



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**  
**Mestrado em Direito Público**

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE CONDUTA:**  
**uma alternativa constitucional e eficaz à pena**  
**privativa de liberdade no Estado Democrático de**  
**Direito**

**LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO**

**SALVADOR – BA**  
**NOVEMBRO DE 2012**

**LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO**

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE CONDUTA:  
uma alternativa constitucional e eficaz à pena  
privativa de liberdade no Estado Democrático de  
Direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial de avaliação para obtenção do título de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof.<sup>o</sup> Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello.

SALVADOR – BA  
NOVEMBRO DE 2012

T727

Tourinho, Luciano de Oliveira Souza,

Monitoramento eletrônico de conduta: uma alternativa constitucional e eficaz à pena privativa de liberdade no estado democrático de direito / por Luciano de Oliveira Souza  
Tourinho. – 2012.

198 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque

Mello.

Faculdade de

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,

Direito, 2012.

LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO

MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE CONDUTA:  
uma alternativa constitucional e eficaz à pena privativa de liberdade no  
Estado Democrático de Direito

Aprovada em: 30/11/2012

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof.º Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – Orientador  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof.º Dr. Dirley da Cunha Junior  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof.º Dr. George Sarmento  
Universidade Federal da Paraíba

Ao Deus da minha existência.

## AGRADECIMENTOS

A gratidão é um sentimento de nobreza, um símbolo de reconhecimento da presteza e da sinceridade. A sabedoria da Antiguidade Clássica nos ensina que “*a gratidão é a memória do coração*” (Antístenes).

Aos professores Dirley da Cunha Junior, Selma Santana, Marília Muricy, Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Cerqueira e ao responsável por minha orientação na construção dessa pesquisa, Sebástian Borges de Albuquerque Mello, por me oportunizarem uma elaboração cognitiva sólida e demonstrarem a vivacidade do Direito.

Aos meus pais, que representam minha bússola de vida.

Aos amigos que, ao longo dessa caminhada, estiveram ao meu lado, sendo compreensivos com as minhas ausências. Em especial, a Sandra Arruda, por quem cultivo grande respeito, carinho e admiração.

Aos colegas da Universidade Federal da Bahia que, durante o mestrado, fizeram nascer o sentimento de amizades sinceras, em especial, a Indaiá Mota, Adriana Wyzykowski e Ilana Martins.

Aos meus alunos do curso de Direito da Faculdade Guanambi, da Faculdade Independente do Nordeste, da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia, por não me deixarem esquecer que a docência é uma arte apaixonante. Mais do que alunos: amigos e companheiros de vida.

O poder de julgar de forma correta e discernir entre o verdadeiro e o falso, que é justamente o que é denominado bom senso ou razão, é igual em todos os homens; e, assim sendo, de que a diversidade de nossas opiniões não se origina do fato de serem alguns mais racionais que outros, mas apenas de dirigirmos nossos pensamentos por caminhos diferentes e não considerarmos as mesmas coisas. (DESCARTES, 2000, p. 6)

## RESUMO

O histórico do Direito Penal foi construído por barbaridades em nome da legalidade, considerada como sinônimo de justiça por longos anos. Assim, passou-se da lei severa que autorizava os suplícios e as torturas à privação da liberdade, objeto do clamor Iluminista. Apesar de ser pena recente na história desse subsistema jurídico, o cárcere se apresenta como alternativa falida ao programa punitivo, devendo ser paulatinamente atenuado e substituído quando do cometimento de ilícitos de menor potencial ofensivo. Essa necessidade é consubstanciada na garantia de realização dos fins principais da ciência da *ultima ratio*, bem como na proteção dos direitos constitucionalmente previstos, erigidos à condição de normas-princípios, como a dignidade da pessoa humana, fundamental à existência do Estado Democrático de Direito, a liberdade, a privacidade, a intervenção mínima do Direito Penal, a individualização e limitação das penas, dentre outros. O avanço tecnológico que descortinou o Século XXI às Ciências Criminais apresenta o monitoramento eletrônico de condutas como nova alternativa ao sistema punitivo, sendo tema de muitas discussões entre os mais respeitados teóricos da Ciência Jurídica. Nesse sentido, projetos de leis estaduais e federais nasceram, tornando-se parturientes de uma inovação que deverá ser implementada em todo o País nos próximos anos, e suscitando calorosas discussões sobre a sua constitucionalidade e eficácia da tecnologia de controle eletrônico, a partir da análise da Norma Suprema, dos resultados práticos previstos e das experiências em outras nações. O trabalho desenvolvido foi monográfico, em sua forma, com o emprego da metodologia bibliográfica e documental. A proposta de pesquisa adotada foi exploratória. Foi realizada uma abordagem histórica e comparativa da implementação do sistema de monitoramento de conduta em diversos países, elucidando as vantagens e desvantagens de tal sistema, utilizando-se, para tanto, do método crítico quando do estudo dos diversos desenvolvimentos teóricos sobre este sistema.

**Palavras-chave:** Pena Privativa de Liberdade. Princípios Constitucionais. Monitoramento Eletrônico de Condutas. Constitucionalidade. Eficácia.



## ABSTRACT

Criminal Law history was built up by atrocities in the name of legality, considered a synonym of justice for many years. Thus, the severe law that authorized the executions and acts of torture turned into imprisonment, object of the cry of the Age of Enlightenment. Despite being a relatively new punishment in the history of this legal subsystem, incarceration is presented as a faulty alternative in the punitive system, which should be gradually attenuated and replaced in case of offensive and illicit minor potential acts being committed. This need is consubstantiated in the guarantee of the *ultima ratio*'s accomplishment of its main aims, and in the protection of fundamental constitutional rights, based on precepts-principles such as dignity, which is essential to the existence of rule of law, liberty, privacy, Criminal law *ultima ratio*, individualization and limitation on punishments, among other issues. The technological advancement that opened up the XXI century to Criminal Sciences introduces the electronic tagging as a new alternative in the punitive system, becoming a theme for many discussions among the most renowned theorists in Legal Science. This way, federal and state bills were born, bringing forth an innovation that will be implemented all over the country in the coming years, and also arousing discussions about its constitutionality and the efficacy of electronic tagging technology, by analyzing the Constitution, the estimated practical results and the experiences in other countries. The monograph was written with the help of documental and bibliographic research and exploratory data analysis. Both history and comparative approaches of the implementation of electronic tagging in different countries were taken into account, as well as elucidating its advantages and disadvantages by means of critical method in the study of the manifold theoretical discussions on this theme.

**Keywords:** Imprisonment. Constitutional Principles. Electronic Tagging. Constitutionality. Efficacy.

## RESUMÉ

Le Droit Pénal s'est forgé à l'ombre de la barbarie exercée sous le couvert de légalité, faisant office de justice pendant de nombreuses années. Ainsi, la loi pénale qui autorisait l'exécution capitale et la torture se mua progressivement en incarcération, elle-même dénoncée par le siècle des lumières. Même s'il s'agissait d'une forme relativement nouvelle de sanction dans l'histoire de l'arsenal répressif, l'incarcération est envisagée comme une alternative allégée sur l'échelle des sanctions pénales, laquelle était invitée à être progressivement répressive eu égard aux délits mineurs commis. Ce besoin est consubstantiel à la garantie de la mise en œuvre d'une peine maximale en dernier ressort, autant que la défense des droits constitutionnels, basée sur des principes, comme la dignité, laquelle est essentielle à l'existence de la loi, de la liberté, de la vie privée, de la peine maximale, de l'individualisation et de la progressivité de la sanction, entre autres. Les avancées technologiques qui firent entrer la Criminologie dans le 21<sup>ème</sup> siècle introduisirent le marquage électronique comme une alternative dans l'échelle des sanctions judiciaires, alimentant parallèlement les polémiques au milieu des juristes les plus réputés. De cette façon, les projets de loi fédéraux et nationaux prirent forme, popularisant une innovation qui serait reprise dans tout le pays les années suivantes, mais également en soulevant des discussions autour de sa constitutionnalité et l'efficacité du marquage électronique, en analysant la Constitution, l'efficacité du procédé et les expériences conduites dans d'autres pays. La monographie fut écrite à partir de recherches bibliographiques et documentaires, et d'analyses statistiques. Les approches historiques et les expériences comparées de recours au marquage électronique furent prises en compte pour différents pays, tout comme les éclairages sur ses avantages et ses inconvénients grâce à une lecture critique dans l'étude de nombreuses discussions théoriques sur ce thème.

**Mots-clés:** Incarcération. Principes de Constitutionnalité. Marquage Électronique. Constitutionnalité. Efficacité

## RIASSUNTO

Lo storico del Diritto Penale fu costruito dalle atrocità in nome della legalità, considerata sinonimo di giustizia per lunghi anni. Dunque è passato dalla legge severa, che autorizzava le torture, alla privazione della libertà, oggetto di clamore dell'illuminismo. Pur essendo una pena recente, nella storia del sottosistema legale, la prigione si mostra come un'alternativa difettosa al programma punitivo, dovendo essere gradualmente attenuata e sostituita nel momento in cui sono state commesse infrazioni di reati minori. Tale necessità si concentra ad assicurare il conseguimento degli obiettivi principali dell'*ultima ratio*, come nella tutela dei diritti fondamentali, elaborati su norme-principi, come la dignità umana, fondamentale per l'esistenza di uno Stato Democratico di Diritto, la libertà, la privacy, l'intervento minimo del Diritto Penale, l'individualizzazione e limitazioni di sanzioni penali, tra gli altri. I progressi tecnologici che portarono alla luce il XXI° secolo alle Scienze Criminali presentano l'etichettatura elettronica come una nuova alternativa al sistema punitivo, essendo oggetto di molte discussioni tra i teorici più autorevoli della Scienza Giuridica. In questo modo, proposte di legge federali e statali nacquero, portando alla luce un'innovazione che sarà implementata da tutto il paese negli anni a venire e ci saranno anche discussioni riguardo la sua costituzionalità e efficacia della tecnologia di etichettatura elettronica analizzando la costituzione, le stime dei risultati pratici e le esperienze in altri paesi. Il lavoro sviluppato fu monografico, a suo modo, con l'uso della metodologia bibliografica documentale. La proposta della ricerca adottata fu esplorativa. È stato condotto un approccio storico e comparativo dell'attuazione del sistema di monitoraggio di condotta in diversi paesi delucidando i vantaggi e gli svantaggi di un tale sistema, utilizzando, a tale fine, il metodo critico nel momento di studio di vari sviluppi teorici su questo sistema.

**Parole Chiavi:** Prigione. Principi Costituzionali. Costituzionalità. Etichettatura Elettronica. Efficacia.

## RESUMEN

El historico del Derecho Penal fué construído por barbaridades en nombre de la legalidad, considerada sinónimo de justicia por muchos años. Por consiguiente, la ley severa que autorizó ejecuciones y actos de tortura se convirtió en encarcelación, razón del grito ilustrado. Además de esa pena ser reciente en la historia de este subsistema jurídico, la encarcelación se presenta como una alternativa defectuosa en el programa punitivo, y debería, por lo tanto, ser paulatinamente atenuada y sustituida cuando cometido actos ilícitos de menor potencial ofensivo. Esa necesidad es fundamentada para garantizar la realización de los fines principales de la ciencia de la *ultima ratio*, además de la protección de los derechos constitucionalmente previstos, erigidos a la condición de normas-principios, como la dignidad, esencial para la existencia de un estado de derecho, la libertad, la privacidad, los principios limitadores del derecho penal, la individualización y la limitación de las penas, entre otros. El avance tecnológico que desveló el siglo XXI a las Ciencias Criminales presenta la pulsera electrónica como una nueva alternativa al sistema punitivo, y se tornó tema de muchas discusiones entre los teóricos más respectados de la Ciencia Juridica. De esta manera, proyectos de ley estaduais y federales nacieron, siendo responsables por una inovación que debrá ser implementada por todo el país en los próximos años, y también suscitando nombradas discusiones sobre sua constitucionalidad y eficacia de la tecnologia de la pulsera electrónica, a partir del análisis de la Norma Suprema, de los resultados prácticos previstos y de las experiencias en otros paises. El trabajo desarrollado fué monográfico, en su forma, con el empleo de la metodología bibliográfica y documental. La propuesta de investigación adoptada fue exploratoria. Fue realizado un abordaje histórico y comparativo de la implementación del la pulsera electrónica en diversos países, elucidando las ventajas y desventajas del sistema, utilizándose del método crítico cuando del estudio de los diversos desarrollos teóricos sobre ese sistema.

