era de 442.225 (quatrocentos e quarenta e dois mil duzentos e vinte e cinco) presos e a feminina contava com 31.401 (trinta e um mil quatrocentos e um) encarceradas. Informações também disponibilizadas pelo Ministério da Justiça, no endereço: <http://portal.mj.gov.br>.

superior completo. Em 2009, essa realidade se manteve, não existindo alterações significativas no perfil apresentado em 2008. Dos 473.626 (quatrocentos e setenta e três mil seiscentos e vinte e seis), a grande maioria, 178.540 (cento e setenta e oito mil quinhentos e quarenta), possuía apenas o ensino fundamental incompleto, em contrapartida com uma pequena parcela que tinha nível superior incompleto, 2942 (dois mil novecentos e quarenta e dois), e completo, 1715 (mil setecentos e quinze) presos.

Estes dados revelam que o foco das instâncias formais de controle social (polícia, Ministério Público e judiciário) é a criminalização de condutas voltadas para a proteção patrimonial e que os indivíduos objeto de seleção desse sistema possuem pouco nível de escolaridade, conseqüentemente tem maior dificuldade em se inserirem no mercado de trabalho formal, logo, possuem baixa renda. Diante dessas informações, seria inviável cobrar do monitorado qualquer custo para a manutenção do sistema, pois ele sequer pode arcar com as despesas de sua própria subsistência. Assim, a ME no Brasil deve, em regra, ser arcada integralmente pelo Estado, considerando as condições sociais dos possíveis monitorados.

Esses dados também devem ser considerados na escolha da tecnologia. Foi dito que a radiofrequência é a mais barata, contudo ela necessita, em regra de linha telefônica fixa, e seu sistema baseia na fixação de uma zona de circulação do indivíduo, geralmente coincidente com os perímetros de sua residência. No Brasil, onde as casas das pessoas que ocupam a grande parte do sistema penitenciário são construídas com menos de 50m² (cinquenta metros quadrados) e não possuem linha fixa, essas circunstâncias trazem desafios operacionais à adoção deste tipo de tecnologia, tornando-se mais cômoda a opção pelo GPS, que por outro lado implica em maiores gastos.

Por todo o exposto, conclui-se que, em que pese a justificativa da implantação da Monitoração Eletrônica se fundamentar na redução de custos, atualmente, o Brasil vem caminhando em sentido inverso, qual seja, no aumento de despesas com o sistema de execução penal.

Já foi dito que houve um crescimento de previsão orçamentária em torno de trezentos por cento em apenas um ano, de 2011-2012, segundo dados do Infopen⁵⁶. Assim, de acordo com os dados da InfoPen de 2011, dos R\$ 311.000.000,00

⁵⁶ Informação disponível no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, no endereço: <<http://portal.mj.gov.br>>, acessado em 19.02.2013.

(trezentos e onze milhões) previstos para os gastos com o sistema carcerário, R\$ 200.040.000,00⁵⁷ (duzentos milhões e quarenta mil reais), mais de cinquenta por cento, é previsto para o apoio a construção de novos estabelecimentos penais estaduais. Observa-se, portanto, que em que pese o discurso de redução de custos para a adoção da ME, o que de fato, se verifica é uma tendência a aumentar os gastos com o sistema prisional.

O informativo da FunPen de 2011 também indica que no orçamento de 2012, R\$ 3.800.450,00 (três milhões, oitocentos mil, quatrocentos e cinquenta reais) estão reservados para a implementação da Monitoração Eletrônica. No ano de 2013, foram previstos gastos em torno de R\$ 4 milhões de reais⁵⁸. Das três hipóteses de utilização da ME previstas no Brasil, apenas uma seria capaz de gerar corte de despesas (medida cautelar substitutiva de prisão processual), as demais implicam em significativo aumento (saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar).

Todas as circunstâncias aqui expostas devem ser pensadas nas escolhas das hipóteses de escolha da ME e na própria viabilidade da adoção do sistema de Monitoração no Brasil. É necessário pensar o direito penal sob o prisma da eficiência econômica, pois o desperdício de recursos leva ao descrédito nas instituições públicas e a disfuncionalidade do próprio Direito Penal.

4.2 DIMINUIÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

O principal argumento para a implantação de um sistema de Monitoração Eletrônica é a necessidade de reduzir a população carcerária. A grande maioria da produção literária brasileira sobre o tema, antes de apresentar o instituto e de se posicionar a favor ou mesmo contra a adoção da ME trazem uma longa história sobre as mazelas do cárcere e da caótica situação em que se encontram os presídios no Brasil.

As mazelas e os efeitos deletérios do cárcere são realidades conhecidas há muito tempo e são justificativas para a busca de qualquer tipo de medida alternativa, dentre elas a ME.

⁵⁷ Para a produção de pesquisas e dados sobre o sistema penitenciário e execução penal foi destinado apenas a renda de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

⁵⁸ Conforme informação prestada pelo Ministério da Justiça em consulta realizada através do sistema de acesso à informação, cuja documentação segue anexa.

Como já visto, a necessidade de diminuição da população prisional foi a razão pela qual o sistema de ME teve seu uso popularizado nos Estados Unidos, bem como expandido por diversos países do mundo.

Logo, a premissa que se deve fixar por ora é que para que a ME seja capaz de reduzir a população carcerária, ela deve substituir a prisão. Dentro dessa premissa, desenvolvem-se dois raciocínios, um de ordem prática, com base na análise nas hipóteses de utilização do sistema, e outro de ordem teleológico penal, cuja investigação debruça sobre a possibilidade da ME ser capaz de substituir, de fato, a prisão.

O raciocínio de ordem prática é mais simples e pode ser constatado pela observação das hipóteses legais de monitoração. Na parte em que se discutiu a redução de custos, foi visto que, no Brasil, apenas a ME utilizada como medida cautelar substitutiva é alternativa à prisão. Logo, é possível concluir que a prisão domiciliar⁵⁹ e a saída temporária em regime semiaberto não sustentam a argumentação de redução de população carcerária.

O segundo raciocínio leva em consideração o conflito entre o discurso de redução de população carcerária e a manutenção da realidade de hipertrofia do sistema prisional em países que adotaram o sistema, gerando a dúvida se a ME seria, uma medida alternativa ao sistema prisional ou coadjuvante.

4.2.1 Monitoramento Eletrônico: medida alternativa ou coadjuvante?

Os Estados Unidos foi o pioneiro a adotar a prática monitoração de infratores e possui a maior população carcerária do planeta. De acordo com os dados do *International Centre for Prison Studies*⁶⁰, divulgados em janeiro de 2009, os Estados Unidos possuía cerca de 2.193.798 (dois milhões cento e noventa e três mil setecentos e noventa e oito) presos, estando com 107.6% (cento e sete ponto seis por cento) de suas vagas prisionais ocupadas. O Brasil ficou com a quarta colocação, com 371,482 (trezentos e setenta e um mil quatrocentos e oitenta e dois) presos, estando com o 150.9 (cento e cinquenta ponto nove) por cento de suas

⁵⁹ Neste caso, a prisão domiciliar como não teve suas hipóteses estendidas no Brasil, acabou não sendo medida substituta ao cárcere.

⁶⁰ Informação disponível no site do International Centre for Prison Studies, endereço eletrônico <<http://www.prisonstudies.org>>, em forma de relatório. Tabela nesta formato disponível no site de notícia da BBC em <<http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/uk/06/prisons/html/nn2page1.stm>>, acessado em 26.03.2013

vagas preenchidas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, Rússia e China, conforme a tabela abaixo:

País	População prisional	População por 100 mil hab	Percentual de ocupação do sistema carcerário %	Percentual de presos provisórios %	Percentual da população carcerária feminina%
ESTADOS UNIDOS	2,193,798	737	107.6	21.2	8.9
UCRÂNIA	162,602	350	101.3	19.5	6.1
TURQUIA	65,458	91	77.4	47.7	3.3
ÁFRICA DO SUL	158,501	334	138.6	27.5	2.1
ESCÓCIA	6,872	134	107.5	21	4.4
RUSSIA	874,161	615	79.5	16.9	6.8
POLÔNIA	89,546	235	124.4	16.8	3
NIGERIA	40,444	30	101.5	64.3	1.9
HOLANDA (PAÍSES BAIXOS)	1,375	79	91.5	37.4	2.2
MEXICO	214,450	196	133.9	43.2	5
KENIA	47,036	130	284.3	45.6	42
JAPÃO	79,052	62	105.9	14.7	5.9
INDIA	332,112	30	139	70.1	3.7
INGLATERRA/GALES	80,002	148	112.7	16.4	5.5
CHINA	1,548,498	118	N/A	N/A	4.6
BRASIL	371,482	193	150.9	33.1	5.4
AUSTRALIA	25,790	125	105.9	21.6	7.1

(Tabela 4: tabela dos países com as maiores populações carcerárias do mundo, montada pela BCC-Londres, baseando-se em informações do International Centre of Prison Studies)

A observação desta tabela revela um dado curioso, dos dezessete países acima listados que possuem a maior população carcerária do planeta, sete já utilizavam o sistema de Monitoração Eletrônica à época da pesquisa, Estados Unidos, Escócia, Polônia, Holanda, México, Inglaterra e Austrália⁶¹. Destes, quase todos, salvo a Holanda, estavam com a população prisional acima da capacidade do sistema prisional.

Uma investigação inicial desse fenômeno poderia remeter à verificação se esses países estariam usando a ME como substituta da prisão.

Os Estados Unidos, conforme exposto na segunda parte deste trabalho, utiliza o sistema na liberdade condicional, SURSI penal, execução de prisão

⁶¹ Dos dez países restantes, três deles posteriormente adotaram a vigilância: a Turquia em 2011, a Ucrânia em 2012, o Brasil em 2010 e a África do Sul em 2011.

domiciliar, sendo esta prevista em hipóteses de substituição da prisão convencional. Logo, o ME é um substituto da prisão, fato que faz descartar a primeira hipótese dessa investigação, para este caso.

No tocante aos demais países, de acordo com as informações contidas na Tabela 2 da análise de questionários, documento apresentado na 7ª Conferência Europeia de Monitoramento Eletrônico indica que a Escócia desenvolve programas de *front door* desde 1998, iniciando *back door* em 2006, e *pre-trial, bem como outros usos* em 2005. A Polônia iniciou projetos de *front door* em 2009. A Inglaterra já utiliza o sistema desde 1995, na variação *front door*, em 1999, ampliou para as hipóteses de *back door*, em 2002, para programas de *pre-trial*, e em 2004, diversificou o uso em outras hipóteses. A Holanda utiliza o sistema tanto na variante *front* quanto *back door* desde 1995, via sistema de radiofrequência, adotando o sistema por GPS, em 2005 e 2010, respectivamente (PINTO, NELLIS; 2011, p. 03).

Na Austrália, o sistema é adotado desde 2004, em programa de detenção domiciliar substitutivo da prisão, por um período de até um ano (LEAL; 2012, p. 97)

Outra tabela também elaborada pela *British Broadcasting Corporation* (BBC) com base em informações do *International Centre of Prison Studies* sobre a população carcerária europeia em 2009 revela que quase todos os países europeus possuíam população carcerária acima da capacidade do sistema prisional. Destes, apenas a Finlândia não adotava a Monitoração Eletrônica.

País	População prisional	População por 100 mil hab	Taxa de ocupação carcerária %	Presos provisórios%	Mulheres presas %
INGLATERRA/GALES	80,002	148	112.7	16.4	5.5
ALEMANHA	77,166	94	96.5	17.1	5.3
ESPANHA	63,991	144	129.5	23.5	8
ITÁLIA	61,721	104	131.5	35.9	4.8
FRANÇA	52,009	85	109.9	31.5	3.6
PAÍSES BAIXOS (HOLANDA)	21,013	128	95.6	30	8.7
PORTUGAL	12,765	120	103.7	23.8	7
BÉLGICA	9,597	91	110.6	37.2	4.2
ÁUSTRIA	8,766	105	107.2	22.6	5.3
SUÉCIA	7,450	82	102.7	20.3	5.2
ESCÓCIA	6,872	134	107.5	21	4.4
SUIÇA	6,111	83	93.4	39	5.4

FINLÂNDIA	3,954	75	112.4	11.6	6.3
NORUEGA	3,048	66	92.1	15.9	4.8
IRLÂNDIA	1,375	79	91.5	37.4	2.2

(Tabela 5: tabela dos países europeus com as maiores populações carcerárias, montada pela BCC-Londres, baseando-se em informações do International Centre of Prison Studies)

Tais informações levam à conclusão de a utilização do ME, mesmo como meio alternativo ao cárcere, não é capaz de desafogar o sistema prisional. Esse fato leva a outra conclusão, a de que as vagas desocupadas pelo sistema de ME foram preenchidas por outros indivíduos.

Curioso notar que esta é um destino comum das medidas penais alternativas. A história se repete. O sistema prisional está superlotado, a superlotação impede a absorção de novos indivíduos, gera uma crise na segurança pública e iniciam-se as campanhas de incentivo a busca por medidas alternativas ao cárcere. Elas são pensadas, inseridas no ordenamento, postas em prática, mas paradoxalmente o sistema prisional continua sobrecarregado.

Esse tipo de prática fomenta uma política criminal de “enxugar gelo”. Em verdade, nunca vão desafogar o sistema prisional, porque as eventuais vagas desocupadas por alguma medida penal alternativa são preenchidas por nova clientela penal. Assim, tornar-se importante investigar por que as medidas alternativas não conseguem resolver o problema ao qual elas se propuseram, desafogar o sistema prisional. A resposta a este questionamento perpassa pelo raciocínio a seguir exposto.

4.2.1.1 Restaurando a coerência do sistema penal por uma incoerência: o caso das medidas alternativas

Desde 2000, o Governo brasileiro desenvolve política de estímulo a práticas de medidas alternativas penais, com surgimento do Centro Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas – CENAPA. Dez anos depois, o sistema carcerário continua operando muito acima de sua capacidade. Dados do DEPEN⁶² informam que a população carcerária no Brasil era de 496.251

⁶² Informações disponíveis em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D¶ms=itemID=%7B598A21D8-92E4-44B5-943A-0AEE5DB94226%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>, acessado em 15.02.2011.

(quatrocentos e noventa e seis mil duzentos e cinquenta e um) presos, estando um déficit de 164.624 (cento e sessenta e quatro mil seiscentas e vinte e quatro) vagas.

Diante da situação, infere-se que as medidas alternativas penais não foram capazes de reduzir a população carcerária. Curiosamente, a superlotação fomenta a busca por mais medidas alternativas.

Em 24 de novembro de 2011, o Ministério da Justiça criou, através da Portaria nº 2.594, a Estratégia Nacional de Alternativas Penais – ENAPE, com o objetivo de fomentar a política e a criação de estruturas de acompanhamento à execução das alternativas penais nos Estados e Municípios. Dispõe o art. 2º da referida Portaria que a ENAPE será coordenada pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, garantida a intersetorialidade.

O art. 3º elenca o que se consideram medidas alternativas para os fins da Portaria: transação penal, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena privativa de liberdade, penas restritivas de direitos, conciliação, mediação, programas de justiça restaurativa realizados por meio dos órgãos do sistema de justiça e por outros mecanismos extrajudiciais de intervenção, medidas cautelares diversas da prisão⁶³ e medidas protetivas de urgência.

Vislumbra nesta situação que as ações de política criminais traçadas dentro da mesma tendência, no caso, a busca pela eficácia dos procedimentos penais são integradas ao sistema, alcançam sua operacionalidade prática, mas não conseguem resolver o problema que instigou a sua busca.

A razão da frustração do propósito destas medidas alternativas penais está na real funcionalidade delas dentro do sistema penal.

As medidas consideradas alternativas pelo ordenamento jurídico brasileiro são previstas genericamente em duas hipóteses, crimes de médio e de menor potencial ofensivo. Nunca são previstas para as hipóteses de crimes de maior potencialidade ofensiva, sob o argumento de que para às condutas graves, devem-se reservar as sanções graves, no caso, a prisão, de modo a preservar as funções da pena (prevenção geral, prevenção especial e ressocialização) nas situações de graves violações ao bem jurídico.

⁶³ Dentre elas, está prevista a Monitoração Eletrônica. As medidas cautelares diversas da prisão foram inseridas no CPP pela Lei 12.403/2011

Ocorre que este discurso, em verdade, encobre situações de incoerência do sistema penal, tanto no tocante à sua legitimação quanto à proporção entre agressão ao bem jurídico e sua respectiva sanção.

No intuito de apontar essas incoerências e entender a funcionalidade das medidas alternativas ao sistema prisional, propõe-se primeiramente o questionamento da própria lógica de classificação dos crimes em menor, médio e grande potencial ofensivo, para posteriormente compreender o porquê desse discurso de monopólio prisional da tutela das condutas de maior potencial ofensivo, e qual o seu propósito.

4.2.1.1.1 A (i)lógica da classificação das condutas penais baseadas em sua potencialidade ofensiva

A classificação dos tipos penais segundo a potencialidade ofensiva obedece a critérios estabelecidos pela dogmática penal. É objetivamente feita de acordo com a pena cominada in abstracto à conduta criminal. Logicamente, às condutas consideradas mais graves são reservadas as mais longas e rigorosas penas (em geral, reclusão). Na maioria dos sistemas criminais ocidentais⁶⁴, aos crimes considerados de maior potencialidade ofensiva não se reservam alternativas ao processo penal formal. A partir desta constatação, surgem diversas questões em torno do tema, como quais fatores levam à valoração de uma conduta criminal como grave, como é possível quantificar (em termos de pena privativa de liberdade) a lesão a um bem jurídico e por que não há alternativas penais às ofensas consideradas graves.

Partindo da noção da própria dogmática penal, que entende direito penal como instrumento de ultima ratio das soluções de conflito, as condutas dignas de tutela penal devem causar um dano para o núcleo social, mas nem todas as condutas que causam danos sociais devem ser objeto do Direito Penal, pois ele necessariamente só deve incidir quando os outros ramos do direito falharem. Se a tutela dos bens jurídicos não é exclusividade penal, só pode merecê-la uma ação capaz de expor a lesão ou lesionar gravemente bens jurídicos. Seguindo tal lógica,

⁶⁴ Os sistemas penais europeus e americanos partem de referenciais teóricos similares, com fortes influências de ideologias iluministas.

seria redundante então se falar em crime de maior potencial ofensivo, pois todos os tipos penais pressuporiam grande ofensa ao bem jurídico.

Comumente, classificam-se os tipos penais de acordo com o quantum de pena privativa de liberdade cominado. De acordo com a legislação brasileira, os crimes são considerados:

A) De menor potencialidade ofensiva: pena máxima em abstrato não superior a dois anos, passíveis de transação penal.

B) De médio potencial ofensivo: pena máxima superior a dois anos e inferior a quatro anos, e a mínima inferior ou igual a um ano, passíveis de suspensão condicional do processo.

C) De maior potencial ofensivo: pena máxima superior a quatro anos, e mínima superior a um ano, não passível de aplicação de transação pena e/ou suspensão condicional do processo.

Se a ofensividade da conduta é baseada no quantum de pena privativa de liberdade, como é possível então quantificar em anos de prisão a ofensa a um bem jurídico?

A resposta a tal questionamento pressupõe uma breve análise da função da pena, intimamente ligada à funcionalidade do direito penal⁶⁵. Entender para que serve a sanção penal é ponto inicial na tentativa de se compreender como é feita a valoração das condutas criminais segundo a potencialidade lesiva.

Dentre os diversos enfoques possíveis em torno da funcionalidade da pena, partindo do recorte acima dado na definição de uma finalidade para o sistema penal, aqui também se seguirá a análise partindo das justificativas desenvolvidas na dogmática penal para a existência da pena.

Para Roxin, as teorias sobre os fins da pena tentam responder à seguinte questão: de que maneira deveria surtir efeito a pena para cumprir com a missão do direito penal? (1997, p. 81).

As respostas dadas ao longo dos séculos são sintetizadas em duas (ou mesmo três) teorias fundamentais: as absolutas, ligadas a fundamentos retributivos; e as relativas, que se subdividem em prevenção geral e especial (DIAS, 2004, p.42).

As teorias absolutas são assim chamadas porque atribuem à pena um fim desvinculado de seu efeito social. Kant, defendendo o caráter retributivo da pena,

⁶⁵ A finalidade da sanção em um sistema penal indica se ele está ou não em concordância com a justificativa de sua existência.

entendia que as leis penais são imperativos categóricos e uma vez violadas, seu agressor deveria receber o mesmo mal que cometeu (baseado na lei de talião). A função da pena consiste na realização da justiça (JAKOBS, 1997, p. 21).

Hegel, também retributivista, interpretava o delito como negação do direito e a pena como a negação dessa negação, que seria capaz de restabelecer o direito (ROXIN, 1997, p. 83).

Tanto Kant quanto Hegel rechaçavam qualquer finalidade utilitarista da pena, pois entendiam que o homem não pode ser considerado instrumento a serviço dos demais.

Para as teorias retributivistas, a pena desde tempos remotos corresponde a um sentimento geral comunitário de expiação do mal causado pelo crime. Sua essência consiste estritamente na reparação, expiação ou compensação do mal, embora possa ter efeitos colaterais socialmente relevantes como a intimidação à prática de crimes, neutralização dos agentes e até mesmo ressocialização (DIAS, 1999, p. 91).

Já para as teorias relativas, a pena, embora seja um mal, é essencialmente instrumento de político-criminal. Deve necessariamente ter uma finalidade, e no caso de política criminal tal fim deve ser a prevenção de crimes (DIAS, 2004, p. 48).

A pena pode ser entendida como instrumento de prevenção especial. Sob este enfoque a pena consiste unicamente em fazer o autor de um delito desistir de cometer futuros delitos. A pena intimida o autor a cometer novos delitos e o preserva da reincidência mediante sua correção (ROXIN, 1997, p. 86).

Pode também ser entendida como instrumento de prevenção geral. É um modelo de pena que consiste em exercitar no reconhecimento da norma. A missão da pena é fazer desistir potenciais autores de delitos, na medida em que todo cidadão está ciente de que à infração se seguirá um mal maior que aquele causado (JAKOBS, 1997, p.26).

Na visão de Figueredo Dias (1999, p. 99)., a atuação estatal sobre a generalidade das pessoas tem uma dupla perspectiva. Além de intimidar as pessoas através da promessa de um mal, ela também serve para manter e reforçar a segurança que a comunidade deposita no Estado.

Dentre as diversas finalidades sugeridas pelas teorias da pena, a maioria dos doutrinadores não aceita a pena como fim meramente retributivista. Para Roxin,

a pena serve exclusivamente para fins de prevenção geral e especial, embora a seja utilizado o princípio da culpabilidade como limite de aplicação de pena.

Entende-se que sustentar o retributivismo é inadequado e incompatível com o sentido da intervenção penal num Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Figueredo Dias, (1999, p. 94):

o Estado democrático, pluralista e laico de nossos dias não se pode arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta.

Aceitar uma finalidade preventiva geral e especial da pena significa nortear a política criminal nesse sentido. Quando se fala em prevenção geral, sobretudo a negativa, a estipulação de um quantum penal para determinada conduta deve ser apto a coibir as pessoas de cometerem delitos. A lógica é que o mal da pena seja maior do que o mal causado pela ação. Desse modo, o legislador atribui uma quantidade de pena à conduta baseado na valoração do mal que ela causa.

É justamente nesse processo de valoração que reside a discussão aqui proposta.

Quando o legislador do Código Penal Brasileiro entendeu que para a ação de matar alguém, o autor estará sujeito a pena privativa de liberdade de 6 (seis) a 12 (doze) anos, em sua forma simples, significa dizer, pela lógica da prevenção geral, que ele entende ser uma vida humana menos valiosa do que uma reclusão de até 12 (doze) anos. E que a promessa desse mal, irá intimidar as pessoas a cometer novos homicídios pela promessa de um mal maior do que causou.

Pôr em números uma lesão a bem jurídico, justificando apenas prevenir condutas delitivas, poderia levar a se considerar, em termos de eficácia, penas privativas de liberdade perpétuas. Mas sob o aspecto da prevenção especial, tal promessa não seria viável, eis que o indivíduo seria apenas neutralizado, jamais ressocializado. Assim, têm-se necessárias tais limitações temporais na busca de tal fim.

Justificado o porquê dos limites temporais, ainda não está respondida a questão de como essa valoração é feita, ou seja, por que, por exemplo, um homicídio tem pena de seis a doze anos de reclusão, roubo tem de quatro a dez

anos de reclusão e aplicação irregular de verbas públicas tem de um a três anos de detenção.

A princípio, pode se responder que às condutas consideradas graves são dadas as maiores penas. Insta-se saber, então, como é possível considerar uma conduta grave.

Partindo da lógica da finalidade do direito penal de garantir a convivência harmônica e pacífica dos indivíduos e que o direito penal só deve intervir para garantir essa finalidade quando a ação gerar uma danosidade social irremediável pelos outros ramos do direito, seria possível afirmar, como já dito, que toda conduta tipificada é considerada grave pelo legislador.

Fato é que algumas são consideradas mais graves que as outras através da avaliação de sua danosidade social.

Partindo do exemplo do crime de homicídio e de lesão corporal, suponha-se uma situação A, em que um jovem de dezoito anos foi vítima de lesão corporal e ficou paraplégico. E uma segunda situação B, em que a vítima de homicídio foi um indivíduo que frequentemente ameaçava de morte as pessoas de uma comunidade de morte. A princípio, pela pura quantificação legislativa, o primeiro caso é considerado menos grave do que o segundo. O autor do primeiro delito estará sujeito a uma pena de dois a oito anos, enquanto o segundo estará submetido de seis a doze anos de prisão.

Nestes exemplos, questiona-se: a lesão ao bem jurídico integridade física e vida foi mais danosa em que caso e para quem? Se a finalidade é a busca pelo convívio harmônico, então o caso B revela-se muito menos danoso, embora trate-se de um homicídio, do que o caso A, que se trata apenas lesões corporais, ainda que gravíssimas. No primeiro caso o juiz pode fixar a pena máxima (oito anos) e no segundo fixar a mínima (seis anos).

Assim, vislumbra-se que a gravidade de uma conduta tipificada não é medida, como comumente se faz, pela quantidade de pena, mas pela circunstâncias do caso (as pessoas envolvidas, suas diferentes percepções sobre o fato criminoso e as consequências por ele geradas).

A quantificação da pena é política criminal que parte do aleatório, da percepção do legislador, ficticiamente projetada como a percepção da comunidade.

Se é função do direito penal assegurar o convívio harmônico, deve-se levar em consideração na avaliação da gravidade da conduta, a percepção da

comunidade que foi atingida por ela. Se também é função do direito penal garantir o livre e pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a percepção do fato por esse indivíduo é também fundamental para se definir a gravidade e a danosidade dessa conduta.

Baseando-se nessa ideia é que se chega a conclusão de não haver sentido em classificar o grau de ofensividade do bem jurídico unicamente por um critério abstrato. Primeiro, porque toda conduta típica necessariamente deveria ser considerada de grande potencial ofensivo. Segundo que se o quantum da pena atribuída ao fato leva em consideração o bem jurídico em si e a conduta em abstrato, a quantidade de pena deve ser apenas um ponto inicial de valoração do grau de ofensividade da conduta, pois não é apta a captar as circunstâncias do caso concreto.

Pelo exposto, nota-se que a valoração da gravidade da conduta é essencialmente casuística e varia conforme os significados a ela atribuídos por cada um dos sujeitos envolvidos no conflito.

A conclusão aqui exposta remete a duas ideias. Primeira que, se não há sentido classificação in abstrato da conduta penal, então as medidas ditas alternativas poderiam alcançar qualquer situação in abstrato do sistema, só devendo ser limitada a aplicação pelas especificidades do caso concreto. Segundo, que é um contrassenso existirem figuras penais de menor potencial ofensivo, pois contraria a própria lógica funcional-simbólica do direito penal (instrumento de ultima ratio), devendo ser reservada a tipificação penal às condutas graves.

4.2.1.1.2 A tipificação de condutas de menor potencial ofensivo como fruto das ações político criminais de hipertrofia legislativa

A criação de tipos de médio e de menor potencial ofensivo é um fenômeno que obedece à lógica de hipertrofia da legislação penal e a conseqüente expansão para tutela de situações que não possui competência para tanto, segundo a sua funcionalidade sistêmica dentro de um ordenamento jurídico.

Definir uma finalidade para o direito penal, além de justificar e legitimar sua existência, é essencial para a orientação da política criminal de tipificação de condutas.

O modelo de Direito Penal adotado pela grande maioria dos Estados ocidentais tem suas origens no movimento Iluminista, do século XVIII. A teoria que justifica o Direito Penal o delega a função de assegurar a existência livre e pacífica dos cidadãos. Parte da idéia de que o Estado deve ser compreendido como um modelo ideal de contrato. Neste, todos os indivíduos acordaram em delegar parte de sua liberdade a uma entidade governamental capaz de garantir a sobrevivência e convivência pacífica entre eles. Tal ente detém o poder de emitir e executar leis, dentre elas as penais. (ROXIN, 2006, p. 32-33).

Partindo da própria ideia de contrato social de Rousseau, observa-se que a tarefa de garantir a convivência pacífica dos indivíduos não é exclusividade das leis penais. Contudo, ela se diferencia das demais pela sua função simbólica.

Para Welzel, a missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a tutela dos elementares valores de ação ético-sociais (2001, passim).

De acordo com Roxin, “de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível” (2006, p.31).

Para ele, devem-se criminalizar comportamentos que impedem o indivíduo de obter os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade (ROXIN, 2006, p.1).

Assim, caberia ao Direito Penal a função de proteção subsidiária de bens jurídicos. Bens jurídicos seriam todos os dados que pressupõem um convívio pacífico entre as pessoas. Só seriam dignas de tutela penal aquelas situações de ofensa que não pudessem ser solucionadas por outros meios jurídicos (ROXIN, 2006, p.35).

Nessa linha de raciocínio, o autor identifica tipos penais comuns em todos os países de forma idêntica ou similar como homicídio, lesões corporais, furto e estelionato. Tais comportamentos causam danos sociais que inviabilizam a convivência pacífica entre os seres humanos (ROXIN, 2006, p.34).

Jakobs, também fundado na teoria do contrato social, entende que ele ordinariamente é frustrado pelas ações das pessoas. Algumas destas frustrações têm caráter estritamente individuais. Se não constituírem assuntos de interesse público, não justificam a reação estatal sobre tais condutas. Para o autor, jurídico-penalmente só se garantem aquelas normas a cuja observância geral não se pode

renunciar para a manutenção da configuração social básica (JAKOBS, 1997, p. 12). Para ele, é o caráter público de um conflito que justifica a intervenção penal.

Do acima exposto, é possível depreender que, assim como a todos os outros ramos do direito, cabe ao Direito Penal a função de garantir a convivência harmônica entre os indivíduos. Como a característica que distingue a norma penal das demais é a natureza de sua sanção⁶⁶, em um modelo de Estado Democrático de Direito, tal intervenção só será admitida quando for impossível garantir a convivência harmônica entre as pessoas apenas com a incidência de normas não penais. Pensar em uma política criminal diversa desse objetivo seria inserir uma contradição no ordenamento jurídico.