**Palavras clave:** Encarcelamiento. Principios constitucionales. Pulsera electrónica. Constitucionalidad. Eficacia.

## ABSTRAKT

Die Geschichte des Strafrechts wurde durch die Barbarei im Namen der Legalität aufgebaut, gehalten für viele Jahre als Synonymie für Justiz. Auf dieser Weise wechselte es von dem strengen Gesetz, dass die Pein und Folterung erlaubte zu dem Freiheitsentzug, ein Objekt des Rufs der Aufklärung. Obwohl die Haft in der Geschichte dieses juristischen Subsystems neu ist, sie zeigt sich als eine gescheiterte Alternative für das punitive Programm, und soll deshalb stufenweise verbessert und ersetzt werden bei der Tat von kleineren Delikten. Diese Notwendigkeit ist mit der Garantie für die Realisierung der Ultima Ratio Hauptzweck verbunden, sowie bei dem Schutz den vorgesehen Verfassungsrechten, errichtet als Voraussetzung für den Rechtsgrundsatz, wie die Menschenwürde, grundlegend für die Existenz des demokratischen Staates, die Freiheit, die Privatsphäre, der minimale Eingriff des Strafrechts, die Individualisierung und Einschränkung der Strafen und Andere. Der technologische Fortschritt, dass das XXI Jahrhundert für die kriminell Wissenschaft eröffnete, zeigt die elektronische Überwachung als Alternative für das punitive System und wird dadurch Diskussionsthema der meisten anerkannten Theoretiker der Rechtswissenschaft. Daraufhin wurden bundes- und staatliche Projekten geboren, die seitdem als Beginn einer Innovation gelten, die in den nächsten Jahren im ganzen Land umgesetzt werden sollen und lösen zahlreiche Diskussionen über ihre Konstitutionalisierung und Effizienz der Überwachungskontrolltechnologie aus, von Analysen der Verfassung, von vorgesehen praktische Resultate und Erfahrung in anderen Länder. Die Entwicklungsarbeit war monografisch, die verwendeten Methoden waren bibliographisch und dokumentarisch. Es wurde ein explorativer Forschungszugang ausgewählt. Ein historischer und vergleichender Ansatz von der Umsetzung der elektronische Überwachung in verschiedenen Länder und die Verdeutlichung der Vor- und Nachteile von dem System wurde vorgenommen, dafür wurden kritische Methoden von den verschiedenen theoretischen Entwicklungen über dieses System ausgewertet.

**Stichwort:** Haft. Verfassungsgrundsätze. Elektronische Überwachung. Verfassungsmäßigkeit. Effektivität

## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

**ILUSTRAÇÃO 1 – Tornozeleira Eletrônica 1**

**ILUSTRAÇÃO 2 – Tornozeleira Eletrônica 2**

**ILUSTRAÇÃO 3 – Tornozeleira Eletrônica 3**

**ILUSTRAÇÃO 4 – Chip de Monitoramento Eletrônico**

**ILUSTRAÇÃO 5 – Incisão Cirúrgica para Introdução de Chip de Monitoramento Eletrônico**

**ILUSTRAÇÃO 6 – Sistema de Monitoramento Eletrônico de Conduas**

**ILUSTRAÇÃO 7 – Monitoramento de Sentenciados – Peça Única**

**ILUSTRAÇÃO 8 – Monitoramento de Sentenciados – Dispositivos de 2 peças**

**ILUSTRAÇÃO 9 – Monitoramento de Aproximação**

**ILUSTRAÇÃO 10 – Monitoramento Interno em Presídios**

## **LISTA DE TABELAS**

**TABELA 1 – População Carcerária Brasileira – Referência 11/2000**

**TABELA 2 – População Carcerária Brasileira – Referência 12/2005**

**TABELA 3 – População Carcerária Brasileira – Referência 12/2007**

**TABELA 4 – População Carcerária Brasileira – Referência 12/2011**

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	18
<b>2 INFLUÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO NA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL</b> .....	21
2.1 Evolução histórica dos direitos humanos: dimensões de direitos e garantias .....	30
2.2 Sistema Punitivo Prisional: uma análise à luz dos direitos fundamentais .....	46
<b>3 A CONSTRUÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONALIZADO</b> .....	62
3.1 Princípio da legalidade: uma garantia iluminista .....	70
3.2 Princípio da intervenção mínima: a tutela do bem jurídico constitucional-penal..	73
3.3 Princípio da lesividade: uma expressão da intervenção mínima .....	78
3.4 Princípio da adequação social: um limitador legislativo e interpretativo.....	79
3.5 O consectário principiológico da fragmentariedade .....	81
3.6 Princípios da responsabilidade pessoal e da individualização da pena: norteadores da atuação punitiva estatal.....	82
3.7 Princípio da limitação das penas: a efetividade do Estado Democrático de Direito	85
3.8 Princípio da proporcionalidade no Direito Penal.....	87
<b>4 FINALIDADES DAS PENAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: DA RETRIBUIÇÃO À RECONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA</b> .....	92
4.1 A retribuição como função da pena: <i>malum passionis propter malum actionis</i> ..	93
4.2 Teorias da prevenção: o caráter utilitário da pena .....	97
4.2.1 Prevenção especial: uma perspectiva individualizada da pena.....	98
4.2.2 Prevenção geral: a sociedade como destinatária da lei penal.....	102
4.3 Teorias mistas: combinação das funções de retribuição e de prevenção .....	108
4.4 Teoria restaurativa: a participação da vítima na construção da pena .....	112
<b>5 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE CONDUTA: UMA MEDIDA ALTERNATIVA OU MAXIMIZANTE?</b> .....	116
5.1 Histórico da Vigilância Eletrônica e suas características materiais .....	119
5.2 Hipóteses de aplicação do monitoramento eletrônico e sua natureza jurídica ..	126
5.3 Experiências internacionais do monitoramento eletrônico de conduta: uma análise global do controle.....	131
5.4 O monitoramento eletrônico no Brasil: evolução histórica e perspectivas.....	146
5.5 A oposição ao monitoramento eletrônico de conduta: aspectos negativos do controle .....	159
5.6 Incursões teóricas e pragmáticas sobre os aspectos positivos do controle eletrônico de conduta .....	167
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	175
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	179



<b>REFERÊNCIAS NORMATIVAS.....</b>	<b>191</b>
<b>REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS.....</b>	<b>193</b>
<b>ANEXO 1 – Tornozeleira Eletrônica 1</b>	
<b>ANEXO 2 – Tornozeleira Eletrônica 2</b>	
<b>ANEXO 3 – Tornozeleira Eletrônica 3</b>	
<b>ANEXO 4 – Chip de Monitoramento Eletrônico</b>	
<b>ANEXO 5 – Incisão Cirúrgica para Introdução de Chip de Monitoramento Eletrônico</b>	
<b>ANEXO 6 – Sistema de Monitoramento Eletrônico de Condutas</b>	
<b>ANEXO 7 – Monitoramento de Sentenciados – Peça Única</b>	
<b>ANEXO 8 – Monitoramento de Sentenciados – Dispositivos de 2 peças</b>	
<b>ANEXO 9 – Monitoramento de Aproximação</b>	
<b>ANEXO 10 – Monitoramento Interno em Presídios</b>	
<b>ANEXO 11 – População Carcerária Brasileira – Referência 11/2000</b>	
<b>ANEXO 12 – População Carcerária Brasileira – Referência 12/2005</b>	
<b>ANEXO 13 – População Carcerária Brasileira – Referência 12/2007</b>	
<b>ANEXO 14 – População Carcerária Brasileira – Referência 12/2011</b>	

# 1 INTRODUÇÃO

As relações e os valores sociais estão em constante mutação. Nessa medida, por vezes, a sociedade erige como valor basilar a segurança jurídica. De forma diversa, em outros momentos históricos, a Justiça parece ser o sentimento que envolve todas as interações e norteia os parâmetros de atuação do Direito, que, deveras, reflete, ou deveria refletir, aqueles valores.

Assim se construiu a história do Direito Penal: longos séculos de barbáries em nome de um sentimento coletivo de vingança e de retribuição do mal pelo mal, numa vertente privada, desproporcional e, por ocasiões, irracional. Não muito longe desse sistema punitivo está a vingança pública, alterando-se apenas o sujeito executor dos castigos e suplícios.

Após vários períodos de tutela penal de bens ponderados como relevantes pela sociedade, considerando-se cada contexto histórico-cultural, os tempos atuais são marcados pela necessidade de uma leitura penal a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais, com a consideração de um paradigma de realização da dignidade humana.

No que se refere às finalidades das penas, que, destarte, revelam a própria finalidade do Direito Penal, passamos de uma mudança de concepção retribucionista, destruindo velhas fórmulas punitivas da vingança, até à prevenção geral e especial em seus aspectos positivos e, na modernidade, com a construção de uma justiça participativa, revelando uma natureza democrática, na ideia de restauração com o resgate da vítima de uma escuridão processualística-formal, ou de simplórias atenções as suas necessidades, para sua observação enquanto sujeito de direitos que foram abalados e que merecem uma reparação.

De outro lado, o agente que ofendeu a constância social não deve ser gravemente atingido por medidas que pouco ou nada contribuem para sua melhoria enquanto membro da sociedade: o fato de ter praticado um ilícito de natureza penal não é capaz de apagar os seus direitos que foram historicamente concebidos, o que constitui um núcleo fundamental inatingível.

Construção legítima a partir de uma demolição justificante ilegítima de atuação do Estado, a perspectiva de uma leitura principiológica das sanções penais,

seja como norteadora da construção legislativa, seja como conjunto de elementos auxiliares à interpretação daquelas regras e, principalmente, como limitador à atuação do sistema punitivo, torna-se necessária, constituindo exigência no atual Estado Constitucional de Direito.

Nesse palco de relações construtivistas, merecem destaque os princípios orientadores do Direito Penal que balizam a própria existência desse sistema jurídico, refletindo a historicidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, desponta-se como imperiosa a verificação da adequação dos fins das penas já existentes, considerando-se, ainda, aqueles que foram construídos recentemente a partir de uma nova perspectiva penal, em decorrência da valoração àqueles direitos, considerados como essenciais à existência digna do homem.

Na presente construção teórica, o controle eletrônico de conduta será apontado como possível alternativa no sistema penal, com caráter substitutivo à pena privativa de liberdade em casos de crimes de menor e médio potencial ofensivo, e como instrumento de fiscalização à liberdade vigiada, através da utilização da tecnologia de monitoramento eletrônico de presos. Para tanto, serão apresentadas as mais diversas opiniões doutrinárias correlatas ao tema em estudo, numa ótica constitucional do subsistema jurídico-dogmático das Ciências Criminais.

Para melhor sistematização e, conseqüentemente, compreensão do estudo que ora se apresenta, a abordagem será realizada em quatro momentos distintos, no entanto, interdependentes: numa primeira ocasião, serão discutidas as influências do constitucionalismo na construção histórica do Direito Penal, oportunidade em que se fará uma incursão teórica à privação da liberdade como mecanismo sancionatório. Com uma natureza essencialmente crítica, a discussão proporcionará uma visão reformuladora das perspectivas penais. Num segundo período, o estudo sobre as finalidades das penas no Estado Constitucional do Direito serão colocadas em evidência, a fim de permitir melhor compreensão da necessidade de realização da dignidade humana da pessoa apenada. O terceiro capítulo será destinado à apresentação dos princípios constitucionais penais, fornecendo subsídios para as críticas que se estabelecerão nos estudos do quarto capítulo, que demonstrará o monitoramento eletrônico de condutas e, ao final, verificará as experiências em outros países, bem como as recentes inovações legislativas no Brasil que preveem a utilização do programa de controle eletrônico.

Os objetivos essenciais estão direcionados à tentativa de evidenciar a (in)constitucionalidade da adoção de um sistema eletrônico de monitoramento de conduta nas hipóteses a serem estudadas, e de demonstrar a possível eficácia da utilização de tal programa como alternativa para se alcançar os fins pretendidos pelas normas penais e pelos benefícios concedidos na fase de execução.

Indubitável que a conjuntura atual apresenta uma verdadeira tentativa de construção de um modelo penal moderno, o que demonstra uma nova edificação paradigmática. É inegável e, até certo aspecto, inevitável, a demolição do projeto liberal que se arrasta por séculos, com supostos traços humanistas originários do movimento iluminista, para a apresentação de um cenário em que os valores se diferenciam a partir da releitura principiológica e, ainda mais, com a legitimação do próprio Direito Penal.

A discussão que parece surgir nesse momento se direciona para a existência de um novo paradigma. Por certo, a dúvida existe entre aqueles que debatem tal matéria, o que não enfraquece a construção de um modelo alternativo. Ao contrário, demonstra que as diversas opiniões são essenciais à elaboração democrática de um modelo penal.

O panorama teórico que ora se delineia será direcionado por uma proposta metodológica exploratória, buscando informações relativas ao tema central. Ademais, realizar-se-á uma abordagem histórica e comparativa da implementação do programa de monitoramento de conduta em diversos países, elucidando os aspectos positivos e negativos desse sistema.

O processo foi executado com a coleta de documentos textuais, envolvendo legislações diversas, doutrinas pertinentes e publicações de caráter técnico. Após o levantamento desses dados, foram ressaltadas as análises das questões da temática central e, ao final, a textualização e montagem da dissertação.

## 2 INFLUÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO NA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

A construção histórica humana revela um caráter dialético constante. Nesse contexto são iniciadas as discussões sobre as influências do constitucionalismo na elaboração do Direito Penal. Por certo, esse palco de debates será, por muito tempo, movido por forças apolíneas e dionisíacas, como já denotava Nietzsche (2006): uma dialética que, de longe, deixa transparecer o caráter próprio das ciências jurídicas, com suas características de constantes transformações.