Logo, fica evidente que tipificar condutas de menor potencial ofensivo compromete a própria lógica do direito penal e conseqüentemente a sua função simbólica. Ora, se qualquer conduta é crime, então ser crime passa ser desconsiderada como uma característica de alto grau de reprovação social.

Essa inflação penal ilegítima gera o fenômeno do overload do sistema penal, sobrecarregando tanto a previsão de crimes quanto a conseqüente aplicação das respectivas sanções, tornando o Direito Penal não eficiente e não funcional (FERNANDES; 2001, p. 97).

4.2.1.1.3 A manutenção do paradigma punitivo carcerário e a criação de medidas coadjuvantes ao sistema prisional

A adoção de medidas alternativas ao longo da história revelam que elas não atendem a seu discurso justificador de desafogar o sistema carcerário.

Analisando o fracasso das medidas alternativas, Leonardo Sicca (2007, p. 09) dispõe que:

[...] O fato é que não houve a preocupação em se construir um discurso teórico próprio às penas e às medidas alternativas. Toda sua elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere. A insuficiência é evidente. Além disso, o problema pode ser outro: de nada adianta pensar em penas e medidas alternativas ao castigo prisional dentro de um paradigma exclusivamente punitivo-retributivo, no qual, pela própria natureza dos mecanismos existentes (basicamente a pena), acabará sempre prevalecendo a resposta de força, impulsionada por fatores externos

⁶⁶ Ela autoriza ao Estado a mais gravosa intervenção na esfera de liberdade do indivíduo, através do cárcere.

ao sistema. Esse quadro suscita o inevitável questionamento: a finalidade das penas e medidas alternativas é apenas impedir o encarceramento? Trata-se do “fracasso” das alternativas ou de sua impossível convivência com a política criminal reacionária e encarceradora? Ou seja: o problema é mais amplo.

As reflexões trazidas pelo autor, juntamente com a situação de ilegitimidade de tipificação de condutas de menor potencial ofensivo, remete ao seguinte raciocínio.

As ações de política criminal voltadas para a expansão do direito penal através da lógica de hipertrofia legislativa geram a tipificação de condutas de menor potencial ofensivo, fato que gera um contrassenso. Se a conduta é de menor potencial ofensivo, então não deveria ser crime. Logo, é incompatível a aplicação de uma medida grave, a sanção penal (por excelência, o encarceramento), com uma situação de pequena lesão.

Esse contrassenso gera dois efeitos. Um de ordem prática, sobrecarrega o sistema penal com tutela de condutas que não deveriam ser objeto de tutela penal. Outro de ordem principiológica, ocasionando a desproporção entre conduta e sanção. Todos os dois efeitos culminam da busca por medidas ditas alternativas, a elas sendo reservadas justamente as situações em que não deveriam estar na esfera penal.

Assim, a busca por soluções alternativas satisfaz dois propósitos: o primeiro restaurar a lógica de apenação, ou seja, sanção grave para conduta grave⁶⁷, passando as demais a serem submetidas a tratamentos ditos alternativos; e ao mesmo tempo satisfaz a lógica de discurso de reconhecimento de problema carcerário e de busca de soluções⁶⁸. Desse modo, a coerência do sistema penal perdida pelos efeitos da sobrecarga legislativa é restaurada com a previsão de medidas para tratar de situação de ilegitimidade penal.

Nesse contexto, o estado não abre mão do paradigma punitivo carcerário, invocando o discurso de que aos crimes de maior potencial ofensivo só caberia a prisão, para manter um modelo penal punitivo em que a resposta a quase todas as situações problema por ele enfrentadas é a prisão. As alternativas penais são reservadas geralmente a situações em que a intervenção penal é desnecessária.

⁶⁷ Do contrário a próprio a função do direito penal fica comprometida

⁶⁸ Essa lógica satisfaz inclusive aos adeptos dos discursos minimalistas do direito penal.

Se a argumentação é no sentido de que o sistema carcerário deve destinar-se a condenados por infrações de grave potencial ofensivo, então concluo que os demais não devem estar nele. Se eu reservo a estes infratores outras medidas, então elas não são alternativas ao cárcere porque tais indivíduos sequer deveriam estar presos.

Por todo exposto, é possível concluir que as medidas ditas alternativas são, de fato, coadjuvantes ao sistema prisional. Apesar de serem inseridas dentro de um discurso de meio alternativo ao sistema punitivo, elas incidem sobre a parcela das condutas disfuncionalmente tuteladas pelo direito penal. Logo, não são capazes de desafogar o sistema carcerário, pois cumprem, de fato, o papel de liberar vagas do sistema prisional para aqueles casos em que a pena de prisão é indiscutivelmente requerida, dentro de uma lógica de encarceramento.

Então, não é possível mais sustentar a adoção de medidas ditas alternativas com o discurso de mazelas do sistema carcerário.

4.2.1.2 A Monitoração Eletrônica como medida coadjuvante ao sistema carcerário

Uma breve análise dos usos do sistema de ME pela a maioria dos países que o adotaram aponta para a funcionalidade da monitoração como típica medida coadjuvante ao sistema prisional. Um quadro apresentado na 7ª Conferência Europeia sobre ME, em Análises de Questionários sobre o tema elaborados por Susana Pinto e Mike Nellis (2011, p. 10), ilustra a seguinte situação:

	PRE TRIAL	FRONT DOOR			BACK DOOR		OUTROS
Máximo de cumprimento da ordem	Fiança	Ordem Judicial	Condição de Ordem Judicial	Execução de Sentença de Prisão	Antecipação de Livramento	Pós Livramento	Outros
Até 1 mês							Catalônia GPS
2-6 meses		Inglaterra e Gales	Inglaterra e Gales Catalônia	Dinamarca Alemanha Noruega Suécia	Inglaterra e Gales Irlanda Noruega Escócia		Escócia Portugal ⁶⁹
7-9 meses					Bern Suíça		
10-12 meses		Escócia	Escócia Áustria Holanda ⁷⁰	Luxemburgo Áustria Vaud Suíça Bem Suíça	Portugal Vaud Suíça Áustria Inglaterra e		Áustria

⁶⁹ Refere-se a programas de violência doméstica como uma espécie de fiança.

⁷⁰ Não há máximo: no programa de Radiofrequencia o máximo é aproximadamente 12 (doze) meses

				Catalônia Polônia	Gales ⁷¹ Estônia Holanda Suécia		
13-23							
24 meses ou mais	Portugal França	Portugal		França		França GPS	Portugal ⁷²
Sem limite/ não aplicável limite prévio	Inglaterra e Gales Áustria ⁷³					Escócia ⁷⁴ Inglaterra e Gales	Inglaterra e Gales

(Tabela 6: Máximo de cumprimento de monitoração eletrônica em diferentes jurisdições e em diferentes programas)

Uma simples observação na tabela embasa a conclusão acima exposta. A grande maioria dos casos de utilização do ME, seja no sistema front door, seja back door, bem como fase processual e outras formas destinam-se a programas de até doze meses, situação que se encaixa nas hipóteses ou de crimes de menor potencial ofensivo (casos de sistema front door), ou em situações em que o condenado já cumpriu quase a totalidade da pena, submetendo-se ao sistema carcerário punitivo e posteriormente é posto em liberdade sob condição de ser vigiado pelo sistema penal.

Assim, nota-se que a ME vem inserida dentro de uma lógica de medida coadjuvante ao sistema prisional, em que pese sua adoção pelos diversos países serem justificadas na necessidade de desafogamento do sistema carcerário.

Diante do exposto, conclui-se que o discurso “a prisão é ruim e por isso vamos monitorar” se esvai, por que na realidade se vai monitorar e prender. A prisão vai continuar sendo ruim. Logo, não faria sentido invocar a necessidade de se evitar as mazelas do sistema carcerário se a Monitoração Eletrônica em nada o altera.

Desse modo, se a ME quiser ser pensada realmente como alternativa ao cárcere e se destinar a desafogar o sistema, o Estado deve estar disposto a abrir mão de um paradigma punitivo encarcerador e permitir de fato que sanção penal possa ser feita sem a necessária imposição da prisão, bem como a retirar o tratamento penal das condutas de pequeno e até mesmo de médio potencial ofensivo, buscando a coerência do Direito Penal com seus próprios pressupostos epistemológicos.

⁷¹ Detenção e ordens educativas de jovens, as quais significam metade do cumprimento de sentença na prisão e metade sob supervisão.

⁷² O esquema refere-se a sentenciados por violência doméstica e familiar

⁷³ Não há limite para a custódia processual

⁷⁴ Até o período de licença expirar

4.3 PREVENÇÃO DE REINCIDÊNCIA

Associar a prática da Monitoração Eletrônica à redução da reincidência⁷⁵, implica em designar à prática o cumprimento da função preventiva especial da pena.

A formulação clássica de todas as teorias preventivas encontra-se em um postulado de Platão, com base na ideia de Protágoras, que se resume em: “Nenhum homem castiga porque se pecou, mas sim para que não se peque mais”. (ROXIN; 1997, p. 85)

A prevenção especial foca na ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente, com a finalidade que ele não cometa novos delitos. Logo, sua finalidade reside na prevenção da reincidência (DIAS; 1999, p. 102)

A prevenção especial pode atuar de três formas: assegurando à comunidade o não cometimento de novos delitos, mediante a prisão dos delinquentes; intimidando o autor, mediante a pena; e preservando-lhe da reincidência através da sua correção (ROXIN; 1997, p. 85-86).

A doutrina em torno dessa função da pena possuem divergências profundas no tocante à forma como a pena deve cumprir tal finalidade, defendendo ideias como: a “correção dos delinquentes” seria uma utopia, logo a pena só poderia se dirigir à sua intimidação individual, através do temor; a pena só seria hábil a alcançar o efeito de defesa social, através da separação ou segregação do delinquente, com a neutralização da sua periculosidade social; a pena teria a finalidade de reforma interior (moral) do delinquente, através da adesão por parte do infrator aos valores que conformam a ordem jurídica; e a pena é um tratamento das tendências individuais que conduzem ao crime, nos mesmos termos que se tratam os doentes (DIAS; 1999, p. 103).

Para Figueredo Dias (1999, p. 103), em que pese as divergências acima pontadas, “a finalidade preventivo-especial da pena se traduz - e só se traduz - na

⁷⁵ É necessário alertar que reincidência é um conceito normativo. Assim, o que é reincidência no Brasil, não o é em outro país. O CP no art. 63 dispõe que se verifica a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Prosseguindo, o art. 64 prevê que para efeito de reincidência não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Não se computam os crimes militares e políticos. Logo, a análise de qualquer informação acerca de redução de reincidência deve ser feita com cautela atentando para que critério normativo foi utilizado no caso

‘prevenção da reincidência’. Todas essas doutrinas se irmanam, todavia, no propósito de lograr a reinserção social”.

Inserida nessa lógica de prevenção especial da pena, o argumento da prevenção da reincidência através da ME se baseia em dois aspectos. Primeiro, no efeito da vigilância no condenado, inibido-o de cometer infrações penais⁷⁶. Segundo, na noção de que evitar o ambiente prisional e permitir que o infrator mantivesse contato com o meio social, inclusive desenvolvendo atividades profissionais quando possível, faria com que fosse reabilitado⁷⁷ ao convívio social⁷⁸.

Teórica e empiricamente, a redução da reincidência através da ME é algo difícil de se demonstrar. A grande maioria dos estudos feitos acerca da prevenção de reincidência com a utilização da vigilância eletrônica não são sobre a recondenação dos indivíduos submetidos a esse sistema. O que existe, de fato, é um consenso sobre um efeito inibidor de conduta criminal gerado pela monitoração eletrônica sobre os monitorados (NELLS, ROSELL; 2011, p. 07).

⁷⁶ É interessante ressaltar que a primeira experiência de vigilância eletrônica de infratores, desenvolvida pelo psicólogo Schwitzgebel focava no condicionamento do comportamento do delinquente para o socialmente aceito.

⁷⁷ A ideia de reabilitação do condenado foi concebida originariamente no séc. XVIII como um bem moral em si mesmo e um meio de captar as melhores qualidades daquele que havia violado as leis, passando a capacitá-los para o cumprimento delas. Essa fase ficou conhecida como fundação das práticas de reabilitação e sua ênfase moral tinha raízes religiosas. No início do século XIX e início do séc. XX, a reabilitação passou a ser um desafio para as filosofias mais antigas de retribuição penal e intimidação. (CASTRO; 2011, p. 02)

Nas décadas de 1960 e 1970, a reabilitação passou por um período de crise, começando primeiro nos Estados Unidos. Os políticos ativistas passaram a questionar a sua filosofia, quando ela foi utilizada para manter condenados pela justiça em períodos superiores ao que estariam por uma lógica retributiva, bem como para ajustar os infratores a intoleráveis condições sociais de uma sociedade desigual. Descobriu-se que a reabilitação não seria nem melhor e nem pior do que outros tipos de intervenções. (CASTRO; 2011, p. 02)

Na década de 1980, a crise se agravou e os serviços de reinserção social foram obrigados a justificar a sua existência, e não sendo possível retornar ao passado, houve sua reinvenção numa cultura de controle, que teve que absorver os quatro aspectos da resposta filosófica à crise de reabilitação: renovação da credibilidade das sanções comunitárias, o aparecimento da justiça restaurativa e da preocupação com as vítimas, aparecimento da prevenção situacional na criminalidade⁷⁷, e investigações sobre o que funciona para alcançar a reabilitação. (CASTRO; 2011, p. 03)

Neste contexto, novas abordagens de supervisão de delinquentes surgiram baseadas na psicologia cognitiva comportamental, dando uma maior base científica à visão de que o comportamento criminoso poderia ser mudado para melhor. Nos anos de 1990 e no sec. XXI, a instalação da chamada sociedade de risco destronou as práticas de reinserção social como principais alvos de política criminal, e elas passaram a ser usadas conjuntamente com elementos punitivos e de controle. A ME apareceu e desenvolveu-se num contexto das fases de crise e salvação da reabilitação. (CASTRO; 2011, p. 03)

⁷⁸ Interessante observar mais uma vez que o argumento vem condicionando a utilização da ME à substituição da prisão, fato que leva às reflexões já apontadas na parte 4.2 deste trabalho acerca da indevida utilização das medidas “alternativas”.

A prevenção de reincidência é comumente indicada com dados de não cometimento de novos delitos durante o período de monitoração. Geralmente, faz-se um comparativo da medida executada com a Monitoração e outras sem essa⁷⁹.

Não há pesquisas concludentes nessa seara. Marc Renzema (2012, p. 13) fazendo uma leitura das pesquisas realizadas sobre o tema na cidade de Campbell, Califórnia, chegou à conclusão de que se a ME chega a afetar a redução da reincidência após o período de vigilância, provavelmente não o faz muito. O autor considerou doze estudos, mas incluiu apenas os três mais claros⁸⁰ a respeito dessa reincidência (Bonta, Wallace-Capretta, e Rooney 2000; Finn e Muirhead-Steves 2002; Sugg, Moore e Howard 2001) no cálculo de uma estranha razão que girou em torno de 0.96 (zero ponto noventa e seis pontos) mais favoráveis aos grupos que estavam submetidos à Monitoração.

Na década de 1991 a 2001, estudos indicavam que ME combinada com outros elementos poderia fazer a diferença. Bonta, Wallace-Capretta e Rooney concluíram que comprado com infratores presos de mesmo nível de risco, os infratores de maior risco receberam uma combinação de ME e tratamento comportamental educativo reincidiram menos; em contraste, os prisioneiros de pouco risco não monitorados reincidiram menos do que aqueles que receberam a mesma combinação de tratamento. No tocante aos infratores ligados a crimes sexuais em liberdade condicional, o resultado foi melhor. Em geral, 23.4% (vinte e três ponto quatro por cento) dos homens violentos colocados em liberdade condicional retornam para a custódia dentro de três anos. No caso, de criminosos sexuais, o percentual sobe para 29.6% (vinte e nove ponto seis por cento). Durante o período de monitoração Eletrônica, apenas 5.7% (cinco ponto sete por cento). (RENZEMA; 2012, p. 13)

Uma outra pesquisa feita na Argentina por Di Tella e Schargrotsky, em 2009, na província de Buenos Aires, indicou que 22% (vinte dois por cento) dos

⁷⁹ Um estudo feito no Canadá, em 1999, apontou que de 86% (oitenta e seis por cento) a 89% (oitenta e nove por cento) dos monitorados terminaram o programa sem incidente. Contudo, pesquisas com outras medidas também no Canadá revelaram que o *sursi* sem monitoração apresenta uma taxa de 95% (noventa e cinco por cento) de sucesso, se forem excluídas as violações às condições, e de 72% (setenta e dois por cento) se foram levada em consideração tais condições. Já a reincidência em termos de livramento condicional apresentou uma taxa de apenas 11% (onze por cento) (VECHERET, GENDROU; 2008, p. 119). Estes dados indicam que nem sempre a ME apresenta impacto significativo na questão da reincidência.

⁸⁰ Foram os que levaram em consideração o mesmo perfil do monitorado e dos submetidos a outras medidas como a prisão.

monitorados em programas de prisão cautelar reincidiam, enquanto apenas 13% (treze por cento) daqueles que estavam monitorados cautelarmente o fizeram. (RENZEMA; 2012, p. 13)

Na Suíça, outra pesquisa foi realizada com monitorados postos em programas de liberdade condicional prematura (*back door*), durante o período do monitoramento, separando os agentes por grupos de risco. Os de baixo risco que saíram monitorados apresentaram um índice de 10% (dez por cento), enquanto os não monitorados foram de 24% (vinte e quatro por cento). Os de médio risco com a monitoração reincidiam 27% (vinte e sete por cento) e sem a ME 42% (quarenta e dois por cento). Já os de alto risco monitorados reincidiram 44% (quarenta e quatro por cento), enquanto os não submetidos à vigilância o fizeram na porcentagem de 49% (quarenta e nove por cento) (RENZEMA; 2012, p. 14)

Diante destas pesquisas é possível concluir que a ME afeta os índices de reincidência, em regra, durante o período de vigilância. Seu impacto mais significativo foi nos programas com infratores sexuais. Sugere-se que a vigilância neste caso possui maior impacto, pois geralmente esse tipo de crime é praticado na “às escondidas” e mediante oportunidade de surpreender a vítima. Outro dado curioso é que na Suíça, à medida em que o condenado é classificado com maior risco⁸¹, menos impacto a vigilância eletrônica causa. Além do que, os infratores que cometem esse tipo de delito em regra reincidem menos. Já os estudos de Campbell caminharam no sentido contrário, tendo a ME mais impacto sobre os infratores considerados de maior risco.

As pesquisas acima reforçam duas ideias aqui expostas. A primeira é que a reincidência é defendida baseada no efeito inibidor da vigilância na vida do condenado. Segundo, que os estudos não são concludentes, devido à variação de programas no uso da ME e grande dificuldade, diga-se, quase impossibilidade de se atestar o grau de inibição da vigilância na vida de cada monitorado.

A ideia da utilização da vigilância como efeito inibidor e condicionante comportamental remonta à noção de que é possível, assim como acreditaram os primeiros psicólogos que desenvolveram a ideia de Monitoração Eletrônica, induzir comportamentos socialmente adequados em indivíduos. Essa ideia também guarda correspondência com as reflexões de Michel Foucault sobre o panoptismo.

⁸¹ Critério estabelecido pelo tipo de infração penal que o indivíduo cometeu

Tendo em vista a racionalidade da sustentação do argumento da reincidência sob a lógica do controle pela vigilância, far-ser-á uma breve correspondência dessa lógica com as reflexões de Foucault sobre a arquitetura panóptica e a sociedade de vigilância.

4.3.1 O controle pela vigilância e panoptismo

Compreendendo que a Monitoração Eletrônica, mais do que uma forma de punição, é um meio de vigilância e controle, propõe-se uma correlação da ideia de Foucault sobre o modelo de controle de vigilância baseado na estrutura panóptica de Bentham com a prática da ME.

Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, faz uma discussão da vigilância em da questão panóptica. Segundo o autor, a máquina panóptica, projetada por Bentham é a uma projeção arquitetural da composição de dois tipos de prática de controle social.

A primeira inserida em um processo de exclusão. Este processo parte da ramificação do poder para a identificação daqueles que apresentam chagas não aceitas pelo tecido social, e cujo contato deve ser cortado. Ele fez a correspondência deste processo com o combate à lepra e a exclusão do leproso.

Já a segunda consiste num modelo de sociedade disciplinar, marcada com um poder hierarquicamente centralizado, em que o controle dos indivíduos é feito em um espaço cortado, fechado, vigiado em todos os seus pontos, através de um sistema de registro de dados, que permitem aos controladores saber cada movimento feito pelos seus vigiados. Ele relacionou esta hipótese com o procedimento de combate à peste no fim do século XVII, onde se firmaria a utopia da cidade perfeitamente governada.

Segundo ele, estas situações específicas encontravam correspondência na sociedade, através da identificação dos seus leprosos (criminosos, loucos, mendigos, doentes) e da adoção de todo um processo de exclusão destes. E aplicou a este espaço de exclusão a técnica do “quadriculamento” disciplinar, através das suas determinações coercitivas, dizendo quem são, onde devem estar, como reconhecê-los e como exercer sobre cada um deles a vigilância.

A máquina panóptica é a expressão arquitetural desta conjunção de práticas ocorridas no meio social. Ela consiste em uma estrutura anelar envolvendo uma

torre. Esta torre é vazada por largas janelas projetadas para a parte interna do círculo, e esta construção anelar é dividida em celas, que atravessam de um lado a outro a sua espessura, com duas janelas, uma para o interior, com vista para a torre e outra para o exterior, permitindo que a luz atravesse toda a unidade celular.

Tal disposição da luz permite que a silhueta da pessoa ali posta seja vista por quem estiver na torre. Assim cada uma delas permanece individualizadas e constantemente visíveis. E a disposição da luz permite que seja vistas, mas não vejam nem as outras que também são vigiadas e nem aqueles que os vigiam. Através dessa prática permite-se induzir no detento do panóptico “um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder” (FOUCAULT, 2007, p. 166), na medida em que ele sabe que sempre está sendo vigiado, ainda que de fato não haja essa vigilância constante.

Assim, tal engenharia permite um modelo de vigilância em que os que estão no anel são vistos e não vejam e os que estão na torre vejam sem serem vistos. E a ligação das janelas com o meio exterior ainda permitem que a sociedade possa participar de tal processo de vigilância, que inspecionem tal processo.

“A máquina de ver é uma espécie de câmara escura em que se espionam os indivíduos. Ela torna-se um edifício transparente onde o exercício do poder é controlado por uma sociedade inteira”(FOUCAULT, 2007, p. 171).

Ainda segundo Foucault, tal esquema panóptico tende a ultrapassar a barreira arquitetônica, e seus princípios se difundirem pelo meio social, sem que para isso perca nenhuma das suas propriedades. Ele é capaz de programar, mediante seus esquemas principiológicos de funcionamento, a base de uma sociedade de forma a torná-la impregnada de mecanismos disciplinares. Não aqueles fechados em rompâncias hierárquicas de poder, mas os sutis, leves, transformando os esquemas da disciplina de exceção nos de uma vigilância generalizada.

Assim, tal disciplina torna-se um tipo de poder, uma forma de exercê-lo. Seus esquemas, instrumentos, técnicas e alvos levam a uma tomada de contas permanente do comportamento dos indivíduos, de forma a instalar o que Foucault chama de uma sociedade disciplinar.

Os efeitos penais desta instalação transformam um poder codificado de punir em poder disciplinar de vigiar. “O que generaliza então uma forma de punir não é a consciência universal da lei em cada um dos sujeitos de direito, é a extensão

regular, é a trama infinitamente cerrada dos processos panópticos” (FOUCAULT, 2007, p. 184).

As reflexões trazidas por Foucault em torno da máquina panóptica projetada por Bentham no fim do século XIX encontram correspondência com as que se pode traçar hoje acerca da Monitoração Eletrônica no século XXI.

Esse efeito disciplinar da vigilância, que visa ao controle dos indivíduos historicamente selecionados como alvos do sistema penal, transforma o direito penal em mais do que um sistema punitivo, um sistema de controle. E tal controle passa a ser exercido para além da esfera criminalizada. A imposição da vigilância passa a atuar nas relações cotidianamente travadas no meio social, de modo a conformar as atitudes dos monitorados com as expectativas do público (sociedade) em torno delas.

O Monitoramento eletrônico faz as vezes da arquitetura panóptica. As posições assumidas nas relações travadas com o sistema baseiam-se na mesma lógica da máquina de Bentham, onde os que estão no anel (monitorados) sejam vistos sem verem, e os que estão torre (Estado) vejam sem serem vistos. E, para reforçar esta vigilância ainda há a inspeção do público, ou seja, da sociedade que também participa como atriz neste mecanismo teatral.

Os monitorados são postos em no meio social com um dispositivo eletrônico de controle, sua jaula transparente, invisível, mas sempre às vistas dos seus controladores, o sistema penal e a sociedade.

É através dessa sensação de vigilância constante, que os efeitos da Monitoração Eletrônica são sentidos. Os mecanismos panópticos da Monitoração permitem controlar o indivíduo a todo o tempo. Não somente pelos dispositivos de vigilância que permitem rastreá-lo, pois poderia haver em algum momento dribles ou mesmo fuga, mas pela impregnação no monitorado de uma sensação interna e constante dessa vigilância, de modo a torná-lo vigiado não somente pelo sistema penal e pela sociedade, mas, principalmente por ele mesmo.

Dessa forma, a proposta da Monitoração Eletrônica de infratores na sociedade contemporânea pode ser entendida como a expressão de um esquema panóptico. Assim como este, a ME também é um instrumento intensificador para qualquer aparelho de poder, pois assegura a manutenção e continuidade da lógica da expansão do controle estatal na esfera individual, por difundir o poder

invisivelmente em todo o meio social, e seus mecanismos automáticos, os seus esquemas de vigilância.

Tais reflexões além de retirarem a característica positiva do argumento de que a ME seria capaz de trazer benefícios ao monitorado (manutenção de sua integridade física e psíquica), pois só os proporcionam quando inserida numa lógica comparativa ao sistema carcerário (é mais humana comparada à prisão), vinculam a ideia de utilização da ME apenas quando a vigilância sobre a pessoa se justifique pela retirada de uma parte do controle estatal penal da medida penal que seria imposta, como é o caso da substituição à prisão, sob o risco de se permitir a instalação de uma sociedade disciplinar.

Por todo exposto, pode-se afirmar que é insustentável invocar a redução da reincidência como argumento favorável à adoção da ME. Primeiro, porque não há dados científicos suficientes dessa influência. Segundo, que o argumento se baseia no controle enquanto dura a vigilância, logo, não previne reincidência. Terceiro, que sustentar um argumento de vigilância como eficaz na prevenção de condutas criminosas conduz à esdrúxula situação de impor a Monitoração, então, para todas as pessoas, de modo a prevenir o delito.

Justificar a imposição da vigilância em nome da disciplina, da ordem, do condicionamento comportamental, implica num processo perigoso de renúncias e supressões a direitos e garantias fundamentais que levam ao desaparecimento da ordem democrática de direito e à instauração de uma invisível tirania disciplinar, na qual as relações de poder são mantidas e controladas tanto pelos opressores, quanto pelos oprimidos, pois tais posições são ocultadas na medida em que todos se transformam, ao mesmo tempo, em vigilantes e vigiados.

4.4 DISCURSO DE IMPLANTAÇÃO E PRÁTICA DA ME NO BRASIL

Foi visto que tanto a redução de custos, quanto a da população carcerária, como dos índices de reincidência, argumentos invocados pelo PL 1288/2007 para a adoção do sistema de ME no Brasil, podem ser questionados na utilização da monitoração no caso concreto.

No que se refere à redução dos custos, em que pese ser esta uma preocupação pertinente ao direito penal, e ainda que se aceite que o dia de Monitoração Eletrônica, custe mais barato comparado ao dia de prisão, se ela não

for utilizada como sua substituta implicará em aumento de despesa significativo para o Estado.

Já em relação à redução da população carcerária, a ME, em regra, não se presta a cumprir esse papel porque desempenha, na maioria dos casos de substituição à prisão, função de medida coadjuvante ao sistema prisional. E ainda que venha a ser prevista como alternativa à prisão, a ME acaba por liberar vagas no sistema carcerário convencional para novos indivíduos, passando o Estado a arcar com os dois sistemas.

Quanto à reincidência, condicionar a não prática de infração penal à vigilância em nada garante que o monitorado após o período de vigilância pratique novas infrações (em nenhum caso de ME seria possível afirmar que ela previne reincidência), nem é sustentável esse tipo de argumento face a um ordenamento jurídico que preze pelo respeito às garantias individuais.

No Brasil, as três hipóteses de utilização da ME inserem-se em diferentes tendências de ações de polícia criminal. Apesar da previsão normativa da monitoração se inserir na lógica de hipertrofia penal, cada hipótese específica de utilização acabou sendo instrumento de execução também de outras ações políticas na esfera penal.

No caso da ME como medida cautelar alternativa à prisão, como de fato é prevista como substitutiva do cárcere insere-se na lógica da busca pela eficácia dos procedimentos penais. Interessante observar que, neste caso, a ME pode ser utilizada como medida alternativa e não coadjuvante. Não haveria uma seleção prévia de indivíduos baseada no tipo penal in abstracto e a consequente utilização de uma medida para restaurar a proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a gravidade da sanção. O que se vislumbra nesta hipótese é que a determinação da ME como substitutiva da prisão preventiva, ordenada conforme os critérios do art. 312 do CPP, sem dependência direta do quantum in abstracto de pena para o tipo⁸².

No caso da monitoração como medida cautelar processual, é possível, a priori, se alcançar dois dos fins propostos pela ME, a redução de custos e da população carcerária. Contudo, como já visto, as vagas desocupadas pela monitoração podem vir a ser preenchidas com novos presos provisórios ou condenados, implicando na manutenção de dois sistemas e no consequente

⁸² Ainda que essa circunstância tenha relevância na motivação da decisão pelo juiz.

aumento de custos e não redução da população carcerária. Mas ainda assim, vislumbra-se benefício com essa utilização do sistema, sob dois aspectos. Primeiro, que a redução de custos poderia ser verificada a nível macro de orçamento com o sistema carcerário, evitando a construção de novos estabelecimentos prisionais. Segundo, que se evitaria o contato com o cárcere de indivíduo que tem a seu favor a presunção de inocência, pois ainda não foi condenado por sentença judicial transitado em julgado. Ressaltando que esse último argumento só pode ser invocado para as situações ação legítima do Direito Penal.