Por um lado, o espírito apolíneo será responsável pelo discurso conservador, operando-se na defesa da manutenção do modelo clássico, sustentado na desnecessidade de reformulação dos preceitos penais e na efetivação das garantias e do conjunto de sanções que foi apresentado durante tantos anos. De outro, o espírito revolucionário de Dionísio permeará os pensamentos mais ousados, fazendo aparecer, ou mesmo revelar, um sentimento de destruição dogmática punitiva, com o objetivo de recriar um sistema penal apto a alcançar suas finalidades, numa perspectiva de integração e realização constitucionais.<sup>1</sup>

René Descartes (2000), ao elaborar seu discurso sobre o método, deixou transparecer sua vontade revolucionária quando da apresentação de uma alegoria que beira a simplicidade do ideal alternativo: é preciso demolir o prédio construído há anos, marcado pelas manchas do tempo e pelas infiltrações de ideais ilegítimos. Mais necessário ainda é edificar um novo paradigma com alternativas reais e viáveis, ainda que se utilize dos materiais daquilo que foi destruído.

O caminhar pela história penal revela uma construção de barbaridades

---

<sup>1</sup> A analogia que ora se utiliza revela o sentimento de necessidade de (re)construção paradigmática, facilmente percebida nas palavras de Friedrich Nietzsche, ao escrever sobre a Origem da Tragédia: “Aquele que não chegou a ver, ansiando-se ao mesmo tempo para muito além daquilo que via, dificilmente poderá representar-se quão determinada e claramente existem, paralelamente ambos os processos na consideração do mito trágico e quão determinada e claramente são sentidos; enquanto os verdadeiros espectadores estéticos poderão confirmar que, entre os efeitos estranhos da tragédia, é, sem dúvida, aquele paralelismo o mais digno de nota. Transfira-se agora este fenômeno do espectador estético, num processo analógico, ao artista trágico, e ter-se-á entendido a gênese do mito trágico. Ele compartilha com a esfera apolínea da arte do prazer total na aparência e no olhar, mas nega ao mesmo tempo este prazer, tendo satisfação ainda superior na destruição do mundo-aparente visível. [...] da base dionisíaca do mundo, somente deve passar ao conhecimento do indivíduo humano aquilo que possa novamente ser vencido pela força apolínea da transfiguração, de forma que ambos os impulsos artísticos se veem obrigados a desenvolver suas forças em proporção recíproca, segundo a lei da justiça eterna.” (NIETZSCHE, 2006, pg. 211; 217)

legitimadas pelo discurso do poder. Em verdade, a utilização desse sistema denota a força coercitiva estatal, em busca de sua afirmação pela utilização das punições que se justificariam na pretensa necessidade de regular a paz social. Assim, durante muito tempo, o caráter retribucionista da pena foi capaz de conquistar o pensamento da sociedade, com a aplicação de um mero silogismo formal, em que a lógica da vingança se perpetuaria, ainda que num segundo plano ideológico, com a face de um Direito Penal caracterizado por sua extrema crueldade, representado pela utilização da força como instrumento capaz de frear a desobediência constante de alguns sujeitos que resistissem a acatar as ordens do Estado (ORTEGA, 2003).

Ainda nas fases primitivas da civilização, as vontades individuais dos homens prevaleciam em relação ao interesse coletivo. É nesse contexto que se observa a prática das maiores barbáries em nome de uma justiça privada: a satisfação de uma pretensão era obtida a partir do uso da força, inicialmente, pelo particular e, em momento posterior pelo Estado que, ao avocar o *jus puniendi*, acabou por exercê-lo por seus próprios critérios, de forma parcial, dependente e interessada (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001).

Esse caráter punitivo se mostrou arbitrário, ainda mais quando se tem por referência temporal os séculos XVI e XVII, com a apresentação de uma legislação penal incoerente e ambígua. O amplo grau de discricionariedade conferido ao julgador aliado às indeterminações descritivas dos tipos penais e de seus preceitos de ordem secundária caracterizam um cenário de manifesta arbitrariedade. Sobre esse período, ressalta Manuel Segura Ortega (2003, p. 462) que

las disposiciones penales no solo otorgan un amplísimo margen de libertad al arbitrio judicial sino que, al mismo tiempo, no realizan una descripción completa de los distintos tipos delictivos. Por otra parte, la determinación de las penas tampoco es precisa. Es cierto que en algunas ocasiones las penas aparecen previamente determinadas – las llamadas penas legales ordinarias – pero, generalmente, cuando los hechos acaecidos se separan en algo del tipo descrito en la norma como consecuencia de la concurrencia de determinadas circunstancias, a cuantía de la pena era fijada por el juez sin que tuviera que sujetarse a ningún criterio; es decir, al juez le correspondía valorar las circunstancias y en función de ellas imponía una “pena arbitraria”. Conviene señalar que las ocasiones en las que se aplicaban penas arbitrarias eran muy numerosas y en la práctica puede decirse que constituían la regla general, lo cual reforzaba injustificadamente el papel desempeñado por el juez.

A conjectura atual apresenta uma verdadeira tentativa de construção de um modelo penal moderno, o que, destarte, demonstra uma nova edificação paradigmática<sup>2</sup>. É inegável e, até certo aspecto, inevitável, a demolição de projetos punitivos que se arrastam por séculos, com supostos traços humanistas, para a apresentação de um cenário em que os valores se diferenciam a partir da releitura principiológica e, ainda mais, com a legitimação do próprio Direito Penal<sup>3</sup>.

Nesse sentido, podem ser reveladas com importância singular as influências do constitucionalismo no Direito Penal, seja como limitador da atuação estatal norteada por conceitos distorcidos de justiça, seja como orientador da aplicação da lei penal e, ainda, como obstáculo às cominações e aplicações de penas arbitrárias.

Essas considerações nascem de uma leitura do constitucionalismo a partir da relevância atribuída à Constituição, considerada como instrumento que realiza o ideal de liberdade humana, com criação de poderes e, de forma complementar, sua limitação, como instrumento de oposição às arbitrariedades de governos. Ao contrário do que se concebe, o constitucionalismo não significa um simples processo histórico de elaboração da Constituição, o que já se realiza em sociedades politicamente organizadas. Como bem leciona Dirley da Cunha Junior (2011, p. 33), trata-se, antes de tudo, de um movimento inspirado em ideais libertários:

O constitucionalismo se despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por idéias libertárias que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política

---

<sup>2</sup> Toda construção paradigmática exige a destruição de antigas fórmulas, ainda que parcialmente. A elaboração de um novo projeto punitivo pode ser considerada como uma profunda alteração na forma de controle social formal, na medida em que se abandona antigos instrumentos de exercício do *ius puniendi* para a formulação de novos mecanismos, em razão das mais variadas observações acerca da ausência de efetividade dos modelos pretéritos. Assim se constrói um novo paradigma, consoante lições de Thomas Khun (2004, p. 128), ao explicar que “*la historia de la ciencia indica que, sobre todo en las primeras etapas de desarrollo de un nuevo paradigma, ni siquiera es muy difícil inventar esas alternativas. Pero es raro que los científicos se dediquen a tal invención de alternativas, excepto durante la etapa anterior al paradigma del desarrollo de su ciencia y en ocasiones muy especiales de su evolución subsiguiente. En tanto los instrumentos que proporciona un paradigma continúan mostrándose capaces de resolver los problemas que define, la ciencia tiene un movimiento más rápido y una penetración más profunda por medio del empleo confiado de esos instrumentos. La razón es clara.*”

<sup>3</sup> Nessa mesma vertente cognitiva, Antonio García-Pablos de Molina, Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2009, p. 209) afirmam que “numa sociedade conflitiva, pluralista e democrática (tal como a de nosso tempo) o *ius puniendi* estatal pode se apresentar como instância pública capaz de resolver o conflito criminal – e as expectativas que ele gera – de forma pacífica e institucional, de forma racional, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Só o *ius puniendi* estatal encontra-se em condições de assegurar a justa tutela dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência privada assim como a autodefesa.”

lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes. É claro que, para o sucesso do constitucionalismo, agigantou-se a necessidade de que aquelas idéias libertárias fossem absorvidas pelas Constituições, que passaram a se distanciar da feição de cartas políticas a serviço do detentor absoluto do poder, para se transformarem em verdadeiras manifestações jurídicas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime constitucional de liberdades públicas.

Na modernidade, o constitucionalismo se fundamenta na concepção de Constituição escrita, com força normativa capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político, possuindo a rigidez como característica essencial, concebida como norma suprema, com procedimentos especiais e solenes para alteração de seu conteúdo (CUNHA JR., 2011).

Assim, como subsistema jurídico que é, o Direito Penal deve ser interpretado através de uma visão constitucional, com a validade de suas normas fundada nas diretrizes máximas da Norma Superior, coadunando com o caráter limitado de atuação estatal quando da aplicação de sanções penais. Caso contrário, poderão, ao confrontarem-nas, ser declaradas como não-recepcionadas ou inconstitucionais pela Corte Suprema. Sobre a importância em observar os preceitos constitucionais, é imperioso mencionar que, como guardião da legalidade constitucional, o juiz possui uma importante missão, em particular o juiz criminal, no sentido de julgar a própria lei a ser aplicada, antes mesmo de julgar os fatos. Vale dizer, é julgar a sua compatibilidade – formal e substancial – com a Constituição, para, se a entender lesiva à Constituição, interpretá-la conforme a Constituição ou, não sendo isso possível, deixar de aplicá-la ao reconhecer sua inconstitucionalidade (QUEIROZ, 2008).

O constitucionalismo percebido à época do Estado Liberal elevou à categoria principiológica a legalidade, como forma de limitação do poder estatal. No âmbito penal, tal fundamento constitui, ainda hoje, uma garantia que obsta a imposição de incongruências do sistema punitivo.

É nesse cenário teórico que se despontam os ensinamentos de Santiago Mir Puig (2011), ao afirmar que o Estado liberal clássico objetivou uma limitação jurídica do poder punitivo, preocupando-se mais com as garantias daquele que, porventura, afrontasse o comando normativo penal. Assim, *“la limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de*



*igualdad ante la ley, tras cual se mantenía una concepción idealista del hombre, como hombre-razón.” (MIR PUIG, 2011, p. 17)*

Não se olvida que as influências do Iluminismo constituem marcas presentes na história penal, direcionando à indissociabilidade entre esse sistema jurídico e o caráter garantista apresentado àquela época. Nesse sentido, Luis Gracia Martin (2005) preleciona que o modelo penal da Ilustração revela um discurso acerca da criminalidade fundado no liberalismo, o que autoriza a justificação dos enunciados do modelo numa ótica principiológica, limitando o campo do que poderia ser castigado e definindo como punir e o que deveria ser punido. Seria necessário, por tal perspectiva, limitar o poder punitivo estatal em relação ao indivíduo, como bem salientou Luis Prieto Sanchís (2001), o que foi considerado como fundamento das propostas de reforma do Direito Penal entre os ilustrados da segunda metade do século XVIII.

Ao elaborar comentários acerca dos precedentes intelectuais da humanização do Direito Penal, Jerónimo Betegón Carrillo (2003, p. 485) ressaltou a importância da filosofia iluminista para a reforma penal, afirmando que

la tarea inmensa de la reforma penal y procesal sólo encontró su oportunidad en el marco de la filosofía de la Ilustración, y más concretamente en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando se supo contraponer a las construcciones ideales, metafísicas, y abstractas forjadas a lo largo del siglo XVII, el espíritu práctico de acción que caracteriza al filósofo de la Ilustración.

A constituição crescente do Estado Liberal, cujo marco histórico foi alicerçado no ideal burguês da Revolução Francesa de 1789<sup>4</sup>, reafirmou a função do Estado como interventor mínimo, garantidor apenas dos bens mais relevantes para a

---

<sup>4</sup> A Revolução Francesa marcou o fim de uma época e a inauguração de outra, com o fim do regime feudal e a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem. Por certo, essa mudança paradigmática alterou substancialmente a teoria e a prática políticas, no que diz respeito à relação entre governantes e governados, dominantes e dominados, príncipe e povo, soberano e súditos, Estado e cidadãos. Num primeiro momento, vislumbra-se a ideia do soberano dominador em relação aos súditos, que deveriam obedecê-lo, pois era ele quem conferia uma esfera de liberdade que, diga-se, era limitada, numa clara relação de superioridade do direito público. O pensamento político moderno nasceu de uma inversão de valores, com a apresentação da existência de um estado anterior, não natural, mas artificial, criado pela união voluntária dos indivíduos. Nesse estado originário, sem sociedade e sem Estado, os homens vivem sem leis além das leis naturais. Esta é, em verdade, uma concepção individualista da sociedade e da história, refutando-se o organicismo: primeiro o indivíduo, e não a sociedade. Dessa inversão que ora se observa, nasce a democracia moderna, considerada como o poder dos indivíduos tomados um a um, de forma a considerar a participação livre de cada um nas tomadas de decisões coletivas. (BOBBIO, 2004, p. 103-110)

sociedade numa perspectiva individual. Tratou o movimento revolucionário da construção de um legislador virtuoso<sup>5</sup>, apontado como objetivo primeiro, no sentido de construir um corpo normativo capaz de respeitar os direitos do indivíduo enquanto expressão imprescindível à realização da vontade geral. Numa vertente abstrata, foi erigida *“la imagen pacífica de un legislador virtuoso, que en cuanto encarna de manera indolora la voluntad general es de por sí capaz de ofrecer, en la línea teórica de la revolución, el máximo de certeza y de garantía de os derechos.”* (FIORAVANTI, 2007).

As influências do pensamento revolucionário conduziram a atenção à edificação do bem jurídico penal, numa concepção individualista. Assim, ressalta Luiz Regis Prado (2009) que o conceito liberal de bem jurídico<sup>6</sup> possui um conteúdo material que pertence à política jurídica, sendo selecionado de acordo com um valor cultural, a fim de receber do Estado uma tutela máxima.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> A expressão *“legislador virtuoso”* foi utilizada por Maurizio Fioravanti (2007, p. 73), ao explicar que *“en la revolución no existe entonces ningún intento serio de contraponer el derecho natural de las libertades al derecho positivo dado por la ley del Estado, individualizando en el primero un verdadero límite externo a la autoridad del segundo del cual partir para construir un sistema de garantías. El objetivo verdadero de la revolución es otro: construir un legislador virtuoso, necesariamente respetuoso con los derechos de los individuos en cuanto expresión necesaria de la voluntad general.”*

<sup>6</sup> O conceito de bem jurídico continua sendo objeto de investigação da Ciência do Direito. De forma concisa, preleciona Günther Jakobs (2011, p. 16-17) que *“um bem é um fato positivamente valorado. O termo fato entende-se, aqui, em sentido amplo, de modo que o conceito não engloba somente objetos (físicos e outros), mas também situações e processos. Um bem converte-se em bem jurídico ao gozar de proteção jurídica. Não obstante, pode-se argumentar que a proteção jurídica seja prova suficiente e determinante para a valoração positiva do fato.”* Jakobs busca nas lições de Handbuch Binding, Franz Von Liszt, Arthur Kaufmann-Festschrift, Einwilligung Honig e Frank-Festgabe Grünhut, o conteúdo material do conceito de bem jurídico e, de forma conclusiva, afirma que *“o bem jurídico é, então, positivamente determinado, e o conceito engloba ‘tudo aquilo que, aos olhos da lei, enquanto condição da vida saudável da sociedade, é valioso para esta último.’* A concretização dessa determinação conduz a uma *‘enumeração um tanto quanto tumultuada dos bens de capital do ordenamento jurídico’*, ou seja, não é possível ler uma teoria da sociedade nessa enumeração, mas apenas as oscilações e os compromissos da prática. Porém, nessa variante positivista também se esconde um aspecto crítico para o Direito positivo: se existe um bem jurídico, é porque a lei considera algum fato como valioso para a *‘vida saudável’*, o que falta quando a lei regula formas de comportamento cujo rendimento não é valioso para algo, mas constitui um valor em si mesmo, sobretudo quando a lei prescreve um comportamento moral enquanto tal. Entretanto, esse resíduo crítico do conceito de bem jurídico também pode ser reduzido compreendendo-se a definição do conceito de modo tão elástico que ele inclua, por excelência, toda e qualquer finalidade de regulação. O bem jurídico deve ser entendido, então, como *‘sentido e finalidade de cada um dos princípios penais’* ou como *‘abreviação da noção de finalidade’*.”

<sup>7</sup> Luiz Regis Prado (2009), ao escrever sobre o bem jurídico penal numa ótica constitucionalizada, afirma que o Direito Penal se propõe a proteger os bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade, considerando, para tanto, uma operação valorativa de natureza social e histórica. Não deixa, todavia, de apresentar a legitimação substancial do Direito Penal para outros autores, como Jakobs, para quem a missão daquele sistema jurídico é de assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, garantindo o funcionamento do sistema social. A preocupação, portanto, não é a proteção de bens jurídicos relevantes, como informou Prado, pois, diante de uma situação de aplicabilidade da

Estamos diante dos frutos de um clamor iluminista em que os princípios inseridos numa Norma Suprema seriam norteadores da legalidade e da legitimidade de todo um ordenamento jurídico. Nasce, portanto, uma perspectiva de Direito Penal protetor de direitos, capaz de assegurar a todos o seu exercício efetivo, como expressão máxima da existência individual num Estado democrático:

Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente en sentido negativo como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, en particular contra agresiones provenientes de determinadas personas. (...) No se puede ignorar aquella parte de la inseguridad urbana debida efectivamente a comportamientos delictuosos. No obstante, la necesidad de seguridad de los ciudadanos, no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de todos los propios derechos: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada un (BARATTA, 2000, p. 48).

Além de proporcionar uma segurança jurídica e, de forma consequencial, uma garantia contra arbitrariedades, vislumbra-se, ainda, como influência daquele momento histórico, a difusão da privação da liberdade como pena autônoma e humanizadora, na medida em que afastava o ideal punitivo corporal pelos suplícios e castigos desproporcionais e degradantes, refutando o caráter aflitivo imposto como forma de sanção, como aponta Cesare Beccaria (2002), em seu manifesto iluminista intitulado “Dos delitos e das penas”, no século XVIII, o que será objeto de análise em momento específico.

No avançar da história, é possível perceber uma profunda alteração do constitucionalismo, com imposição às novas Constituições de uma preocupação econômica e social, o que representou o nascimento de um Estado de modelo

---

regra penal, já foram atacados. A finalidade penal saíria do âmbito protecionista do bem, para, então, tutelar a prescrição normativa.

intervencionista e social, com prestações positivas dirigidas à sociedade, em substituição à situação passiva do Estado liberal. Dirley da Cunha Jr (2011, p. 39) leciona que este momento histórico é marcado pela “passagem do Estado liberal ao Estado social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.”

Essa fase de transição revela, mais uma vez, uma mudança de paradigmas<sup>8</sup>, a partir da delimitação de novos contornos de atuação estatal. A própria transformação social conduziu ao nascimento e ao crescimento dos direitos sociais, fenômeno inteiramente evidente. Esse cenário de direitos exigiu do Estado uma posição positiva, de intervenção e de prestações de serviços sociais, o que só seria possível com um grau de desenvolvimento tecnológico e econômico. Esses direitos foram, portanto, revestidos de um caráter de socialidade (BOBBIO, 2004, p. 68-71)

No âmbito do Direito Penal, esse momento se revela como propulsor da desmaterialização do bem jurídico penal (AMELUNG, 2011). Trata-se da antecipação da tutela penal como instrumento apto a assegurar a paz social, com uma atuação ampla de proteção aos denominados bens jurídicos abstratos. Nesse contexto estão as lições de Claus Roxin (2006), ao tratar dos fundamentos e da estrutura da teoria do delito. O abrigo penal aos bens jurídicos supra-individuais também ganha força nesse cenário histórico, a partir da preocupação estatal em garantir a máxima tutela para exercício dos direitos, sem a intervenção ilegítima de terceiros, como esclarece Luis Gracia Martín (2005).

Em meados do século XX, o constitucionalismo alcançou novos contornos, com o reconhecimento da supremacia material e axiológica da Constituição. Em consonância com as lições de Dirley da Cunha Jr. (2011), o novo paradigma revelou o nascimento do Estado Constitucional de Direito, com uma perspectiva de leitura jurídica a partir da ótica constitucional suprema, do neoconstitucionalismo.

---

<sup>8</sup> As mudanças que ocorrem no seio da sociedade, sejam sociais ou jurídicas, sempre inferem numa construção dialética, oportunidade em que são erigidas novas perspectivas fundamentais à solidificação de uma nova ordem e deixadas aos domínios da história e da memória antigas formulações teóricas e práticas. O resultado desse processo histórico-evolutivo demonstra, de forma indubitável, a aceitação de novos paradigmas. Assim, *“la decisión de rechazar un paradigma es siempre, simultáneamente, la decisión de aceptar otro, y el juicio que conduce a esa decisión involucra la comparación de ambos paradigmas con la naturaleza y la comparación entre ellos.”* (KHUN, 2004, p. 129)

Como se deixou antever, a influência do Estado Legislativo de Direito permeava as construções jurídicas, com uma elevação da Lei e da Legalidade como fontes únicas de legitimação do Direito. No modelo de Estado Constitucional de Direito, a força constitucional irradiante alcançou todo o ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa. (*idem, ibidem*)

Ainda por tais ilações, é autorizado afirmar que a legalidade se submete à força constitucional, não podendo dela se afastar. Nesse sentido, seu conteúdo passa a ser preenchido, também, por uma construção valorativa e, ainda, de realização de dignidade humana, o que será reforçado em momento próprio, quando da abordagem da relação entre Direito Penal e os direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo se revelou como verdadeiro movimento de constitucionalização do Direito, reconhecendo a força normativa dos princípios, e recuperando a relação entre Direito, Ética, Moral e Justiça, com a realização de seus conteúdos materiais, consubstanciados na proteção dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, “o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente substancialista preocupada com a realização dos valores constitucionais.” (DIRLEY JR, 2011, p. 42)

Os fundamentos do neoconstitucionalismo impulsionarão a análise de alguns princípios que lastreiam a elaboração e aplicação das diretrizes penais, apresentando-os como pressupostos de existência e legitimidade<sup>9</sup> de um aparelho

---

<sup>9</sup> Numa perspectiva constitucionalizada, seria inadmissível um sistema punitivo que se afastasse das diretrizes da Lei Fundamental, ainda mais por encontrar nesta o seu alicerce, o que, por certo, elimina o caráter exclusivamente sancionatório do Direito Penal, para vislumbrá-lo como elemento contributivo à manutenção da sociedade e do Estado, conforme já prelecionava Günther Jakobs (2001, p. 9): “Sob o aspecto formal, o Direito Penal é legitimado pela aprovação conforme à Lei Fundamental das leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional. A contribuição que o

punitivo estatal apto a alcançar as finalidades das penas. Verifica-se, atualmente, que o sistema penal está aquém de sua proposta renovada durante a Ilustração e, ainda, de uma dimensão de proteção supra-individual, devendo-se pensar em mecanismos que retomem o projeto humanizador, por uma perspectiva constitucional irradiante. Para tanto, o estudo dos direitos fundamentais, a partir de uma ótica principiológica, configura-se como elemento ímpar à presente incursão teórica, exigindo, uma maior atenção, na medida em que se toma como necessária a existência de um sistema punitivo que, para além de respeitar os limites constitucionalmente impostos, sirva como instrumento de realização de direitos.

## **2.1 Evolução histórica dos direitos humanos: dimensões de direitos e garantias**

Uma discussão sobre os problemas gerais da teoria e da história dos direitos humanos infere na consideração dos direitos naturais enquanto históricos, sendo de real importância a contestação da legitimidade e da eficácia prática da busca de um fundamento absoluto para tais direitos. Essa edificação teórica direciona ao âmbito conceitual dos direitos humanos enquanto direitos históricos<sup>10</sup>, construídos por lutas sociais em defesa de liberdades: nascem contra determinados poderes, de forma paulatina, quando do aumento do poder do homem sobre o homem, com a criação de novas ameaças às liberdades, ou exigindo a intervenção estatal protecionista: trata-se de direitos de liberdade e, num segundo momento, de direitos sociais. É possível observar que os direitos surgem sempre por duas razões: impedir os

---

Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção.

<sup>10</sup> A necessidade de uma fundamentação histórica é amplamente demonstrada por Gregorio Peces-Barba Martínez e Eusebio Fernández García (2003, p. 1-2), quando revelam que o estudo dos direitos humanos deve ser iniciado a partir da afirmação de três postulados: “1) *La comprensión de fenómeno de los derechos humanos necesita la aproximación histórica. Una aproximación abstracta, analítica, que prescindida de la dimensión histórica, no puede abarcar la totalidad de los perfiles o facetas de fenómeno.* 2) *El mismo concepto de derechos humanos es un concepto histórico, propio del mundo moderno. A historicidad es inseparable de su fundamento y su concepto, lo que confirma que se trata de una eralidad cultural.* 3) *Situado el fenómeno en la raíz de la condición humana, su fundamento es ético, pero obligado a surtir efecto, a ser eficaz, en el ámbito de la vida social; su despliegue es jurídico, por lo que su concepto debe comprender necesariamente esa dimensión, y sólo se completa con la positivación, con la incorporación al Derecho positivo.*”

malefícios dos poderes constituídos ou receber seus benefícios (BOBBIO, 2004, p. 2-6).

Os direitos humanos podem ser considerados como afirmação histórica de concepções morais fundadas na dignidade da pessoa humana, bem como nos valores de liberdade, igualdade e solidariedade. São, ainda, preenchidos em seu conteúdo material com uma força normativa capaz de controlar e limitar o poder do estatal ou mesmo de exigir desse mesmo Estado a efetiva realização das necessidades sociais (MARTÍNEZ; GARCÍA, 2003).

Não se pode olvidar que a história dos direitos humanos é resultante de um processo caracterizado por lutas<sup>11</sup>. A própria evolução social, como salientou Rogério Greco (2011), exigiu a discussão e a implementação de novos direitos, ao que se somava o debate acerca da natureza fundante de tais direitos.