No que se refere à utilização da Monitoração Eletrônica como medida imposta na saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar, a ME vem inserida numa lógica de expansão da rede de repressão do Estado. Vislumbra-se tal tendência na imposição não somente do uso de tornozeleiras eletrônicas na saída temporária e prisão domiciliar (reservadas a situações excepcionais), antes concedidas sem a tal exigência, como também na imposição de outras obrigações inseridas pela Lei nº 12.258/2010 para a concessão desse benefício.

A referida lei inseriu no art. 124⁸³ da Lei de Execuções Penais o § 1º, que trata de exigências a serem cumpridas pelo apenado para concessão do benefício, dentre elas, está, por exemplo, a obrigação de recolhimento domiciliar noturno. A ME, neste caso, servirá como meio de fiscalização do cumprimento destas medidas e logicamente será a responsável pela implementação delas.

Assim, no caso da ME como condição da concessão de saída temporária em regime semiaberto observa-se que ela representa aumento significativo de custos. Não precisa sequer de dados estatísticos para se chegar a essa óbvia conclusão. A concessão do benefício que tinha custo zero para o Estado, agora implica na despesa com o sistema de Monitoração.

No tocante à população carcerária, em nada a afeta, pois a ME, neste caso, é apenas um recurso tecnológico de fiscalização de cumprimento de medida executória penal. Não impede o ingresso de pessoas na prisão e nem proporciona a sua saída mais cedo desse sistema. Assim, nota-se que a única finalidade da

⁸³ Dispõe o § 1º do art. 124 que “Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres”.

adoção da medida nesta hipótese é o aumento rigor na execução penal, com o consequente aumento do controle estatal sobre a esfera de liberdade individual.

Diante desta constatação, cabem dois questionamentos. O primeiro é acerca das implicações da norma contrariar os fins a que ela é proposta. Segundo, se esse tipo de política criminal, que foca na expansão do controle estatal na esfera individual está coerente com os fins constitucionais pátrios. Tais reflexões serão objeto de estudo na próxima parte desse trabalho.

5 A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA, A EXPANSÃO DO CONTROLE PENAL E SUA CONFORMIDADE COM OS FINS CONSTITUCIONAIS

O Brasil adotou o formalmente sistema de ME em 2010, com o advento da Lei 12.258/2010, justificada pela redução de custos, população carcerária e prevenção da reincidência. A lei previu a utilização da Monitoração Eletrônica em duas hipóteses: saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar. Posteriormente, a Lei 12.403/2011 inseriu mais uma hipótese, como medida cautelar substitutiva da prisão processual.

Das três hipóteses de Monitoração Eletrônica previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em apenas uma, a inserida posteriormente pela Lei 12.403/2011, é substituta da prisão, sendo capaz, a priori, de gerar os efeitos de redução de custos e da população carcerária⁸⁴.

Foi visto em momento anterior neste trabalho que, apesar da sua prática ser invocada com base nos discursos de redução de custos, de população carcerária e reincidência, a sua previsão suas hipóteses de utilização geralmente frustram estes discursos.

Diante desta constatação, ou seja, que a ME não vem cumprir os propósitos pelos quais sua previsão no ordenamento foi invocada (justificativas ao PL 1288/2007), torna-se necessário investigar **que efeito jurídico** essa divergência gera.

5.1 A DIVERGÊNCIA ENTRE A JUSTIFICATIVA NORMATIVA E O RESPECTIVO CONTEÚDO LEGISLATIVO

Uma vez concluído que a Monitoração Eletrônica no Brasil não cumpre as finalidades para a qual foi proposta, resta saber se essa dissensão gera alguma consequência sobre a norma elaborada.

Uma primeira investigação de efeito será feita com base na tríplice valoração normativa trazida por Norberto Bobbio, de acordo com critérios de validade, justiça e eficácia. Adotar-se-á aqui, a princípio, esse critério como ponto de partida para

⁸⁴ No tocante à prevenção da reincidência, não há como assegurar a existência desse efeito, pois ele estaria condicionado a manutenção constante de vigilância, circunstância inaceitável em um Estado de Direito garantista.

investigar os efeitos da divergência acima apontada, pois ele oferece uma avaliação jurídica da norma frente ao ordenamento em que ela está inserida.

De acordo, com Norberto Bobbio (2008, p. 26), o problema da validade é o problema da existência da regra. É um problema de fato, ou seja, de constatação se uma regra jurídica existe ou não. Em particular, para decidir se uma norma é válida é necessário realizar três operações.

A primeira consiste em verificar se a autoridade que a emanou tinha poder legítimo de produzir normas jurídicas – questão de distribuição de competência prevista em texto constitucional (BOBBIO; 2008, p. 27). No presente caso, nota-se que este critério foi satisfeito, pois a legislação que trata da Monitoração Eletrônica, Lei 12.258/2010 e Lei 12.403/2011, é federal, seguindo as regras do inciso I do art. 22 da Constituição.

A segunda envolve a verificação de não ab-rogação da lei, ou seja, se há ou não outra norma posterior que a ab-rogou expressamente ou regulou inteiramente matéria (BOBBIO, p. 27). Este também não é o caso da ME. As duas leis que tratam do assunto preveem hipóteses distintas de aplicação do sistema.

Já a terceira operação diz respeito à verificação da compatibilidade com outras normas do sistema, sobretudo normas hierarquicamente superiores ou normas sucessivas (BOBBIO; 2008, p. 27). No tocante a este aspecto, como não há normas sucessivas sobre o tema, restaria então a análise da conformidade constitucional da legislação de ME, ponto que será analisado a diante.

Desde já é possível concluir que a análise da validade não considera a motivação da elaboração da norma jurídica. Ou seja, uma vez a norma inserida no ordenamento, a sua validade é observada em relação às demais normas nele previstas.

Assim, a divergência entre conteúdo jurídico e motivação normativa não gera implicações a nível de validade normativa. “À ciência jurídica atribui-se um objeto: o estudo das regras de direito entendidas de tal maneira que constituem um domínio perfeitamente distinto e perfeitamente isolável de todos os fenômenos sociais” (MIAILLE; 2005, p. 59).

Assim, seguindo esse entendimento científico positivista do direito, que é útil para a análise aqui proposta, só é relevante o seu conteúdo da norma e sua coerência com as outras normas jurídicas postas, desconsiderando no plano da validade os fundamentos que justificam a produção normativa.

O problema da justiça, segundo Bobbio, e trata-se aqui de critério essencialmente jurídico, diz respeito à correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento. Tais valores dirigem toda a produção normativa. Questionar a justiça de uma norma nesse sentido envolve saber se ela está apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram aquele ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. (BOBBIO; 2005, p. 26)

Tal análise envolve o contraste entre o mundo ideal e o mundo real, ou seja, norma justa é aquilo que deve ser e norma injusta é aquilo que não deveria ser. O problema da justiça para Bobbio é um problema deontológico, essencialmente jurídico e visa a identificar os valores supremos a que o direito tende, os fins sociais que busca o ordenamento. (BOBBIO; 2005, p. 31)

Neste aspecto, nota-se também que não se levam em consideração os motivos que ensejaram a produção normativa, mas apenas a conformidade do conteúdo da norma com os valores eleitos por um determinado ordenamento, geralmente expostos na constituição para orientar toda a produção normativa, através de processos históricos. A análise de justiça proposta por Bobbio assemelha-se com o controle de constitucionalidade lei, cujo parâmetro seria necessariamente normas materiais constitucionais. Assim, a análise de justiça do ponto de vista jurídico, segundo Bobbio, está vinculada a sua análise de validade.

Por fim, a questão da eficácia normativa perpassa pelo conhecimento se a “norma é ou não seguida pelas pessoas a quem se destina, e caso, seja violada, seja feita valer com meios coercitivos pela autoridade que a estabeleceu” (BOBBIO; 2005, p. 27). O que se observa mais uma vez é que a motivação legislativa é também desconsiderada neste aspecto de valoração normativa.

Logo, de todo exposto, conclui-se que a divergência entre finalidade e conteúdo normativo não tem implicações jurídicas para a norma elaborada. Mas, chegar a essa conclusão não explica o porquê da existência dessa divergência e nem problematiza se ela realmente deve ser desconsiderada na aplicação da norma⁸⁵. Assim, torna-se interessante investigar primeiro como é possível que o conteúdo legislativo entre em desacordo com os propósitos iniciais, se a justificativa

⁸⁵ Desde já, é interessante ressaltar que as finalidades normativas são levadas em consideração em atividade hermenêutica, com o critério interpretativo teleológico.

da lei traz a razão dela ser proposta, e segundo, como essa justificativa afeta ou deveria afetar a utilização da norma.

A dissensão entre justificativa e conteúdo legal pode ser explicada através da mudança de apreensão dos sentidos normativos ao longo da produção legislativa, face aos discursos⁸⁶ apresentados nos diferentes momentos desse processo. A mesma norma passa por três atribuições de significado em momentos distintos: o que motiva a produção normativa, o de seu conteúdo jurídico e ainda o da sua aplicação judicial.

Em um primeiro momento, fixa-se um sentido focado nos argumentos que motivam a produção legislativa, ou seja, nos discursos que iniciam a elaboração da norma. Toda norma possui uma *ratio ab initio*, cuja função é motivar o interesse do tratamento da questão a nível político. A partir de então, iniciam-se as escolhas legislativas dentro de um universo de possibilidades jurídicas. Para Niklas Luhman (1985, p.08):

O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, não reside na criação do direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo.

Neste processo de elaboração da lei, vai se abandonando progressivamente o discurso meramente político, para que o tema passa a ganhar contornos jurídicos. Neste processo de judicialização⁸⁷ do discurso político, um novo significado é dado àquele fenômeno de normatização. E, no momento de sua aplicação, novos sentidos são apreendidos da norma, através da atividade hermenêutica.

Pelo exposto, vislumbra-se que a norma, uma vez elaborada, se desvincula do seu processo legislativo e as questões de valoração propostas por Bobbio, validade, justiça (do ponto de vista jurídico) e eficácia passam a ser analisada em relação apenas a seu conteúdo jurídico.

⁸⁶ Chamar-se-á aqui de discurso, a definição dada por Michel Miaille (2005, p. 33), para o qual consiste em “um corpo coerente de proposições abstratas implicando uma lógica, uma ordem e a possibilidade não só de existir mas, sobretudo, de se reproduzir, de se desenvolver segundo leis internas à sua lógica”.

⁸⁷ Inserção de técnicas jurídicas de confecção de normas

Pelo até então exposto, poder-se-ia concluir que a motivação normativa não tem nenhuma relevância no fenômeno normativo. Contudo tal conclusão mostra-se precipitada na medida em que toda norma possui uma funcionalidade social no ordenamento, e a análise dessa funcionalidade perpassa pelo conhecimento dos motivos que ensejaram a sua produção normativa. Nikklas Luhman (1985, p. 121) discorrendo sobre a necessidade de compreensão do direito além dos seus critérios jurídicos entende que

A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca de sua imposição. Masque isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto à *compatibilidade estrutural do direito*.

A compatibilidade estrutural do direito com a sociedade que ele regula perpassa pela verificação do propósito da norma na gerência da vida em sociedade. Se a justificativa da inserção de uma lei no ordenamento jurídico fosse irrelevante, culminaria na possibilidade de produção aleatória de normas, que geraria incoerência e a consequente disfuncionalidade regulatória do direito. Logo, o conteúdo normativo não pode ser avaliado unicamente sob o seu prisma jurídico. Para Jürgen Habermas (1997, p. 54)

Nos imperativos funcionais de sociedades extremamente complexas, entra em jogo uma facticidade social que não mantém mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A autocompreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora.

Assim, se uma norma não pode ser avaliada sob o aspecto de sua funcionalidade apenas por razões jurídicas, propõe-se, por ora, uma nova valoração normativa, considerando o conteúdo legal e sua justificativa política. Adaptando os critérios inicialmente propostos por Bobbio, far-se-á essa análise da coerência legal com os fins constitucionais (que perpassa pela verificação da constitucionalidade da lei em seu sentido material⁸⁸) e de sua eficácia, entendida esta como funcionalidade social.

⁸⁸ Nota-se que o critério aqui proposto abarca as valorações de validade e justiça (coerência com os fins supremos do ordenamento – fins constitucionais) propostos por Bobbio.

5.2 A RACIONALIDADE DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E SUA CONFORMIDADE COM OS FINS CONSTITUCIONAIS

O exame aqui proposto pretende verificar a compatibilidade do conteúdo normativo das previsões legislativas da Monitoração Eletrônica (Leis 12.258/2010 e Lei 12.403/2011) com a Constituição sob dois enfoques: o primeiro no tocante aos valores constitucionais (que orientam a produção normativa) e o segundo em relação a demais normas constitucionais.

Antes de iniciar essa análise, faz-se necessário definir a(s) racionalidade(s) da Monitoração Eletrônica no Brasil, pois esta é essencialmente a um instrumento tecnológico, e sua função no ordenamento varia de acordo com as previsões de uso.

No caso a ME, o que inicialmente motivou a produção normativa acerca do tema foi a busca por medidas alternativas ao cárcere, aliada a argumentos de redução de custos e prevenção de reincidência.

No processo de judicialização desse discurso político, a Monitoração foi ganhando novo sentido. O PL nº 1288/2007, que originou a Lei 12.258/2010 previa a ME em cinco hipóteses: na aplicação pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou concessão da progressão para tais regimes; na autorização da saída temporária no regime semiaberto; na aplicação da pena restritiva de direito que estabeleça limitação de horários ou da frequência a determinados lugares; na determinação da prisão domiciliar; e na concessão do livramento condicional ou da suspensão condicional da pena. Já a partir destas escolhas, é possível verificar a desvinculação do sentido inicial. Ora, se as justificativas eram a redução de custos, da população carcerária e da prevenção da reincidência, das cinco hipóteses previstas, nenhuma trazia a ME como substituta da prisão⁸⁹, condição, como já visto, essencial à satisfação das justificativas expostas, salvo a reincidência.

No momento da aprovação da Lei 12.258/2010, o veto presidencial excluiu três hipóteses, restando apenas a saída temporária em regime semiaberto e a prisão domiciliar. Observa-se que a partir de sua previsão normativa a ME assumiu novo significado, o reforço do controle estatal na esfera de liberdade do indivíduo, desvinculado do original. Ainda que o veto presidencial tenha se fundamentado no

⁸⁹ Era possível que desempenhasse essa função através da forma de aplicação judicial do monitoramento.

sentido da não aumentar o rigor penal das medidas pela previsão de Monitoração Eletrônica, se contradisse permitindo que fosse utilizada em hipóteses diversas da substituição à prisão.

A Lei 12.403/2011, originada do PL 4.208/2001, sua discussão e votação foi impulsionada também pela busca de soluções ao problema de superlotação dos presídios. Na sua redação original, o PL não previa o uso da Monitoração Eletrônica, só sendo inserida essa previsão com o substituto do Senado ao Projeto nº 111/2008, ano que as discussões sobre a adoção da ME já haviam sido inseridas no cenário político brasileiro. Diferente das previsões da Lei 12.258/2010, a Lei 12.403/2011, ao prever a ME como substituta da prisão preventiva (e note-se que esta não é regulada pela pena in abstracto prevista para o crime e sim segundo os critérios do art. 312 do CPP), possibilita, a princípio, que o sistema de Monitoração seja instrumento de preservação de direitos e garantias individuais (integridade física e psíquica), na medida em que afasta o indivíduo ainda acusado do ambiente prisional, bem como reduza custos e população prisional⁹⁰.

Logo, no Brasil vislumbra-se duas racionalidades de aplicação da ME: aumento do controle penal na esfera de liberdade individual, e, no sentido contrário, desencarceramento.