Ao investigar o fundamento dos direitos humanos, Norberto Bobbio (2004) ressaltou a importância em concebê-los como desejáveis, justificando as escolhas que já foram realizadas, com os direitos já reconhecidos, bem como aqueles que ainda não alcançaram sua materialização prática. Essa busca faz nascer a ilusão de um fundamento absoluto, com um grau de certeza que o tornasse inquestionável, como fizeram os jusnaturalistas, ao afirmarem a existência de direitos superiores que eram derivados da própria natureza humana. A maior dificuldade em manter tal posicionamento é a fragilidade, bem como a complexidade, da natureza humana<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Bem verdade que “os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado.” (PIOVESAN, 2004, p. 147)

<sup>12</sup> Ainda das lições de Norberto Bobbio (2004) é possível entender a perspectiva da fundamentação dos direitos humanos em dois sentidos contratualistas. Numa contextualização contratual hobbesiana, o homem buscou reagir ao mundo hostil com criação de técnicas de sobrevivência e de defesa representadas por sistemas de regras essencialmente imperativas: a formulação, a imposição e a aplicação de mandamentos ou proibições e, do ponto de vista dos seus destinatários, as obrigações, deram origem ao mundo moral, que se desenvolveu por séculos, por instrumentos de regras de condutas codificados que não possuíam o objetivo de ampliar os espaços de liberdade, ao contrário, buscavam restringi-los. A proteção maior ao grupo em relação ao indivíduo estabelecia um conjunto de deveres maior do que o de direitos. O jusnaturalismo é considerado como a doutrina filosófica que alterou significativamente essa posição, passando a considerar o indivíduo, e não mais a sociedade, como ponto inicial para a construção de uma doutrina da moral. Seria uma revisitação à doutrina contratualista de John Locke, ao observar que o homem, em seu estado natural, possuía plena liberdade, sem depender da vontade ou da permissão do outro. Trata-se de uma concepção individualista que foi combatida pelo paradigma organicista que considerava o todo acima do indivíduo. A concepção individualista considera primeiro o homem, o indivíduo em sua singularidade, com um valor em si mesmo, antes do Estado que, em verdade, é feito pelo indivíduo e para ele. Por esse viés, há uma inversão entre os direitos e os deveres: em relação aos indivíduos, primeiro os direitos; em relação ao Estado, primeiro os deveres. O mesmo ocorre com a ideia de Estado, que deixa de ser organicista, para receber contornos do individualismo. O conceito de justiça também se

Em suas construções teóricas, José Damião de Lima Trindade (2002) ressaltou que a doutrina dos direitos humanos encontra seus alicerces na Antiguidade Clássica e, de forma mais específica, nas instituições democráticas atenienses e, em seguida, na república romana. Nesse período, a liberdade era percebida como faculdade de exercício de direitos políticos do cidadão, isto é, de participação ativa do homem na vida da *polis*. Esta cidadania ativa, em Atenas, unida à soberania das leis, foi responsável pela limitação do poder político dos governantes. De forma diversa, a limitação apresentada na república romana era percebida a partir de um sistema de freios e contrapesos entre os diferentes órgãos de natureza política (CUNHA JR., 2011).

De acordo com as preleções de Rogério Greco (2011), é válido, ainda, salientar a importância do cristianismo como antecedente dos direitos humanos. A referência é direcionada à versão primitiva daquela crença, em momento antecedente a sua eleição enquanto religião oficial do Império Romano por Constantino. Tal alusão se deve à consideração do homem como criatura à imagem e semelhança de Deus, o que o torna sujeito de direitos que devem ser observados pela sociedade política. Além disso, o cristianismo, ao discursar sobre a igualdade entre os homens, reafirmou a dignidade humana, bem como a justificação da existência do Estado com função de defesa dos direitos entendidos como oponíveis ao soberano. O protestantismo, considerado como movimento reformador, reforçou o individualismo, salientando o papel do homem na sociedade e na história, ao defender a bandeira da liberdade da opção religiosa (CUNHA JR., 2011).

Indubitavelmente, a análise da evolução histórica até então apresentada perpassa pelo estudo das declarações de direitos que, deveras, representam verdadeiros baluartes de reafirmação dos direitos fundamentais, a partir do reconhecimento formal de sua existência, numa dimensão jurídica, o que se inicia com a Magna Carta Inglesa<sup>13</sup>, datada de 1215, de acordo com as lições de Gregorio Peces-Barba Martínez (2003). O documento foi considerado como um dos pactos da história constitucional inglesa, constituindo um acordo entre o rei João sem Terra e

---

altera, a fim de atender aos reclames de concretização da felicidade individual a partir da satisfação dos interesses e necessidades individualmente considerados.

<sup>13</sup> Ao comentar a importância de tal documento histórico, Gregorio Peces-Barba Martínez (2003, p. 47) afirmou que “*la Magna Carta es quizás el primer episodio de esa lucha que obliga a rey Juan a hacer concesiones y a otorgar privilegios a los barones, a los comerciantes y a los habitantes de algunas ciudades como Londres.*”



os barões revoltados, apoiados pelos burgueses, com o reconhecimento de alguns privilégios especiais. Nesse acordo, foram reconhecidas garantias individuais, inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês (OESTREICH; SOMMERMANN, 1990). Saliente-se, todavia, que este documento não se estendia aos homens não livres que, à época, constituíam a maioria da população. É possível perceber, consoante palavras de Dirley da Cunha Junior (2011) que a principal contribuição histórica da Carta Magna se verificou na limitação do poder do soberano, a partir da consideração de normas superiores fundadas no costume, na religião e, ainda, de direitos subjetivos dos governados. Apresentava, ainda, os preceitos basilares da judicialidade, quando em seu item 39 expressamente declarou que “sem julgamento leal dos seus pares, de conformidade com a lei da terra (*law of the land*)’, nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado de seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja” (FERREIRA FILHO, 2000), além de exigir a realização da proporcionalidade da pena, da liberdade, do devido processo legal, dentre outros direitos e garantias.

Ao localizar a Magna Carta na história dos pactos constitucionais ingleses, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000) conclui que o referido documento é resultante de um acordo entre o rei e os barões revoltados, não havendo, por um lado, preocupação com os direitos do homem, mas apenas com os direitos dos ingleses, e, por outro, podendo ser considerada como texto enumerativo de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia.

Apesar de sua notória importância de desenvolvimento dos direitos, torna-se imperioso salientar que a Carta Magna inglesa não apresentava, ainda, os autênticos direitos fundamentais, em razão da outorga pelo rei de direitos num contexto socioeconômico caracterizado pela desigualdade social, restringindo demasiadamente seu alcance, o que se percebe claramente nos escólios de Maurizio Fioravanti (2007).

A *Petition of Rights* (petição de direitos), de 07 de junho de 1628, é um segundo documento que revela importância ímpar na história dos direitos fundamentais. Trata-se de um documento que foi dirigido ao monarca, com pedidos de membros do Parlamento, que objetivavam o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os governados. Coadunando com os ideais da Carta Magna, em verdade, o que se requer com a *Petition of Rights* é o cumprimento daqueles

direitos. Dirley da Cunha Junior (2011) explica que, em troca de recursos financeiros que dependiam do Parlamento, o Rei firmou este acordo.

Em 1679, as reivindicações de liberdade foram reforçadas pelo *habeas corpus act*, que se contrapunha às prisões arbitrárias dos déspotas, constituindo garantia judicial de proteção da liberdade de proteção (FIORAVANTI, 2007). Dez anos após, ao cenário jurídico-político é apresentado o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), de 13 de fevereiro de 1689, considerado como o mais importante documento inglês decorrente da *Glorius Revolution* de 1688, sendo responsável pela abdicação do rei Jaime II, com designação de novos monarcas com poderes limitados pelo Parlamento que, ao seu turno, firmou-se como supremo, num cenário de relevância para a separação dos poderes. Esse documento eliminou o regime de monarquia absoluta, instituindo a monarquia constitucional submetida à soberania popular, com um modelo estatal de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, reafirmando, ainda, direitos fundamentais, como o de petição e da proibição de penas inusitadas e cruéis. É ainda considerado como um dos documentos constitucionais mais importantes do Reino Unido. (CUNHA JR., 2011)

A Declaração de Direitos foi ainda complementada pelo *Act of Settlement* (Ato de Sucessão no Trono), de 1707, que, segundo as lições de Alexandre de Moraes (2000), reforçou as limitações do poder monárquico, consolidando e conformando substancialmente os direitos fundamentais. Consoante o entendimento de Dirley da Cunha Junior (2011), deve-se reafirmar que tais documentos ingleses se limitaram a reduzir as arbitrariedades do rei a proclamar a supremacia do Parlamento, não podendo ser considerados como responsáveis pela origem dos direitos fundamentais como se conhece atualmente.

O período histórico que compreende o final do século XVII até 1775 foi caracterizado pela valorização do ideal da tolerância e da liberdade, notadamente, a religiosa. Trata-se de um momento de revolução ideológica apresentando como principal fundamento “*la importación de las ideas de los pensadores europeos (destacando en este sentido las aportaciones locales de John Locke, Lord Baltimore, William Penn o Roger Williams)*” e, ainda, a conjunção de outros motivos, como “*la consolidación de doctrinas religiosas no violentas, como el cuaquerismo, favorables al pacifismo y la resistencia a la violencia, intereses económicos y sociales.*” (MARTÍNEZ, 2003, p. 49). A primeira Declaração de Direitos em sentido moderno foi

a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 16 de junho de 1776, antes mesmo da declaração de independência das treze colônias. Tratou tal documento de reconhecer os fundamentos do regime democrático, com a consideração da soberania popular e do poder pertencente ao povo, com uma inspiração essencialmente jusnaturalista (MARTÍNEZ; PORRAS, 2001). Para Dirley da Cunha Junior (2011), a referida Declaração firmou os princípios da igualdade entre os homens perante a lei, com rejeição de hereditariedade dos cargos públicos e de privilégios exclusivos ou especiais, bem como o princípio da liberdade e da independência.

A Declaração da Virgínia serviu como inspiração para várias outras declarações<sup>14</sup> e, ainda, para incorporação dos direitos fundamentais à Constituição norte-americana de 1791, sustentando os ideais de liberdade, separação das funções dos poderes, direito ao sufrágio, coadunando com a ideia de soberania popular, direito de defesa nos processos criminais, julgamento por um júri imparcial, vedação de castigos cruéis ou inusitados, evitando mandados de arbitrariedades, liberdade de imprensa, soberania externa do novo Estado independente, respeito à justiça, dentre outros princípios alicerçantes decorrentes de outros direitos fundamentais (ANGÓN, 2001).

O avançar na história permite afirmar que o documento que melhor representa o constitucionalismo liberal de inspiração jusnaturalista é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>15</sup>, de 26 de agosto de 1789. Seu conteúdo

---

<sup>14</sup> Nesse mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 20) explicou que “as declarações americanas influenciaram, sem dúvida, o curso dos acontecimentos franceses, pois eram conhecidas dos revolucionários que muito as apreciavam. Na verdade – como era de se esperar – as declarações americanas aproximam-se do modelo inglês, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com os direitos tradicionais do cidadão inglês – julgamento pelo Júri, participação política na assembleia, consentimento na tributação. Nisso, aliás, têm o mérito de armar o indivíduo com instrumentos de garantia de seus direitos, o que não ocorre com a declaração francesa.”

<sup>15</sup> Sobre a origem e elaboração da Declaração Francesa, “atribui-se a La Fayette haver dado ênfase, desde 1783, à ideia de estabelecer uma declaração francesa dos direitos fundamentais. Às vésperas da revolução era generalizada na França a reivindicação de que fossem solenemente reconhecidos esses direitos. Nos *cahiers de doléances* (ou seja, nas relações escritas de queixas e reivindicações que a comunidade eleitora incumbia o eleito de defender) preparados para a assembleia dos Estados Gerais convocada para 1789, que se transformaria na Assembleia Nacional revolucionária, registra-se com frequência essa postulação. E, se isso era mais comum nos *cahiers* da burguesia, não faltava nos da nobreza e, também, conquanto mais raramente, nos do clero. Vários projetos, inclusive, foram preparados e por figuras ilustres como Sieyès e Condorcet. O próprio rei, em 23 de junho, se disse pronto a outorgar uma carta das liberdades. Foi um deputado do terceiro estado, Target, quem propôs, a 19 de junho, a elaboração da declaração de Direitos. Mas foi a La Fayette quem dinamizou os trabalhos, apresentando, mesmo, um texto a esse respeito. Outros também o fizeram, como Sieyès. Entretanto, foram os colaboradores pessoais de Mirabeau que deram a mão final do trabalho. Globalmente aprovado em 19 de agosto, por 505 votos contra 245 dados ao projeto de Sieyès e 45

apresenta a proclamação dos princípios de uma ordem burguesa, com ênfase à liberdade, à igualdade, à propriedade e à legalidade, além das garantias liberais, presentes, ainda, nas declarações contemporâneas (TRINDADE, 2002). A Declaração francesa é de caráter universal e abstrato, apresentando-se, portanto, de forma diferenciada das Declarações inglesas, preocupando-se mais com o Homem e seus direitos. De acordo com os ensinamentos de Dirley da Cunha Junior (2011), a sua universalização conduz ao entendimento de três características fundamentais, quais sejam: o intelectualismo, com um caráter essencialmente de cunho filosófico e jurídico; o mundialismo, com difusão de suas ideias além das fronteiras francesas, alcançando a todos os homens, e não apenas os cidadãos franceses; e o individualismo, consagrando liberdades individuais e coletivas, o que, deveras, pode ser percebido no texto preambular<sup>16</sup> daquela Declaração:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão)

É importante destacar que a Declaração francesa está inserida num contexto estatal de proteção de direitos fundamentais, razão que justifica a existência do

---

ao de La Fayette, seus artigos foram então votados um a um, os últimos a 26 de agosto, data que se dá à Declaração. A 5 de outubro, não querendo 'aceitar' a declaração, Luís XVI 'acedeu' nela, numa vã sutileza." (FERREIRA FILHO, 2000, p. 21)

<sup>16</sup> Sobre a força normativa do preâmbulo, João Baptista Herkenhoff (1997, p. 20) informa que "não há unanimidade entre os intérpretes quanto ao valor que atribuem a preâmbulos e considerandos de textos legais em geral. Alguns autores acham que só os artigos têm força normativa. O preâmbulo teria apenas um sentido de afirmação de princípios. Vedel, Duverger, Burdeau, Laferrière, Giese, Carl Schmitt, Nawiaski, Paolo Biscaretti di Ruffia (na doutrina estrangeira) e João Barbalho (no Brasil) entendem, dentre outros, que o preâmbulo tem força imperativa. Hans Kelsen (na doutrina estrangeira) e João Celso de Melo Filho (na doutrina brasileira) divergem da opinião anterior. Afirmam que os preâmbulos constituem declaração ideológica, desprovidos de valor jurídico. Pinto Ferreira postula o acerto de uma posição intermediária. Defende que têm força coativa os preâmbulos cujas diretrizes filosóficas e ideológicas são reafirmadas no texto subsequente. Não endossamos a opinião dos que atribuem desvalor aos preâmbulos de textos legais. Entendemos que fazem parte das Constituições e das leis os preâmbulos ou introitos que se antecipam ao texto sob a forma de artigos."

Estado (FIORAVANTI, 2007). Tais direitos devem ser exercidos por todos, de forma concomitante e, portanto, devem ser coordenados, disciplinados e limitados pela lei, de forma a evitar possíveis colisões. Além disso, a Declaração assegurou uma série de direitos, como a liberdade de locomoção, a legalidade processual, a igualdade formal, a legalidade e anterioridade penal, a presunção de inocência, a liberdade de opinião e de expressão, a propriedade, o direito de verificação e consentimento para instituição de impostos, bem como para sua repartição, coleta, cobrança, duração, com fixação de um sistema de prestação de contas, a liberdade de trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrer (MORAES, 2000).

O início do século XX foi abalizado pela elaboração de diplomas constitucionais consagradores de novas perspectivas dos direitos humanos. A Constituição mexicana de 1917 acabou por antecipar alguns desdobramentos do direito social, ao apresentar um rol de direitos do trabalhador, o que, inclusive, foi percebido no texto da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada em janeiro de 1918, na Rússia, transitando do primado da liberdade ao primado do valor da igualdade (PIOVESAN, 2004). Esse documento, na verdade, não enunciava direitos, mas princípios de ordem social (FERREIRA FILHO, 2000). A Constituição de Weimar<sup>17</sup>, editada na Alemanha, em data de 11 de agosto de 1919, de igual modo representou um marco, em razão de consagrar os direitos tradicionais, conferir maior ênfase aos direitos socioeconômicos e, principalmente, por mostrar forte espírito de defesa dos direitos sociais (MORAES, 2000).

---

<sup>17</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 48-49) contextualiza a historicidade da Constituição alemã de 1919, afirmando que “ao final da primeira Guerra Mundial gravíssima era a situação da Alemanha de qualquer ângulo que fosse encarada. Com efeito, as instituições políticas estavam derruídas, a situação social extremamente agravada, as forças da ordem desmoralizadas. Nesse contexto, a esquerda radical lutava para tomar o poder em favor dos conselhos de operários e soldados – os *Soviets* – à moda bolchevique. Não havia condições sequer para que a Assembleia Constituinte convocada para estabelecer um novo quadro constitucional se reunisse em Berlim, a capital. Por isso, reuniu-se ela em Weimar, de passado intelectual, em que se cultivava (e ainda cultiva) a figura de Goethe. Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II – Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta, à instrução e estabelecimentos de ensino, e a quinta, à vida econômica. Todas essas seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer ‘social’, mesmo quanto às liberdades. Em seu exame avultam, por exemplo, normas sobre o casamento e a juventude, a obrigatoriedade da instrução escolar, com a previsão de estabelecimentos públicos para tanto, mas o núcleo plenamente novo está na última seção. Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social.”

Indubitavelmente, o grande marco da história dos direitos humanos no mundo moderno está situado na data de 10 de dezembro de 1948, quando a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na esteira de pensamento de Flávia Piovesan (2004), com um conteúdo de caráter ético universal, combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, esta Declaração apresentou uma linguagem de direitos até então inédita, tornando-se a principal fonte de inspiração para diversas Constituições, apregoando a proteção aos direitos fundamentais, em sua vertente individual, social e comunitária, visando assegurar um convívio social digno, justo e pacífico. Significou a consagração do consenso sobre valores universais que deveriam nortear os Estados. Nesse sentido, afirma Dirley da Cunha Jr. (2011, p. 588):

a Assembléia Geral das Nações Unidas, considerando, entre outras coisas, que o reconhecimento da dignidade humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; que a liberdade de palavra e de crença é a mais alta aspiração do homem comum; que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito; que é essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; que é fundamental promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, resolveu proclamar a Declaração em comento com o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade venha promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Nas linhas de construção teórica, João Baptista Herkenhoff (1997) explica que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento com característica de especificidade, podendo ser considerado como uma carta de princípios que possui como função basilar o dever de nortear o estatuto dos direitos humanos, seja no âmbito interno ou, ainda, internacional<sup>18</sup>. Muito mais, pode ser

---

<sup>18</sup> Na mesma perspectiva estão os ensinamentos de Flávia Piovesan (2004, p. 146), ao explicar que “a Declaração universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é requisito único e exclusivo para a titularidade de

considerada, por sua amplitude, como um conjunto de direitos e faculdades essenciais ao desenvolvimento da personalidade física, moral e intelectual, além de possuir o caráter da universalidade, devendo ser aplicada a todas as pessoas de todos os países, sexos, religiões e raças (PIOVESAN, 2004).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece a igualdade, a liberdade e a fraternidade, consagrando-as, sendo notória à influência jusnaturalista. Proclama, ainda, o direito à vida, à segurança pessoal, proíbe a escravidão e o tráfico de escravos; prevê o direito de reconhecimento como pessoa perante a lei em todos os lugares, apresentando o homem como fonte de todos os valores (CUNHA JR., 2011). Ademais, a Declaração apresenta o princípio da judicialidade, institui o princípio da presunção de inocência e da ampla defesa, da anterioridade do direito penal; reconhece o direito à privacidade, contra ataques à honra e a reputação da pessoa, o direito fundamental a asilo político em outros Estados, o direito à nacionalidade; protege a família, como fundamento do Estado e da Sociedade; garante o direito à propriedade; tutela o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; protege a liberdade de expressão coletiva; perfilha o direito político do sufrágio universal, reconhecendo o regime democrático como único regime compatível com o pleno respeito aos direitos humanos; consagra os direitos sociais e econômicos, com esteio no princípio da solidariedade, considerando o homem como membro de uma sociedade, com necessidade de existência digna; proclama a liberdade sindical; declara o direito à saúde, ao bem-estar, à alimentação, ao vestuário, à educação, à segurança, à assistência estatal; protege o direito à cultura, aos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária, artística; estabelece o direito a uma ordem social e internacional de consagração dos direitos estatuídos em seu texto; institui deveres para com a comunidade, a fim de assegurar uma convivência pacífica de desenvolvimento da personalidade humana; veda limitações arbitrárias aos direitos fundamentais e, ao final, fixa critério de interpretação de suas cláusulas, proibindo qualquer tipo de interpretação contra os direitos e liberdade reconhecidos em seu corpo. De forma conclusiva, é autorizado afirmar que a Declaração apontou para o

---

direitos. A universalidade de direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passa a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

direito a um nível de vida adequado, ou seja, aos meios necessários à subsistência (FERREIRA FILHO, 2000).

No sistema interamericano, é possível afirmar que o instrumento de maior relevância é a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>19</sup>, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, tendo sido assinada em 1969 e entrado em vigor em 1978. O documento pode ser considerado como instrumento reconhecedor e assecuratório de direitos civis e políticos, dentre os quais se destacam o direito à vida, o direito à personalidade jurídica, o direito à liberdade, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial (PIOVESAN, 2004). É de bom alvitre lembrar que a evolução do protecionismo dos direitos fundamentais conduziu à criação de mecanismos internacionais, como a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos, ou quase judiciais, como a Comissão Interamericana de Direito Humanos e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, apresentando um cenário de superação da ideia de soberania, para sujeitar os Estados às diretrizes normativas internacionais de direitos humanos (CUNHA JR., 2011).

Apesar da importância supramencionada, é possível afirmar que o conceito de direitos humanos não se estabilizou com o texto de 1948, mesmo porque, se contrário fosse, admitir-se-ia a ausência do sentido histórico de tais direitos, o que se revela, ao mínimo, incoerente quando se constata o sentido dialético presente em sua construção substancial<sup>20</sup>, conforme assevera João Baptista Herkenhoff (1997).

A partir dessa análise histórica, pode-se perceber a função do Estado como instrumento de proteção de um catálogo de direitos que deve ser assegurado ao homem, considerado como fim em si mesmo. Nesse sentido, o Estado só se

---

<sup>19</sup> Ao realizar comentários acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos, Flávia Piovesan (2004, p. 231) explica que o documento “não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do art. 26 da Convenção.” Afirmou, ainda, que “em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.”

<sup>20</sup> Sobre a historicidade dos direitos humanos, conclusivas são as lições de Norberto Bobbio (2004, p. 5), quando afirma: “No ponto de vista teórico, sempre defendi- e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra os velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas.”



justifica, e só existe, em função do respeito, da promoção e das garantias dos direitos fundamentais do homem, considerados como núcleo essencial do ordenamento jurídico-constitucional. É nessa perspectiva funcional que Dieter Grimm (2006) afirma que o Estado atua de maneira concreta, ampla e retrospectiva, com a finalidade de cumprir sua função de garantia.

A historicidade dos direitos humanos até então apresentada conduziu à consolidação do Estado democrático de direito, quando são criados mecanismos jurídicos que possibilitam a participação popular nos centros decisórios e, ainda, instrumentos de controle e limitação do poder estatal. Aqueles valores liberais passaram a ser considerados como categorias de normas jurídicas que seriam invocados até mesmo contra o Estado (MARMELSTEIN, 2011). Quando as Constituições modernas passaram a inserir em seus textos os direitos do homem, positivando-os, foi conferida a essa classe normativa a adjetivação de direitos fundamentais<sup>21</sup>, em razão de integrarem uma ordem jurídica interna.

A evolução histórica-evolutiva dos direitos fundamentais pode ser percebida em momentos distintos, de acordo com a “teoria das gerações de direitos”<sup>22</sup> desenvolvida pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak. Inspirado pelos ideais franceses revolucionários, Vasak apontou a existência de três gerações: a

---

<sup>21</sup> Sobre a ausência de sinonímia entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, salienta Paulo Cesar Santos Bezerra (2007, p. 19) que “não têm faltado, no entanto, tentativas doutrinárias encaminhadas a explicar o respectivo alcance de ambas as expressões. Assim, há uma propensão doutrinária e normativa a resevar o termo *direitos fundamentais* para designar os direitos positivados em nível interno, e *direitos humanos* seria mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações, tratados e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que tem alcançado um estatuto jurídico-positivo.” Ainda em linhas explicativas, George Marmelstein (2011, p. 26-27) estabelece diferenças entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, ao explicar que “os direitos do homem seriam valores ético-políticos ainda não positivados. Eles estariam em um estágio pré-positivo.” De forma diversa, a ideia de direitos humanos pode ser percebida como “expressão utilizada para se referir aos valores que foram positivados na esfera do direito internacional.” Encerra, conclusivamente, afirmando que, “quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão *direitos humanos* ao invés de *direitos fundamentais*. Falar em tratado internacional de direitos fundamentais não soa bem aos ouvidos. Do mesmo modo, à luz dessa classificação, não é tecnicamente correto falar em direitos humanos positivados na Constituição. Vale ressaltar que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em ‘direitos humanos’. E, quando ela tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de ‘direitos fundamentais’, tanto que o Título II da Constituição de 88 é intitulado ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais.’”

<sup>22</sup> George Marmelstein (2011, p. 41) informa que essa teoria surgiu do acaso: “Por volta do ano de 1979, Vasak havia sido convidado para proferir a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Sem muito tempo para preparar uma exposição, ele lembrou a bandeira francesa, cujas cores simbolizam a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Com base nisso, e sem maiores pretensões, desenvolveu a referida teoria, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos fundamentais.”

primeira é representada pelos direitos civis e políticos, alicerçados na liberdade, localizada, portanto, por ocasião das revoluções burguesas; a segunda geração revela os direitos econômicos, sociais e culturais, fundamentados no ideal de igualdade, apontando para o período da Revolução Industrial e, principalmente, para os problemas sociais dela decorrentes; a última geração de direitos pode ser considerada como a dos direitos de solidariedade, com maior ênfase ao direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, completando a tríplice fundamentação revolucionária com a fraternidade. Esse último período é impulsionado após a Segunda Guerra Mundial, principalmente com o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (MARMELSTEIN, 2011).

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 39) estabelece críticas ao termo “gerações”, informando que a maior adequação terminológica está na expressão “dimensões de direitos fundamentais”:

os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente a sua função ambiental.