Uma vez verificadas as racionalidades da Monitoração Eletrônica, passa-se à análise da confirmação delas com os valores constitucionais. Nesse estudo, esses valores serão entendidos como aqueles expressamente declarados na Constituição.

O artigo 1º da CF de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. Destes fundamentos, o mais complexo e que demanda exegese para verificação é a dignidade da pessoa humana. Para avaliar a conformidade de uma norma, sobretudo penal, com a dignidade da pessoa humana, é necessário primeiro delimitar o conteúdo desse princípio e posteriormente verificar se a utilização da ME está em conformidade com ele.

⁹⁰ Essa análise considera apenas o ponto de vista legal in abstracto, no qual o gasto que o Estado terá com a manutenção de prisão de alguém, será substituído pela Monitoração (mais barata), bem como sobrar a vaga na prisão daquela pessoa que deixou de ir por conta da ME.

5.2.1 A dignidade da pessoa humana⁹¹ e a utilização da Monitoração Eletrônica⁹²

A discussão jurídica em torno da dignidade humana remonta as ideias difundidas no movimento filosófico do Renascimento do séc. XVI e sobretudo no do Iluminismo do séc. XVIII, quando a dignidade foi paulatinamente afastada de seu conteúdo divino e passou a assumir caráter ontológico humano. O humanismo e o individualismo difundidos no séc. XVIII embasaram a noção de que a razão humana seria o fundamento de sua dignidade⁹³. (MELLO; 2010, p. 30)

Nesse sentido, ganhou espaço o imperativo categórico de Kant, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo e o respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas (HABERMAS; 2012, p. 09)

A partir do pensamento kantiano, a dignidade passa a ser reconhecida e relacionada com o Direito, que servirá para a construção de teorias de direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano (MELLO; 2012, p. 38).

Entretanto, é curioso notar que o conceito de dignidade humana como conceito jurídico não aparece nem nas declarações clássicas dos direitos humanos do séc XVIII, nem nas codificações do séc. XIX. O discurso dos direitos humanos surgiu mais cedo do que o da dignidade humana. Embora o conteúdo de um esteja ligado ao outro, a invocação explícita da dignidade só apareceu após a Segunda Guerra, em vista dos massacres nazistas. Mas, ainda que implicitamente, a

⁹¹ A pretensão deste trabalho não repousa na análise da dignidade da pessoa humana, seja esta entendida como valor, princípio ou regra, pois isto demandaria uma outra dissertação sobre o tema. O que se busca aqui é firmar um consenso sobre o que seria essa dignidade (seu conteúdo mínimo) e consequentemente se a ME é compatível com ela.

⁹² O estudo ora proposto não vem discutir as implicações da Monitoração Eletrônica sob o viés da dignidade, mas sim se a utilização da ME no Brasil, do ponto de vista de suas racionalidades estão de acordo com a dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental previsto na Constituição.

⁹³ No Direito Penal, essa noção de dignidade transformou o seu conteúdo. Antes visto meramente como direito de punir do Estado, passa a ser, a partir do séc. XIX, como consequência do movimento Iluminista, um conjunto de regras e princípios limitadores do *jus puniendi* estatal⁹³ (MELLO; 2010, p. 53-54).

dignidade humana sempre foi fonte moral do conteúdo dos direitos fundamentais⁹⁴ (HABERMANS; 2012, p. 10-12)

Desse modo, observa-se que a dignidade concretiza-se no reconhecimento de direitos fundamentais, sem os quais a condição humana fica desconfigurada. Esta constatação leva a outra discussão acerca de quais seriam os direitos fundamentais do homem. Em que pese ser esta uma tarefa de reconhecimento normativo no âmbito de cada estado baseado em sua configuração política, a discussão da dignidade a nível supranacional conduz à existência de dois elementos indispensáveis nessa normatização: igualdade e liberdade⁹⁵ (MELLO; 2010, p. 45-51).

Partindo desse conteúdo mínimo de dignidade, focado na igualdade e liberdade, é possível construir o seguinte raciocínio: em um Estado que sustenta a dignidade como valor fundamental, uma norma punitiva, que necessariamente limita a liberdade (viola a dignidade humana em, pelo menos, uma de suas dimensões) deve estar, por conseguinte, limitada pela noção de igualdade, de forma a não eliminar o conteúdo mínimo de dignidade, do contrário um dos fins constitucionais seria frustrado. Não seria coerente um Estado que adota a dignidade da pessoa humana como valor ter a possibilidade de negá-la a certos indivíduos.

Essa relação de igualdade e liberdade como conteúdo mínimo da dignidade pode ser compreendida na ideia de John Rawls, que parte da noção de justiça como equidade, trazendo um paralelo dessa noção com a ideia de dignidade acima exposta. Para Rawls

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar fundada na justiça que nem o bem-estar de toda sociedade de pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais (RAWLS; 2002, p. 04)

⁹⁴ É coerente então a Constituição brasileira em prever a dignidade como um fundamento, e não simplesmente como um princípio ou norma.

⁹⁵ Valores que sustentaram os ideais da Revolução Francesa de 1789 e seu conteúdo filosófico iluminista. É a partir desse conteúdo mínimo de dignidade que emanam os demais direitos fundamentais.

Chegada a discussão a este ponto, cumpre investigar como a igualdade limitaria essa norma positiva. Como definir um conteúdo jurídico de igualdade demandaria um outro trabalho científico apenas para esta investigação, então, para o presente estudo se fixará como significado de igualdade o valor que fundamenta o reconhecimento de direitos fundamentais na medida em que os indivíduos necessitam deles para se igualarem, face a uma desigualdade de fato. No entender de Luigi Ferrajoli (2004; p. 91), “[...] *el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado [...] em virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades*”.

Então, a partir desse raciocínio, e vislumbrando as duas racionalidades da Monitoração Eletrônica acima expostas, aumento do controle penal na esfera de liberdade individual, e desencarceramento, conclui-se que, neste último sentido, a ME funciona como instrumento de preservação da dignidade da pessoa humana.

A previsão da Monitoração como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, cerceia a liberdade individual em apenas alguns aspectos, permitindo que a pessoa, mesmo com a restrição de locomoção, continue a conviver com seus familiares e tenha acesso ao contato com as demais pessoas de seu círculo social. Diferente da prisão, que isola o indivíduo do convívio em sociedade, e neste caso, fundamentado apenas na suspeita de uma conduta criminal, já que ainda não há condenação.

Assim, pensando na ME como substituta cautelar, é possível vislumbrar que o cerceamento da liberdade neste caso foi limitado por aspectos de igualdade, na medida em que se é a condenação penal que justifica a imposição da pena, por excelência, o cárcere, uma vez que não há condenação, não poder-se-ia impor tal medida, sob pena de tratar os desiguais (condenados e processados) de forma igual. Contudo, as situações excepcionais previstas no art. 312 do CPP podendo ter sua finalidade alcançada por medida menos gravosa, no caso a ME⁹⁶, insere uma diferença de tratamento daqueles que se encontram em situação de desigualdade.

No que se refere à racionalidade do aumento do controle penal na esfera de liberdade individual, a conclusão é diferente. Retomando a linha de raciocínio em

⁹⁶ Aqui está se fazendo o comparativo da Monitoração com a prisão preventiva e não com as demais medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011. Defende-se que o magistrado em respeito a igualdade, liberdade e dignidade, deve optar, caso seja possível, por outra medida menos gravosa que a ME, já que esta implica na imposição de vigilância.

que uma norma punitiva deve ser limitada por noção de igualdade, não é possível impor uma limitação da esfera de liberdade individual sem que esta situação de desigualdade jurídica não seja justificada por uma razão de desigualdade fática, sob pena de se instrumentalizar o indivíduo alvo da medida, retirando-lhe o reconhecimento de sua dignidade humana, fato inaceitável em um Estado democrático garantista.

Assim, o aumento do controle penal não justificado é insustentável em um ordenamento garantista, não se podendo sequer invocá-lo com o argumento de beneficiar mais pessoas em sacrifício de outras. Logo, pode-se concluir que, no caso da Monitoração Eletrônica prevista pela Lei 12.258/2010 (prisão domiciliar e saída temporária em regime semiaberto), a imposição da vigilância antes não prevista e sem justificativa contraria a noção de igualdade e, por conseguinte, de dignidade da pessoa humana.

Assim, por exposto, é possível concluir, que toda vez que a ME for utilizada como limitação da esfera de liberdade, sem que esta se justifique por critérios de igualdade, ela afrontará a dignidade da pessoa humana, estando em desconformidade com os fins constitucionais.

Dito isto, passa-se à segunda investigação inicialmente proposta, qual seja, a conformidade da previsão da utilização da ME em relação às demais normas com as normas constitucionais.

5.2.2 Análise de constitucionalidade: o princípio da proporcionalidade e a Monitoração Eletrônica

Antes de analisar a constitucionalidade das hipóteses de utilização da Monitoração Eletrônica no Brasil, é importante esclarecer que a análise aqui feita não pretende verificar se a prática como um todo é ou não Constitucional. Conforme exposto na segunda parte deste estudo e com o art. 2º do Decreto 7.627 de 2011, que regulamenta a Lei 12.258/2010, a Monitoração Eletrônica é a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização. Logo, não é possível analisar a constitucionalidade da ME enquanto a prática de vigilância não for adotada no ordenamento.

Assim, far-se-á a verificação da constitucionalidade da ME enquanto utilizada como meio de implementação da prisão domiciliar, medida cautelar substituta da prisão processual e medida de fiscalização em saída temporária de regime semiaberto, hipóteses normativas previstas no Brasil.

Toda norma nasce, a priori, constitucional. Para afastar essa constitucionalidade, é necessário apontar algum dispositivo constitucional que a norma violaria.

A Monitoração Eletrônica parte da lógica de controle comportamental pela vigilância e necessariamente implica na invasão estatal da esfera não só de liberdade, mas também de intimidade do indivíduo monitorado. Logo, a princípio, poder-se-ia invocar a violação ao direito à intimidade e à liberdade como parâmetro na avaliação da constitucionalidade da norma. Ocorre que, nenhum direito é absoluto, incluindo entre eles os fundamentais. Se o Estado não pudesse limitar esses direitos, seria inviável qualquer espécie de sanção penal e não simplesmente a ME. Assim, a simples alegação de violação ao direito à intimidade e à liberdade não é suficiente para sustentar a inconstitucionalidade da norma.

Quando se fala em direitos fundamentais, o que se deve levar em consideração é o fundamento em que se ampara a restrição ou mesmo a suspensão desse direito fundamental e sua proporcionalidade com a medida. Logo, desde já verifica-se que o parâmetro de constitucionalidade neste caso será o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade fornece critérios de limitações estatais à liberdade individual e conseqüentemente dos demais direitos fundamentais. (BONAVIDES; 2007, p. 395)

A utilização da monitoração envolve, em regra, três tipos de práticas: ou ela é uma medida alternativa à prisão (podendo funcionar como alternativa ou coadjuvante), ou é meio de implementação de medida penal já prevista ou é mecanismo de aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual.

No caso de ME como medida coadjuvante ao sistema prisional, sua função é de reforço de uma expansão anterior do direito penal sobre áreas que não possuía

legitimidade para atuar⁹⁷, na tentativa de restabelecer a proporcionalidade entre gravidade de sanção e gravidade de lesão.

Quando a monitoração é utilizada como substituta da prisão, como é o caso da medida cautelar substitutiva à prisão preventiva, um controle é substituído por outro, no caso, o cárcere pela monitoração. Assim, a esfera de liberdade e de intimidade individual invadidas com a medida não implicaria, a priori, em aumento do controle penal, mas em mera substituição desse controle, adicionando, sob o aspecto individual do monitorado, vantagens como a preservação da integridade física e psíquica do apenado, afastando-o do ambiente prisional⁹⁸.

No tocante ao aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual, a ME significa o aumento do rigor pena, através da imposição de vigilância antes não prevista e sem vinculação direta com a execução da medida, como é o caso da saída temporária em regime semiaberto. O que se vislumbra nessas hipóteses, como já dito, é o aumento do controle penal na esfera de liberdade individual.

Na hipótese da prisão domiciliar, como os casos previstos no Brasil referem-se a situações excepcionais do art. 318 do CPP e esta ocorre sem a fiscalização estatal, a imposição de vigilância através da Monitoração, nestes casos, também implica em um aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual.

Desde logo, vislumbra-se que a previsão normativa da ME como substitutiva da prisão cautelar não viola o princípio da proporcionalidade. A vigilância eletrônica ora imposta substitui outra espécie de vigilância inerente à execução da medida, não há o que se falar em desproporcionalidade, e conseqüentemente, em inconstitucionalidade.

Fica então para a análise a hipótese de vigilância eletrônica em regime semiaberto e de prisão domiciliar do art. 318 do CPP. Como nestes casos, houve um aumento do rigor penal na execução da medida, cabe a verificação da compatibilidade com o princípio.

⁹⁷ Quando prevista para a substituição da prisão em caso de crimes de maior ou médio potencial ofensivo. Nestas hipóteses, apesar de ser prevista como substituta do cárcere, são casos em que a prisão sequer deveria ser imposta. Vide parte 4.2.1.1 deste trabalho.

⁹⁸ Entretanto, a expansão do controle penal nestes casos ocorreria com o efeito colateral da adoção da ME, pois na medida em que a monitoração liberasse vagas no sistema carcerário, elas seriam preenchidas com outras pessoas, fazendo com que o Estado passasse a arcar com a manutenção de dois sistemas, possuindo encarcerados e monitorados, e conseqüentemente na expansão do controle estatal com ingresso de novos indivíduos no sistema punitivo. Contudo, esse é um problema situado no campo da política criminal e não a nível de análise de constitucionalidade.

De acordo com Paulo Bonavides (2007, p. 393), o princípio da proporcionalidade busca instituir “a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que torne possível um controle do excesso”.

A questão de saber se o meio escolhido pela norma está compatível com o fim a ela destinado passa pela verificação do atendimento do subprincípios de proporcionalidade, quase sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, no caso, a Monitoração Eletrônica é adequada para a fiscalização do cumprimento das condições impostas ao apenado na saída temporária em regime semiaberto. As obrigações incluem o recolhimento residencial noturno e proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimento congênere. Bom, como também é adequada para a fiscalização do cumprimento de prisão domiciliar.

A segunda análise seria acerca de sua necessidade.

No que se refere à saída temporária em regime semiaberto, antes de responder se a ME é necessária nestes casos, cabe indagar se as obrigações impostas pela Lei 12.258/2010 são necessárias. Se a concessão do benefício de saída temporária parte da lógica de progressão de pena e conseqüentemente de progressivo retorno do indivíduo ao convívio social, o que fundamentaria então a imposição de restrições como recolhimento noturno e proibição de frequentar bares e casa noturnas indistintamente? No plano teórico, nada, inclusive esta seria uma medida contrária à finalidade normativa prevista. O que poderia ocorrer, seria no caso concreto a imposição dessas obrigações para algum apenado cuja conduta criminal praticada tivesse conexão com a frequência a bares a casas noturnas.

Assim, uma vez não sendo necessária a imposição de restrições, conseqüentemente não o é a utilização da ME nestes casos. E na hipótese de concessão da saída temporária sem as imposições do §1º do art. 124 da LEP, entende-se que também seria necessária a imposição da vigilância eletrônica nestes casos, pois se a finalidade do instituto é facilitar a ressocialização, impor a utilização da tornozeleira eletrônica geraria um obstáculo, ainda que se alegue a possibilidade de ocultação do dispositivo.