Os direitos civis e políticos marcam a primeira dimensão dos direitos fundamentais, encontrando reconhecimento nas Declarações do século XVIII e nas primeiras constituições modernas. Tratam-se de direitos que exigem uma posição negativa do Estado, numa clara adoção do paradigma do *laissez-faire et laissez-passer*<sup>23</sup> pregado pelo liberalismo econômico defendido por Adam Smith. Segundo Dirley da Cunha Junior (2011, p. 599), a inspiração jusnaturalista desse contexto histórico confere destaque aos “direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados

---

<sup>23</sup> José Paschoal Rossetti (2000, p. 304) explica que “em substituição aos regulamentos impostos pelo governo, propunha-se o *laissez-faire* – expressão que implica a não-interferência do governo na vida econômica da sociedade. Atribuída a V. Gournay, a expressão, em sua versão original, pregava *laissez-faire, laissez-passer, le monde vá de lui même*. Em tradução livre, isto significa algo como: o mundo caminha por si próprio, independente de normas impostas por uma autoridade pública e há uma ordem natural capaz de orientar as atividades econômicas.”

pelos direitos de expressão coletiva e os direitos políticos.” São direitos exercidos contra o Estado, na medida em que se objetivava a proteção das liberdades, sendo considerados, portanto, como óbices à ingerência estatal.

No mesmo entendimento, Paulo Cesar Santos Bezerra (2007, p. 32) explica que os direitos de primeira dimensão são aqueles considerados como “inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que, por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidades de direitos negativos.”

A posição negativa ou não-intervencionista do Estado possibilitou a construção de um cenário de desigualdades sociais, caracterizado pela exploração e pelas condições deploráveis dos trabalhadores. Segundo José Paschoal Rossetti (2000, p. 305), a política do *laissez-faire* não se conseguiu materializar a justiça, antes, “prevaleceu a lei dos mais fortes: em muitas atividades, ela sufocou as forças da concorrência. O modo liberal-individualista de produção não conduziu à justiça distributiva tão amplamente quanto imaginaram seus ideólogos.” A situação apresentada acarretou, de forma consecutória, uma série de reivindicações. Nessa conjuntura surgem as bases para o nascimento do Estado do bem-estar social (*Welfare State*), com a criação de condições para a construção de uma nova ordem política-econômica que corroborasse com o sentido de justiça, a partir do reconhecimento formal dos direitos sociais (MARMELSTEIN, 2011). Ressalta Dirley da Cunha Junior (2011, p. 601) que

é somente no século XX que o Estado liberal perde o seu primado. Inúmeras transformações foram inseridas nas estruturas política e econômica da sociedade, transformações estas que se aceleraram a partir da Primeira Guerra Mundial, porque antes dela já se vinham processando e motivando as mais variadas manifestações justificadoras da *conformação da ordem social pelo Estado*, fruto da reação contra o Estado Liberal. Esta foi determinada por vários fatos que, em síntese, podem ser assim exemplificados: os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos; e, aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos. Tudo isso resultou em se defender, em lugar da *liberdade que oprimia, a intervenção que libertaria*. (grifos no original)

O Estado do bem-estar social se desenvolveu nesse contexto de intervenção na economia e na sociedade, com a finalidade de garantir a efetividade dos direitos sociais<sup>24</sup>. Por esse motivo, a segunda dimensão dos direitos fundamentais pode ser considerada como reflexo de uma ordem de direitos positivos ou prestacionais, quando o Estado passa a assumir o dever de atender as necessidades do indivíduo. Paulo Cesar Santos Bezerra (2007, p. 32-33) leciona que esses direitos podem ser denominados de direitos sociais, econômicos e culturais, estando sedimentados no princípio da igualdade, de alcance positivo, “pois não são contra o Estado, mas ensejam a garantia e a concessão a todos os indivíduos por parte do poder público.”

Conforme assinalado em momento anterior, os documentos históricos<sup>25</sup> que conferiram maior ênfase a tais direitos foram a Constituição mexicana de 1917, que antecipou desdobramentos do direito social, apresentando um rol de direitos do trabalhador, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada em janeiro de 1918, na Rússia, que consagrou como valor máximo a igualdade, e a Constituição alemã de Weimar de 1919, representando um progresso na história de proteção dos direitos sociais.

O princípio da solidariedade, apontado por Karel Vasak como fraternidade, foi consagrado pela terceira dimensão dos direitos fundamentais. São direitos coletivos e difusos, que passam a ser construídos a partir de uma vertente metaindividual, com perspectiva de proteção de categorias ou grupos de pessoas. Segundo George Marmelstein (2011), podem ser considerados como direitos de terceira dimensão o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de comunicação e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Dirley da Cunha Junior (2011) assevera que os direitos de terceira dimensão

---

<sup>24</sup> Ao comentar sobre a função de garantia assumida pelo Estado, Emilio Jorge Ayos (2010, p. 74) informa que se trata da construção de *“una figura estatal caracterizada por una noción de responsabilidad em cuanto a la promoción y garantía para el acceso igualitario y el ejercicio pleno de los derechos. Así, los modelos de intervención en su formulación recuperan esta noción, como estrategias estatales que deberían orientarse, como dijimos, hacia la restitución de derechos. Aparece también en los documentos analizados esta noción de responsabilidad social en las funciones del Estado referida a la resignificación del papel de los funcionarios y técnicos que trabajan dentro de sus organismos, instando a comprenderlos cómo garantizadores de los derechos de los habitantes. Nos parece significativa esta referencia al papel de los funcionarios y empleados estatales.”*

<sup>25</sup> Assinala George Marmelstein (2011, p. 51) que “a Constituição do México de 1917, produto da Revolução Mexicana de 1910, e a Constituição alemã de Weimar de 1919, foram as primeiras a positivar esses direitos, fornecendo as bases jurídicas para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente.”

são destinados à proteção do homem em coletividade e, em razão do impacto tecnológico e do contínuo estado de beligerância, exigem esforços maiores para sua efetivação, o que conduz a uma necessidade de cooperação internacional.

A evolução histórica dos direitos fundamentais revela um caráter ampliativo de direitos e garantias, sendo admitido o reconhecimento de novas gerações ou dimensões de direitos<sup>26</sup>. Nesse sentido, tem-se por oportuno salientar, consoante lições de George Marmelstein (2011), que a terceira geração não encerra todo o conteúdo daquela categoria normativa. Antes, deve-se compreender que a luta pela realização da dignidade humana é constante, sendo imperioso que as normas jurídicas se adaptem às necessidades socioculturais, seja com a atualização de antigos valores, ou mesmo com o aparecimento de novos.

Por essa razão, Paulo Bonavides (2000) anota a existência de outras duas dimensões de direitos fundamentais: a quarta dimensão é resultante da globalização e corresponde à universalização daqueles direitos no plano institucional do Estado social. Seriam os direitos à democracia direta, ao pluralismo, à informação, à mudança de sexo, direito contra manipulações genéticas e, de forma mais ampla, aos direitos relacionados à biotecnologia. A quinta dimensão de direitos, ao seu turno, apresenta o conteúdo nuclear ao progresso de todas as nações, consubstanciado no direito à paz.

Paulo Cesar Santos Bezerra (2007) informa que a quarta dimensão é representada pelos “direitos novos” ou “novíssimos”, relacionados com os direitos de bioética, referentes à biotecnologia, à regulação da engenharia genética, vinculada à vida humana, com a reprodução assistida, transplante de órgãos, engenharia genética, contracepção, aborto e eutanásia. Por outro lado, seriam direitos de quinta dimensão aqueles relacionados aos direitos virtuais.

A presente incursão no mundo histórico de reconhecimento e efetivação dos direitos humanos será responsável por subsidiar os estudos acerca da construção principiológica do Direito Penal, reconhecendo-o como instrumento de garantias daqueles direitos que somam uma carga valorativa a ser considerada quando da

---

<sup>26</sup> Ao verificar a existência de novas construções teóricas sobre os direitos fundamentais, George Marmelstein (2011, p. 57) afirma já ser possível falar “em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética).” Ressalta, todavia, Dirley da Cunha Junior (2011, p. 609) que, apesar da forte tendência em reconhecer a existência de novas dimensões, ainda “não houve sua consagração nas ordens jurídicas interna e internacional.”

aplicação de medidas procedentes desse subsistema jurídico. Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 12) leciona que aqueles direitos “funcionam como paradigma hermenêutico para o surgimento de um Direito Penal orientado teleologicamente com os princípios constitucionais.” Dessa forma, torna-se imperiosa a afirmativa de que o conteúdo nuclear e historicista dos direitos humanos servirá como norteador de análise nas edificações teóricas a serem desenvolvidas.

## **2.2 Sistema Punitivo Prisional: uma análise à luz dos direitos fundamentais**

Os direitos humanos possuem uma historicidade própria, revelando a necessidade de existência de garantias cumulativas. Em verdade, são verdadeiros baluartes de conquistas realizadoras da própria dignidade humana. Nesse contexto, é possível afirmar que a mutação de seu conteúdo revela a necessidade de adequação exigida pela sociedade e atendida pela ordem jurídica. Os direitos fundamentais, ao seu turno, passam por um processo de positivação, alcançando espaços explícitos e implícitos na ordem constitucional vigente em determinados Estado e momento.

Seguindo as lições de Dirley da Cunha Jr. (2011), é possível afirmar que os direitos humanos correspondem a todas as prerrogativas e instituições que conferem, de forma universal, o poder de existência digna, livre e igual, possuindo, portanto, uma maior amplitude e generalização. Como anotado anteriormente, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nas Constituições estatais e, especialmente na Constituição de 1988, revelam um conteúdo material que abrange todas as espécies de direitos, sejam eles referentes às liberdades, à igualdade, à solidariedade, aos direitos civis individuais e coletivos, aos direitos sociais, aos direitos de nacionalidade, aos direitos políticos, aos direitos de partidos políticos e, por fim, aos direitos econômicos.

Erigidos a uma ordem de tutela constitucional, os direitos fundamentais compõem um sistema principiológico que, no âmbito penal, revela-se como modelo de garantias a serem observadas pelo Estado quando da elaboração e aplicação de

regras relacionadas às sanções criminais. O Direito Penal deve ser abalizado por uma estrutura de limitações ao exercício do poder estatal, sendo tais limitações formadas por um sistema de princípios que alcançaram status de superioridade no ordenamento jurídico, ao que chamamos de direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2002)

O contexto que ora se delineia é corroborado, conclusivamente, pelas lições de Norberto Bobbio (2004, p. 43), ao afirmar que “através da reclamação dos direitos do homem, fizemos emergir os valores fundamentais da civilização humana até o presente.” Tais valores não podem ser abandonados, mesmo diante do cometimento de ilícitos penais. Ainda mais nesse momento, devem ser protegidos, pois a força vingativa orientada pelo ideal de retribuição poderia alcançar, inclusive, o núcleo essencial daqueles direitos, caso não existissem limitações à atuação punitiva.

Não restam dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana, erigida na ordem constitucional brasileira de 1988 como fundamento de existência do Estado Democrático de Direito, constitui núcleo essencial a ser considerado. Além de possuir uma força de irradiação própria, tal princípio reúne em si elementos de existência de tantos outros, servindo, ainda, como instrumento norteador de elaboração e aplicação de regras. Assim, como preleciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2010), o significado da dignidade humana é consubstanciado no valor essencial do homem, como condição de existência humana. Mais ainda:

A dignidade envolve o que há mais essencial do ser humano, e a discussão acerca do seu conteúdo está amiúde na linha de frente das questões mais controversas que envolvem o homem: aborto, eutanásia, boas condições carcerárias, desigualdades, discriminações, tráfico de escravos, de pessoas e de órgãos, enfim, tudo aquilo que envolve os valores mais essenciais da condição humana. (*idem*, p. 41)

Ainda nessa esteira, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são princípios que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas de prestação positiva estatal e, ainda, servindo como parâmetro delimitador do modelo de Estado, a partir de limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos. A sua fundamentalidade formal se consubstancia na sua inserção no texto constitucional. Por outro lado, seu caráter fundamental material é observado a partir da importância de seu conteúdo à

realização da dignidade da pessoa humana, ainda que fora da Constituição, como ensina Dirley da Cunha Jr.(2011, p. 555-556):

os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). Esse conceito, entretanto, ainda fica a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez que, o que é fundamental para certo Estado, pode não ser para outro.

Como ora salientado, no ordenamento jurídico pátrio, o caráter ímpar do princípio da dignidade da pessoa humana o posicionou numa condição *sine qua non* de existência do Estado. Mais ainda, apresenta-se como qualidade integrante da condição humana, exigindo reconhecimento e tutela. Em sua apresentação teórica, Luiz Antônio Rizzato Nunes (2002, p. 45) afirma que “a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”. Ainda sobre o tema, Ricardo Soares (2008, p. 87) leciona que

a eficácia hermenêutica consiste na capacidade do princípio da dignidade humana de orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor tutela a idéia de existência digna no caso concreto.

Este será o real sentido do princípio da dignidade da pessoa humana à orientação da proposta central deste trabalho, considerando-o como norteador da interpretação e da aplicação dos demais princípios a fim de se estabelecer a tutela justa e digna do Direito Penal, e, mais especificamente, na aplicação de penas que concretizem o ideal da *Lex Superior*.

Apesar de ser considerado como valor jurídico fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é constantemente violada pelo sistema prisional da América Latina, sobretudo na realidade brasileira, colocando em risco os pilares do Estado moderno. É inconcebível, ainda que remota, a desconsideração desse valor intrínseco ao homem enquanto ser individual. Assim,



viola a dignidade humana o encarceramento de condenado pela prática de homicídio qualificado em prisão com problemas de superlotação. Justifica-se, contudo, a sanção, pela necessidade de proteção da vida, da liberdade e dignidade dos demais (SARLET, 2001, p. 124).