A alegação de utilização da ME nestes casos como prevenção da evasão de presos não prospera, tanto do ponto de vista da própria lógica argumentativa, quanto da compatibilidade com valores fundamentais, conforme já visto. Em relação à lógica

argumentativa, primeiro, o dispositivo não impede fugas⁹⁹, segundo estatisticamente o número de evasão de presos nestes casos é ínfimo comparado aos que retornam¹⁰⁰, logo, a fiscalização seria desnecessária para o cumprimento da medida. Já em relação a sustentar a imposição de vigilância antes não prevista por conta de benefícios sociais de que o apenado não cometa crimes enquanto em benefício da medida, viola a noção de dignidade, pois estaria sacrificando o ainda mais o direito de alguns para a um suposto benefício dos demais, sem justificativa concreta para o caso.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, em que pese a ausência de necessidade já desconfigurar a proporcionalidade lato sensu. No caso, ainda que se fosse fazer uma análise de proporcionalidade. Seguindo a mesma, a imposição da vigilância também seria desproporcional, pois não seria plausível impor uma vigilância sem fundamento prévio, tornando a invasão na esfera de liberdade do apenado desmedida. Restringir a intimidade e a liberdade do apenado no momento em que lhe é concedida temporariamente como um estímulo ao bom comportamento carcerário e como forma de reinseri-lo no meio social representa uma imposição estatal de restrição destes direitos desproporcional ao motivo que os limitou, no caso, o cumprimento de pena.

Em relação à prisão domiciliar, a necessidade não está presente, pois impor o uso de tornozeleira a aos apenados: maiores de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitados por motivo de doença grave; imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e gestantes a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco; configuraria a imposição de um controle de restrição de liberdade desnecessário na medida em que as próprias circunstâncias fisiológicas do apenado restringe a sua circulação no meio social. Bem como lhe faltaria a proporcionalidade em sentido estrito, pois se a medida é

⁹⁹ Tal fato inclusive foi constatado por uma recente experiência com a ME em presos beneficiário da saída temporária no Rio de Janeiro, cujo presidente do TJ do Rio de Janeiro suspendeu a utilização da monitoração nestes casos, alegando a ineficácia da medida. Notícia “Justiça do Rio suspende o uso de tornozeleiras”, de 05/04/2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-05/justica-rio-suspende-uso-tornozeleira-eletronica-fugas>>, acessado em 14.11.2013.

¹⁰⁰ Um levantamento realizado pelo G1 com base nos dados enviados pelas secretarias responsáveis pelo sistema penitenciário de todos os 26 estados e do Distrito Federal. Na saída de fim de ano anterior, em 2011, o número da evasão é coincidentemente o mesmo: 2.407. Na ocasião, 46.523 presos haviam sido beneficiados com a saída. Em relação ao ano anterior, 2012 teve aumento de 2% no número de beneficiados. O número representa 5,1% do total de 47.531 detentos que receberam o benefício da Justiça. Notícia “Mais de 2,4 mil presos não voltam às celas após festas de fim de ano”, disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/01/mais-de-24-mil-presos-nao-voltam-celas-apos-festas-de-fim-de-ano.html>>, acessado em 18.02.2013.

prevista para casos excepcionais e era executada sem vigilância, logo a Monitoração representa um controle desproporcional. Nota-se também que dos quatro casos previstos, três deles o monitorado necessita de cuidados médicos (idade avançada, doença grave e grávida) e a utilização da tornozeleira eletrônica poderia culminar também em um constrangimento desproporcional com o que se espera da medida.

Logo, pelo exposto, conclui-se que a ME não é por si inconstitucional, mas a sua utilização na saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar o é, por violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

5.3 A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E O NECESSÁRIO ABANDONO DO PARADIGMA PRISIONAL

No presente tópico será problematizada a função que a ME desempenha no sistema punitivo, buscando entender se ela pode representar vantagens sob dois aspectos: o individual e o da coerência sistêmica. Bem como se retomará nesta parte do trabalho a discussão da necessidade de integração das justificativas de redução de custos e população carcerária com as previsões de utilização da Monitoração.

Foi visto ao longo desse trabalho que a Monitoração Eletrônica pode cumprir, em suma, três funções: ou ela é uma medida alternativa à prisão (podendo funcionar como propriamente alternativa ou coadjuvante), ou é meio de implementação de medida penal já prevista ou é mecanismo de aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual.

Foi defendido que toda vez que a Monitoração substituir um controle penal já anteriormente previsto ela será adequada aos fins constitucionais, o que de já leva a conclusão de sua vantagem sob o aspecto da coerência sistêmica.

Assim, no caso de ser mera implementação de medida penal já prevista, como poderia imaginar a autorização de trabalho externo de apenados submetidos a regime fechado, na forma do art. 36 da LEP, a ME não violaria os fins constitucionais e nem afrontaria o princípio da proporcionalidade, pois a fiscalização estatal desta medida já estava prevista. Já do ponto de vista do indivíduo não representaria nem vantagens e nem prejuízos pois a restrição da sua liberdade se dará na mesma medida.

Se a ME for utilizada como aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual, foi visto que sua previsão será insustentável no tocante à sua compatibilidade sistêmica com o ordenamento constitucional, seja por violação ao valor da dignidade da pessoa humana, seja por contrariar o princípio constitucional da proporcionalidade.

No que se refere a Monitoração como medida alternativa à prisão, há duas formas de utilização. Em uma delas, a Monitoração é prevista sem a imposição prévia de restrição baseada na pena in abstracto da conduta penal imputada ao indivíduo. Neste caso, sob o aspecto individual e sistêmico, a ME representaria vantagens na medida em que retira ou impede que algum indivíduo ingresse no sistema carcerário. Na segunda, a ME é posta como típica medida coadjuvante, utilizada em casos de condutas consideradas de pequeno e médio potencial ofensivo, ou seja, situações em que o Direito Penal não deveria atuar e a pena de prisão é desproporcional à ofensa do bem.

Em regra, a ME é utilizada com essa função, tanto nos sistemas de *front door* quanto de *back door*. A princípio sustenta-se o discurso que substituir a pena de prisão por monitorar traz vantagens na medida em que preserva mais faculdades da liberdade humana do que o cárcere. Contudo, pode se apresentar mais humana porque sempre comparada à prisão, entretanto é menos humana que outras formas de restrição de liberdade (KAMINSKI; 2011, p. 04)

Dizer que monitorar é melhor do que prender torna-se ilógico se não era para prender. A substituição de pequenas penas de prisão não faz sentido, visto que a tipificação de condutas de menor e médio potencial ofensivo é uma incoerência sistêmica.

No que se refere à retirada do indivíduo mais cedo da prisão para monitorar (*back door*), sendo esse período curto também, levando em consideração que a liberdade condicional não é algo automático, e uma vez que o apenado satisfaz os requisitos dois ou três meses, ou mesmo um ano antes da previsão legal, fica também sem sentido monitorar neste caso, porque o indivíduo já atende às exigências para a concessão do benefício. Se ele atendeu antes do prazo legal, então ao invés de “presenteá-lo” apenas com a antecipação do benefício, impõe-se o controle pela vigilância, de quem, se não tivesse atendido aos requisitos naquele momento, teria sua liberdade condicional postergada, mas deferida sem vigilância. Se a vigilância não se impõe no prazo legal porque o apenado cumpre os requisitos

da lei, ela não deveria ser igualmente imposta quando esse atendimento é antecipado.

Além dos problemas referentes à incoerências sistêmicas, ainda há as incoerências práticas da utilização da ME com as justificativas de sua adoção. Aceitando que redução de custos e de população carcerária são finalidades coerentes com o ordenamento jurídico, e verificando-se que a ME vem cumprindo em suas experiências internacionais a função de medida coadjuvante e, quando de fato alternativa, não impede que o sistema carcerário se mantenha, culminando na manutenção dos dois sistemas, propõe-se aqui o abandono do paradigma carcerário como medida obrigatória de uma intervenção pena.

5.3.1 A superação do modelo punitivo carcerário como exigência para o atendimento das finalidades de redução de custos e população carcerária da Monitoração Eletrônica

O Direito Penal, baseado no modelo de contrato social, tem como objetivo primordial a verificação da responsabilidade do transgressor da norma incriminadora, com a conseqüente punição do culpado, através da aplicação de sanções.

Como a ideologia do atual modelo penal é, *a priori*, evitar o cometimento de lesões a bens jurídicos, consideradas nocivas à vida social, a norma penal protege tais bens através do estabelecimento de condutas reprováveis. Num segundo momento, aplica-se a pena a quem transgrida aquela norma, como verdadeiro modelo finalístico da intimidação geral e especial, cogitando-se também uma finalidade ressocializadora, na medida em que o Estado se vale da pena como um meio para reinserir o condenado à sociedade.

Embora justificado nos fins de prevenção geral e especial, o que se vislumbra de fato é um modelo de sistema penal marcadamente punitivo e retributivo. As penas alternativas e outras medidas extra cárcere aplicam-se aos crimes considerados de médio e menor expressividade ofensiva. Os de grande potencialidade ofensiva necessariamente se impõem uma pena privativa de liberdade sem se questionar se tal aplicação está ou não em conformidade com os fins da pena e própria finalidade do sistema penal.

Esse modelo punitivo estabelecido pelo Estado não se presta ao fim a que ele próprio se propôs, porque a ideia de prevenir ações criminosas através da ameaça de carcerização, ou da própria aplicação genérica da pena privativa de liberdade, não só não atende a nenhuma das finalidades proposta pela sanção penal, como também reproduz e aumenta a violência, seja a praticada pelos indivíduos, seja a institucionalizada, com o aumento do número de encarcerados e a expansão da esfera de incidência das leis penais.

Fazendo uma comparação do sistema prisional como um termômetro indicativo da eficácia do sistema penal como um todo, é possível notar que quase nenhuma efetividade foi alcançada quando se pensa nas finalidades da pena.

Vislumbra-se assim um modelo penal em que a resposta a quase todas as situações problema por ele enfrentadas é a carcerização. As alternativas penais são reservadas geralmente a situações em que a intervenção penal é desnecessária.

Conforme assegura Leonardo Sica (2007, p. 8-9), discorrendo acerca da falência da prisão e o fracasso das medidas alternativas:

curiosamente, as taxas gerais de encarceramento subiram vertiginosamente, contrastando com o discurso das alternativas e, mais do que tudo, indicando que algo está equivocado no enfoque ou na transposição prática de todo esse arcabouço de ideias para diminuir a utilização da pena de prisão. A título de exemplo, pesquisas mais recentes constatam que, nos EUA, o crescimento da população em presídios federais é impressionante [...]: de 1920 a 1980, a taxa de encarceramento variou de 80 para 150 presos em cada grupo de 100.000 residentes no país; de 1980 até o final de 2000, esta mesma taxa saltou para quase 450 presos em casa grupo de 100.000 cidadãos [...]. Uma das causas da carcerização crescente é a expansão do direito penal, que, sem realizar aqui qualquer juízo de valor sobre o fenômeno, parece ser uma tendência irreversível num curto prazo.

A título de curiosidade, no que diz respeito a número carcerário no Brasil, vale aqui transcrever importantes dados lembrados por Renato Campos Pinto De Vitto, em Coletânea de Artigos, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (2005, pp. 41-42):

Se no plano da elaboração legislativa, vivemos no Brasil, nas últimas décadas, um movimento pendular entre o garantismo penal e a doutrina da lei e da ordem, os números referentes ao sistema prisional preocupam: em 1995, ano de edição da alvissareira Lei 9.099/95, a população prisional equivalia a 148.760. Em 2003, esse número mais que dobrou, atingindo 308.304 encarcerados. Nesse mesmo período, triplicamos o número de vagas do sistema prisional

e quadruplicamos o número de estabelecimentos prisionais, mas o déficit de vagas subiu em 50%.

O atual sistema de política prisional evidencia problemas de aumento-diversificação da seleção de condutas criminalizadas em abstrato e em concreto, bem como da “redefinição da função do Estado” no tocante à repressão da delinquência, o que, segundo Selma Pereira de Santana (2010, p. 6):

a criminalidade deixa de situar-se à margem da sociedade, já que está em todo o lado, sendo o seu maior flagelo a criminalidade organizada, a principal responsável por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política criminal de segurança”.

Constata-se, portanto, que esse sistema de justiça penal constitui muito mais uma expressão de punição da pessoa do delinquente do que da prevenção de delitos e da recuperação e reinserção do infrator, já que se reserva às situações que justificariam uma intervenção penal necessariamente a pena de prisão.

Nas palavras de Michael Foucault, “naturalmente, damos um veredicto, mas ainda que reclamado por um crime, vocês bem ver que para nós funciona como uma maneira de tratar um criminoso; punimos, mas é um modo de dizer que queremos obter a cura” (2000, p. 23).

Pelo exposto, nota-se que o modelo penal é essencialmente retributivo e que tal característica inviabiliza a realização dos próprios fins por ele buscados.

Sustentar a ideia de que o atual modelo de justiça penal não se mostra satisfatório, frente aos inúmeros problemas apresentados pelo processo de criminalização é consensual, tanto que a busca por medidas alternativas é constante.

Para lidar com a constatação de que o sistema punitivo carcerário não consegue cumprir a missão que lhe foi estipulada gerando diversas outras situações conflito e de que ainda assim há uma insistência em sua manutenção, torna-se necessário abandonar o recorte até então aqui feito no plano da dogmática jurídica para o plano da realidade. Ou seja, o abandono do dever ser para a compreensão do que de fato é.

Primeiro cumpre ressaltar que uma conduta não é criminal por si só, e nem uma pessoa é criminosa porque possui traços genéticos e/ou sociais e/ou psíquicos que determinam essa característica. Criminoso é um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo, primeiro de *definição* dos tipos penais, em

que se atribui à conduta o caráter criminal, depois de *seleção* de certas pessoas dentre todas aquelas que cometem aquelas condutas, as quais são etiquetadas e estigmatizadas. (ANDRADE, 2011, p.03-04).

Ainda que a função declarada do sistema penal seja a prevenção de lesão a bens jurídicos considerados essenciais à manutenção do convívio harmônico, esse discurso encobre a utilização do sistema para a seleção dos indesejáveis, bem como do modelo carcerário para neutralizá-los. Basta lembrar, conforme já exposto neste trabalho, que 49% (quarenta e nove por cento) da população carcerária de 2008 era composta por condenados de crimes contra o patrimônio, fato que traduz uma uniformidade nessa seleção de condutas e releva a lógica de sua seleção: proteger patrimônio.

Encarando essa realidade e a confrontando com a situação de crise constante do sistema carcerário nota-se que a finalidade que ele de fato cumpre é insustentável face ao valor constitucional na dignidade da pessoa humana, porque traz a noção de que alguns são mais dignos que outros, na medida em que sua liberdade é alvo de restrição do Estado, sem a consideração de critérios igualitários. Logo, necessita ser abandonado, ou no mínimo, resignificado, afastando o pressuposto de sua necessidade enquanto tratamento às situações conflito tuteladas pelo Direito Penal, a partir do reconhecimento que existem caminhos alternativos a essa perversa lógica de encarceramento.

Dentre estes caminhos, e só sob esta condição, a Monitoração Eletrônica pode ser instrumento de restauração de parcela da dignidade humana do indivíduo, na medida em que substituirá uma restrição à liberdade no seu aspecto físico, psíquico, intelectual e mesmo fisiológico (na prisão não se escolhe o que se come nem o que se ouve ou vê, condicionando os indivíduos a percepções de tempo e espaço) por outra que restrinja na medida do possível apenas a sua liberdade de locomoção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou a função que a Monitoração Eletrônica vem a exercer no sistema jurídico brasileiro, confrontando os usos do sistema com as justificativas de sua implantação, bem como a sustentabilidade destas justificativas frente às experiências internacionais do instituto.

A Monitoração Eletrônica foi inicialmente pensada como um fator de condicionamento comportamental e conseqüentemente de prevenção da reincidência, esse era o intuito das primeiras experiências do Dr. Swchitzgebel e demais psicólogos pesquisadores em Harvard. Posteriormente, quando adota pela primeira vez na justiça criminal, o Juiz Jack Love a significou como uma medida alternativa à prisão com redução de custos. Foram com base nestes discursos que a ME passou a ser um pratica recorrente nos sistemas de execução penais em diversos países.

Concluiu-se que a ME não pode ser invocada na prevenção de reincidência pela própria inviabilidade científico a e operacional em se provar tal fato e também pela insustentabilidade de um discurso de controle pela vigilância frente ao sistema constitucional garantista, de modo a respeitar a esfera de autonomia mínima do indivíduo, e evitar os nefastos efeitos da instauração de uma sociedade disciplinar.

Já no tocante às demais justificativas, foi visto que elas são plausíveis e coerentes com o restabelecimento da função simbólica do direito penal, bom como com os direitos e garantias individuais do indivíduo.

Verificou-se também que a ME só é capaz de atender a estes discursos (redução de custos e população carcerária) quando de fato se apresentar como uma medida alternativa à prisão.

Na análise destes dois discursos justificadores, já se partiu da premissa de que a busca por soluções ao cárcere é necessária. Entendeu-se desnecessária a explanação de como o sistema prisional não funciona segundo suas próprias lógicas finalísticas, pois dizer que prender é ruim não implica em dizer que monitorar é bom. Se a busca é por medidas alternativas, a questão reside então em saber se e, em caso afirmativo, como a Monitoração Eletrônica oferece essa alternativa.

Notou-se que ao mesmo tempo em que se questiona a funcionalidade da prisão, qualquer medida alternativa que se proponha é, em regra, relegada a infrações de menor e médio potencial ofensivo, a condenados não reincidentes,

mantendo-se a prisão em todos os demais casos. Tal lógica é contraditória, se o sistema é ruim e busco alternativas, essas alternativas mantêm o próprio modelo carcerário e paradoxalmente o reforça.

Se a argumentação é no sentido de que o sistema carcerário deve destinar-se a condenados por infrações de grave potencial ofensivo, então conclui-se que os demais não devem estar nele. Se são reservadas a estas infrações outras medidas, então estas não são alternativas ao cárcere já que tais infratores não deveriam estar presos. Logo, as medidas ditas alternativas são de fato coadjuvantes ao sistema prisional. Assim, o discurso “a prisão é ruim e por isso vamos monitorar” se esvai, porque na realidade o sistema vai monitorar e prender. A prisão continuará sendo ruim. Logo, invocar a necessidade de se evitar as mazelas do sistema carcerário perde o sentido se a Monitoração Eletrônica em nada o altera.

De fato as medidas alternativas servem para alcançar uma parcela de condutas as quais o Direito Penal não deveria estar tutelando segundo sua própria racionalidade, em razão da gravidade da sanção penal convencional (prisão). Seguindo essa lógica, a tipificação de condutas de menor e médio potencial ofensivo perde o sentido. Quando a seleção de condutas criminais é feita segundo as tendências de ações de política criminal de supervalorização da função simbólica penal (hipertrofia legislativa e repressão da rede de repressão do Estado), origina uma situação desproporcional, em que a aplicação penal vai impor uma medida grave (prisão) para uma conduta de menor potencial ofensivo. Deste paradoxo parte a busca por soluções alternativas ao cárcere de modo a satisfazer dois propósitos: o primeiro restaurar a proporção da apenação, ou seja sanção grave para conduta grave¹⁰¹, passando as demais a serem substituídas a tratamentos alternativos; e ao mesmo tempo satisfazer a lógica de discurso de reconhecimento de problema carcerário e de busca de soluções¹⁰².

Gera-se então um ciclo, o Direito Penal abusa de sua função simbólica, essa por sua vez gera a criação de tipos penais de menor e médio potencial ofensivo, estes tipos geram uma inflação de demandas penais, que não são satisfeitas, comprometendo o sistema em sua viabilidade prática e na coerência de proporção da medida penal. Diante desse fato, busca-se soluções alternativas que na verdade

¹⁰¹ Do contrário a próprio a função do direito penal fica comprometida

¹⁰² Essa lógica inclusive satisfaz inclusive aos adeptos dos discursos minimalistas do direito penal.

são coadjuvantes para desafogar o sistema, destinando a elas a punição de condutas que sequer deveriam ser alvo de tutela penal.

Se as medidas fossem de fato alternativas não haveria restrição prévia baseada na pena in abstracto. Se eu entendo que a Monitoração Eletrônica é viável à substituição da prisão, ela deve fazê-lo, a priori em qualquer hipótese, só podendo ser afastada pelas exigências¹⁰³ do caso concreto.

No caso do Brasil, as hipóteses de Monitoração previstas pela Lei 12.258/2010 (prisão domiciliar e saída temporária em regime semiaberto) tem a função de aumentar o controle penal sobre a esfera de liberdade individual do apenado. Tal racionalidade não se sustenta face aos fins constitucionais em um ordenamento que preza pela dignidade da pessoa humana como valor fundante.

Já o caso da Monitoração Eletrônica como substituta à prisão cautelar, esta a princípio seria capaz de atender às finalidades de implantação do sistema, redução de custos e da população carcerária.

Em todo caso, deve-se se atentar para como essa utilização da ME vem sendo feita na prática dentro do ordenamento, pois ela em regra origina a manutenção de dois sistemas punitivos, o carcerário e o de ME. O que se vislumbra das experiências internacionais com o sistema é que a Monitoração Eletrônica vem sendo utilizada numa lógica de encrudescimento dos processos de exclusão e controle de indivíduos indesejáveis, significando a prática de monitorar como um meio de controle de pessoas, baseado em uma lógica de insegurança social, fomentado por demandas de uma sociedade de riscos e medos.

Em que pese o temeridade em se adotar a Monitoração Eletrônica, não se pode deixar de reconhecer vantagens trazidas pelo sistema enquanto alternativa ao cárcere, ainda que apenas sob o aspecto individual. Claro que deixar de ir à prisão ou sair um, dois ou doze meses mais cedo é melhor do estar nela. Mesmo que a ME não venha a se contrapor ao paradigma carcerário punitivo, o indivíduo, que não tem condições de se contrapor sozinho a ele, tem mais condições de preservar aspectos da liberdade individual do acusado (integridade física, moral, psíquica e fisiológica).

Contudo, o que não se pode fazer é utilizar esse argumento de promoção de benefícios individuais para encobrir a situação de tendência de expansão do controle penal, acobertando práticas que reproduzem a perversidade do sistema punitivo,

¹⁰³ Casos de violência ou de tráfico ilícito de entorpecentes. Enfim hipótese em que justifique o isolamento do apenado.

através da manutenção de prisões e aumento de penas, em meio a falsos discursos desencarcadores. Aceitar que a ME traz vantagens, mas que ainda assim se insere nesta lógica permite sempre repensar o instituto e frear práticas de controle que destoam de um sistema penal garantista. Freio extremamente necessário À preservação da dignidade inerente a todo ser humano.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social:** mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Santa Catarina, 1995. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=10263>. Acesso em: 26 fev. 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo Perspec.**, vol.18, no.1, São Paulo, Jan./Mar. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000100006&script=sci_arttext>, acessado em 16.09.2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** Introdução á sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BLACK, Matt; SMITH, Russel G. Electronic Monitoring in Criminal Justice System. **Trends and issues in crime and criminal justice.** Canberra, Australian Institute of Criminology, n. 254. 2003. Disponível em: < <http://cs.iupui.edu/~tuceryan/pdf-repository/Black2003.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. **Lei 12.258** de 15 de junho de 2010. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (código penal), e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prevê a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condado nos casos que especifica. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso nacional, 2010.

BRASIL. **Lei 12.403**, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos á prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011,

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. *In:* Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?:** Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília, 2008, p.169-180.

CASTRO, Josefina. **O desenvolvimento da reabilitação**. 2011. CEP. Disponível em: http://www.cepprobation.org/uploaded_files/EM2011_Conference_Report_Portugues_e.pdf. 2011. Acesso em: 16 mar. 2012.2011, p. 02

CÉRÉ, Jean-Paul. As novas tecnologias a serviço do direito penal: Monitoramento eletrônico estático e movél. *In*: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília, 2008, p.91-100.

DEPEN, Ministério da Justiça, Departamento penitenciário. Dados consolidados, 2008. Disponível em: [HTTP/www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C68B1624D2847509CPTBRIE.htm](http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C68B1624D2847509CPTBRIE.htm). Acesso em : 12 jan. 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I**: questões fundamentais e a doutrina do crime. Coimbra: Coimbra, 2004.

DOHERTY, Diana Louise. **Electronic monitoring of offenders in BritishColumbia : couples' perceptions of the impact on the home environment and the family**. *British Columbia*, 1994. Disponível em: <http://ir.lib.sfu.ca/handle/1892/7885>. Acesso em: 29 jan. 2010.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FÉVRIER, François. Monitoramento eletrônico na França. Enfoque institucional e profissional. *In*: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília, 2008, p.103-108.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

GABLE, Ralph Kirkland; GABLE, Robert S. **Electronic Monitoring: Positive Intervention Strategies**. Estados Unidos, 2005. Disponível em: <http://www.highbeam.com/doc/1P3-879665011.html>. Acesso em: 3 nov. 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARIBALDE, Gustavo. Prisão domiciliar controlada mediante monitoramento eletrônico. Aplicação Prática. *In*: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília, 2008, p.135-142.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da prisão**: Alternativas penais: Legitimidade e adequação, Salvador: Jus Podium, 2008.

HABERMANS, Jurgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade. V. I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Sobre a constituição da Europa**: Um ensaio. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal – parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. 2. ed. Madri: Marcial Pons Ediciones Juridicas S. A., 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. *In*: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília, 2008, p.13-35.

JOHN HOWARD SOCIETY OF ALABERTA. **Electronic Monitoring**, 2000. Disponível em: <http://www.ccoso.org/library%20articles/Albetrta.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2011.

KAMINSKI, Dan. **La livracion publique et privée de la surveillance életronique**, 2012. CEP, Balsta. Disponível em: <http://www.cepprobation.org/uploaded_files/Day-2.3-Presentation-Dan-Kaminski-text.pdf>. 2012. Acesso em: 02 dez. 2013.

LEAL, César Barros. **Vigilância eletrônica á distância**: Instrumento de controle e alternativa á prisão na América Latina. Curitiba: Juruá, 2011.

LILLY, Robert; NELLIS, Mike. The limits of techno-utopianism: Electronic monitoring in the United States of America. *In*: NELLIS, Mike *et al* (Coord.). **Electronically monitored punishment internacional and critical perspectives**. Oxon: Routledge, 2012, p.1-26.

LUHMANN, Niklas. **A sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O monitoramento eletrônico e a viabilidade de sua utilização no ordenamento jurídico-penal brasileiro. *In*: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília, 2008, p.183-192.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: Fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. São Paulo: Estampa, 2005.

MILITELLO, Vincenzo. Dogmática penal y política criminal desde uma perspectiva europea. In: ZAPATERO, Luis Arroyo *et al* (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. 1. ed. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 41-67.

NAO. **The electronic monitoring of adult offenders**. London: Stationery Office, 2006.

NELLIS, Mike. Surveillance and confinement: Explaining and understanding the experience of electronically monitored curfews. **European journal of probation**, University of Bucharest, v.1, n.1, p. 41-65, 2009. Disponível em: <http://www.ejprob.ro/uploads_ro/679/mn.pdf>, 2009. Acesso em: 10 abr. 2011.

NELLIS, Mike; ROSELL, Núria Torres. **Vigilância eletrônica e probation: Reabilitação de delinquentes e redução da população prisional**, 2011. CEP. Disponível em: <http://www.cepprobation.org/uploaded_files/EM2011_Conference_Report_Portuguese.pdf>. 2011. Acesso em: 16 mar. 2012.

NOBLE, Rosevelt. Alternatives to incarceration. **Tennessee Office of Criminal Justice Programs 2004 Byrne/JAG annual report**, Vanderbilt University, 2004. Disponível em: <<http://www.tn.gov/finance/adm/ocjp/documents/TN2005ByrneJAGReport.pdf>>, 2004. Acesso em: 02 mar. 2012.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: A prisão virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

OLIVEIRA, Janaina Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. In: DA ROSA, Alexandre Moraes; PRUDENTE, Neemias Moretti (Orgs.). **Monitoramento eletrônico em debate**. Rio de Janeiro: Lumen juris, v.1, 2012, p. 105-127.

OPPAGA - Office of Program Policy **Analysis & Government Accountability. Electronic Monitoring Expanded to Target Communities' More Dangerous Offenders**. Boletim nº 05-19. Disponível em: <www.oppaga.state.fl.us/reports/pdf/0742rpt.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2011.

PINTO, Susana; NELLIS, Mike. **Analysis of questionnaires**. CEP. Disponível em: <http://www.cepprobation.org/uploaded_files/EM2011_Conference_Analysis-of-EM-Questionnaires.pdf>., 2011. Acesso em: 21 ago. 2012.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALAREÉ, Hernán Hormazábal. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004

RAWLS, John. **Uma Teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RENZEMA, Marc. Evaluative research on electronic monitoring. *In: NELLIS, Mike et al (Coord.). **Electronically monitored punishment internacional and critical perspectives***. Oxon: Routledge, 2012, p.1-26.

ROUSSO, Lisa. Monitoramento eletrônico doméstico: exemplos e práticas nos Estados Unidos. *In: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília, 2008, p.125-131.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito**. Munich: Editorial Civitas, 1997.

-----**. Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAFFRAN, Jody Klein. **Electronic Monitoring vs. Halfway Houses: A Study of Federal Offenders**. Estados Unidos, 1995. Disponível em: <http://www.bop.gov/news/research_projects/published_reports/gen_program_eval/orepralternatives.pdf>. Acessado em: 6 nov. 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Mara Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCOTTISH executive. **Tagging Offenders: The Role Of Electronic Monitoring In The Scottish Criminal Justice System**. Escócia, 2008. Disponível em: <<http://www.scotland.gov.uk/consultations/justice/toem-02.asp>> .Acesso em: 2 fev. 2011.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHUTE, Stephen. Rastreamento de criminosos por satélite. Um estudo dos criminosos na Inglaterra e no país de Gales. *In: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília, 2008, p.65-87.

SOUZA, Luciano Anderson de. **A expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

TOURNIER. Pierre. V. ¿Esto funciona? A propósito del concepto de “buena práctica” en materia penal. **[Revista Española de Investigación Criminológica: REIC](http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004nota2.pdf)**. n. 2., 2004. Disponível em: <<http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004nota2.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2011.

U.S. CONGRESS, **Office of Technology Assessment, Criminal Justice**, New

Technologies, *and the Constitution*, OTA-CIT-366. Washington, 1988.
Disponível em: <http://govinfo.library.unt.edu/ota/Ota_3/DATA/1988/8809.PDF>.
Acesso em:
29 dez. 2011.

VACHERET, Marion; GENDROU, Josiane. Monitoramento eletrônico no Canadá: retrato de um sistema. *In*: Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. **Monitoramento eletrônico uma alternativa á prisão?**: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília, 2008, p.111-122.

VELJANOVIKSY, Cento. **A Economia do Direito e da Lei**: Uma introdução.1. ed. São Paulo: Instituto Liberal, 1994.

WEZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Régis Prado. São Pauto: Revista dos Tribunais, 2001.