É inconcusso o caráter de relativização aplicado ao princípio da dignidade humana, o que autoriza afirmar que não se apresenta como direito absoluto. O Estado, ao se colocar na posição de detentor do *jus puniendi*, distancia-se de determinadas garantias constitucionais, coisificando o indivíduo que praticou um delito ao desconsiderar, em momentos diversos, sua dignidade. Não há que se falar em desdouro, pois o princípio trazido a lume é elemento inerente ao ser humano, não devendo existir direito-dever punitivo que possa extirpá-lo. Nesse mesmo sentido, informa Sebastián Mello (2010, p. 45) que

a dignidade da pessoa humana concretiza-se no reconhecimento de direitos fundamentais, sem os quais a condição humana fica aviltada, reduzida, conspurcada. Quando vigentes os direitos fundamentais, fica obstada, no plano jurídico, a possibilidade de transformar as pessoas em meios, em objetos. Eles realizam, no plano jurídico, o conteúdo da dignidade da pessoa humana, positivando os postulados indispensáveis para que o homem seja tratado e respeitado como fim em si mesmo. Por isso, é possível dizer que a dignidade da pessoa humana é representada, no âmbito jurídico, por uma gama de direitos e garantias fundamentais do ser humano, considerado como tal.

No zelo pela dignidade humana do preso, a Constituição de 1988 tratou de elencar garantias à sua integridade física e moral, ao declarar, nos incisos III e XLIX, do artigo 5.º, respectivamente, que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante” e que “é assegurado ao preso a integridade física e moral.”

Como expressão da dignidade humana, apresenta-se a liberdade, direito fundamental que encontra suas raízes jurídicas na primeira dimensão dos direitos humanos, como leciona Dirley da Cunha Jr. (2011), ao informar a primeira função dos direitos fundamentais. Dessa forma, a liberdade corresponde ao direito ao não impedimento às ações do titular do direito fundamental, à não-afetação dos bens protegidos ou de propriedades e situações. Trata-se, na verdade, da consideração de direitos fundamentais relativos às competências negativas para o Estado, na medida em que obstam a atuação estatal na esfera juridicamente protegida do

indivíduo, criando posições subjetivas que conferem ao indivíduo o poder de exercer ou não os seus próprios direitos (liberdades positiva e negativa). O Estado, diante de tal função, não pode afetar os bens jurídicos por tais direitos protegidos. Por certo, tal função não é absoluta, pois exclui a atuação abusiva do Estado que transgrede os limites constitucionais, e não corrobora com a exclusão absoluta da ação estatal.

Dentre as hipóteses mais claras de possibilidade de restrição à liberdade pelo Estado está a pena privativa de liberdade, sanção prevista em preceitos secundários dos tipos penais e que encontra guarida histórica de legitimação a partir das considerações de Cesare Beccaria (2002).

A privação da liberdade surgiu como alternativa às penas de caráter cruel e desumano. Bem verdade que o histórico das penas se apresenta com características próprias, passando pela perspectiva da vingança privada, quando o objetivo principal era a retribuição do mal, que poderia ser exercido pelo próprio ofendido ou por membros de sua família ou da comunidade. Representando um avanço, ainda que de forma tímida e insipiente, a Lei de Talião tratou de estabelecer as bases da proporcionalidade, com o conceito de justiça estabelecido na máxima “olho por olho, dente por dente” (FALCÓN y TELLA, 2005).

O período posterior foi caracterizado pela composição, quando a utilidade material – preço do resgate –, com entrega de armas, dinheiro, animais ou utensílios, passa a substituir o sofrimento pessoal como instrumento punitivo. Mais tarde, apareceu a figura do árbitro, assim considerado o terceiro estranho à relação de conflito, a quem era atribuída a função de decidir com quem se encontrava a razão. Com o tempo, aquela vingança privada foi cedendo espaço ao exercício do poder punitivo pelo próprio Estado. Inicialmente, nos mesmos termos retribucionistas, alterando-se apenas o sujeito executor da sanção (GRECO, 2011).

O exercício do *jus puniendi* pelo Estado apresentou o caráter aflitivo da sanção penal como meio de controle social, como ressaltou Leonardo Sica (2002). As penas que infligiam sofrimento físico e mental ao condenado eram consideradas como mecanismos aptos à reintegração da ordem social. Para tanto, foram promovidos inúmeros espetáculos punitivos<sup>27</sup>, com aplicação de castigos cruéis.

---

<sup>27</sup> Segundo Leonardo Sica (2002, p. 41), “da Idade Média ao Iluminismo, o longo reinado dos suplícios, dos castigos cruéis e infamantes, do sofrimento físico e da apresentação do espetáculo punitivo, enfim, da finalidade da pena voltada à liturgia penal e à exposição do sofrimento, orientando o sistema penal pelo ideário de terror e de intimidação. A relação castigo-corpo era a base do Direito Penal.” A pena enquanto um espetáculo punitivo é simbolicamente representada por Michel Foucault

A partir do final do século XVIII e, sobretudo, início do século XIX, a necessidade de humanização das penas ganhou destaque entre os teóricos<sup>28</sup>, o que conduziu à paulatina substituição das penas aflitivas e corporais pela privação da liberdade, conforme preleciona Santiago Mir Puig (2006). A prisão deixou, portanto, de ser considerada como uma fase pré-processual ou processual, para possuir um significado finalístico, ou seja, uma consequência jurídica autônoma como resposta estatal ao cometimento de um ilícito penal<sup>29</sup>.

Em estudo sobre a punição e a estrutura social, Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004) apontam a origem da prisão nas casas de correção holandesas e inglesas, que possuíam finalidades de repressão à vadiagem, à mendicância, e, ainda, como forma de garantir a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho<sup>30</sup>.

A inovação penal da pena de prisão foi desenvolvida pela construção de sistemas prisionais, enquanto conjunto de características de unidades destinadas à

---

(2005, p.9), ao narrar, no início de sua obra, uma execução pública em 1757: “[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d’Amsterdan]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez e quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: ‘Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me’.”

<sup>28</sup> Em construção crítica, é autorizado afirmar que, “historicamente, percebe-se que o Direito Penal passou por movimentos antagônicos: a doutrina caminhando continuamente no sentido da humanização da punição, diminuição da intervenção pena e da repressão. Por sua vez, a prática legislativa foi descontínua: ora abrandando, ora recrudescendo as penas, sendo que, logicamente, ao final sempre predominou a violência punitiva.” (SICA, 2002, p. 42)

<sup>29</sup> De acordo com as lições de Ana Lúcia Sabadell (2009, p. 29), “a privação de liberdade, enquanto modalidade punitiva, surge no século XVIII, tendo sido mencionada pela primeira vez no projeto de codificação pena aprovado pela Assembleia Constituinte Francesa. Portanto, até este período histórico, a prisão não era associada ao cumprimento de pena privativa de liberdade. De fato, havia um brocardo no Direito Romano – empregado durante a Idade Média e Moderno na Europa –, no qual se afirma que a prisão ‘serve para guardar os presos e não para castigá-los’. Em outras palavras, podemos dizer que a prisão era concebida como “medida de segurança” no sentido da própria palavra.”

<sup>30</sup> Explica Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 46) que “o segredo das *workhouses* ou das *rasphius* está na representação em termos ideais da concepção burguesa da vida e da sociedade, em preparar os homens, principalmente os pobres, os não proprietários, para que aceitem uma ordem e uma disciplina que os faça dóceis instrumentos de exploração.

privação da liberdade do indivíduo. Nesse sentido, merecem destaque os sistemas pensilvânico, auburniano e progressivos. O primeiro sistema prisional, também conhecido como sistema celular, isolava o preso de toda a sociedade, condenando-o ao silêncio da solidão, onde sua única companhia era uma Bíblia, instrumento pelo qual chegaria ao arrependimento. Percebe-se claramente a severidade e o afastamento do caráter ressocializador do sentenciado, características do regime nascido em 1776, na prisão de *Walnut Street Jail*. Após a construção da prisão de Auburn, em 1816, vê-se o nascimento do *silent system*. Diferentemente do primeiro modelo, as suas características se apresentavam de forma menos austera, permitindo ao condenado o trabalho em suas celas e, em momento posterior, o trabalho coletivo. Os resquícios do sistema anterior eram percebidos, principalmente, na manutenção do isolamento noturno, sinal marcante do regime celular (BITENCOURT, 2012).

O último modelo prisional foi iniciado na Inglaterra e adotado na Irlanda, motivo pelo qual foi denominado sistema progressivo inglês (*mark system* – sistema de vales) e, quando do seu aperfeiçoamento, sistema progressivo irlandês. De acordo com as lições de Cezar Roberto Bitencourt (2012), o *mark system*, idealizado por Alexander Maconochie, era dividido em três períodos: isolamento celular diurno e noturno, trabalho comum sob a regra do silêncio e, por fim, a liberdade condicional. Dessa forma, ao preso seria permitida uma evolução paulatina de execução, a fim de permitir sua reintegração social. O sistema progressivo, na verdade, transformou os outros dois sistemas em fases a serem cumpridas a fim de se alcançar o livramento condicional, trazendo um caráter mais humano aos regimes prisionais. No sistema progressivo irlandês, aperfeiçoamento de seu similar inglês, foi inserida uma etapa anterior ao benefício da liberdade condicional – era uma fase executada ao ar livre, em prisões especiais, preferencialmente agrícolas.

Foi nesse cenário de construção de medida alternativa às penas aflitivas que se solidificou o sistema prisional, discurso decorrente da humanização da pena, tão aplaudida à época da Ilustração. Tem-se, portanto, uma instituição que seria capaz de garantir direitos, zelando pelo cumprimento dos deveres do condenado, traduzida nas palavras de Michel Foucault (2005, p. 198-199):

A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo,

seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é “onidisciplinar”. Além disso a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta; disciplina incessante. Enfim, ela dá um poder quase total sobre os detentos; tem seus mecanismos internos de repressão e de castigo: disciplina despótica. Leva à mais forte intensidade todos os processos que encontramos nos outros dispositivos de disciplina. Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total.

Em que pese a aceitabilidade da aplicação de uma sanção que prive o homem de sua liberdade, atualmente sua eficácia é questionada, como bem se verifica nas explicações de Edmundo Oliveira (1996), ao demonstrar os diversos problemas que se perpetuam: o sistema penitenciário não serve para o que diz servir, pois neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores, estigmatiza o ser humano, contribui de forma singular à reprodução da carreira criminosa, estimula a despersonalização, além de legitimar o desrespeito aos direitos humanos. Para o Michel Foucault (2005), as prisões não diminuem os índices de criminalidade, podendo gerar um efeito inverso, quando da sua transformação a partir da potencialização de sua gravidade. Seriam verdadeiras “fábricas de delinquentes”:

Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa”. [...] A prisão fabrica também delinqüentes impondo aos detentos limitações violentas; ela não se destina a aplicar leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder. (*idem*, p. 221-223)

Não se olvida da carência de legitimação penal quando se resume tal esfera jurídica à pena privativa de liberdade, pelas razões demonstradas por Foucault. São inúmeros os problemas que pioram pela situação de superlotação carcerária. Ao que se apresenta, a pena de natureza *ultima ratio* recebeu uma valoração demasiada.

No mesmo diapasão, Raúl Cervini (1995) afirma ser a prisão uma instituição deteriorante, símbolo de uma patologia social que não contribui à promoção das finalidades penais, ao contrário, promove um verdadeiro desajuste na política

criminal ressocializante. A prisionização ou aculturação do detento conduz a uma potencialidade criminalizante do cárcere, seja pelo condicionamento a futuras carreiras delitivas, em razão dos efeitos da estigmatização<sup>31</sup>, o que, por certo, aumenta as cifras da reincidência.

É nesse sentido que Thomas Mathiesen (1996) assevera que a prisão possui cinco funções: a primeira função é depurativa, na medida em que os “improdutivos” serão encerrados num instituto; a segunda função é direcionada à redução da impotência, reduzindo ao silêncio aqueles que foram considerados improdutos, escondendo-se as mazelas sociais, como forma de evitar a assunção da fraqueza da sociedade; a terceira função é diversiva, pois a privação da liberdade será utilizada para desviar a atenção das ações mais socialmente perigosas, alcançando os autores de pequenos crimes contra a propriedade; em seguida, tem-se a função simbólica, estigmatizante, marcando os indivíduos e mantendo um grupo de detidos para ressaltar sua eficiência; a quinta e última função se direciona ao aparelhamento estatal no oferecimento de uma resposta uniforme e de impacto coletivo.

O sistema-jurídico penal institucionalizou a violência por um discurso de defesa social. Nesse aspecto, não se pode olvidar que a pena privativa de liberdade se insere, na atualidade, como uma das formas mais severas de controle social. Ainda sobre a violência legalizada do subsistema penal, Raul Zaffaroni (1997, p. 13) afirma que

é bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas –, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa. [...] Os múltiplos poderes que sustentam esta realidade letal apoiam-se, em boa medida, no exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais que, na maioria dos países da região, operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares.

---

<sup>31</sup> A estigmatização lança seus fundamentos nas pautas da rotulação de determinados indivíduos ou grupos sociais como criminosos potenciais (BARATTA, 1997). Dessa forma, não há que se falar em realidade ontológica, mas dos valores atribuídos objetivamente, levando-se em consideração as construções de conceitos sobre uma coletividade. Em verdade, há uma seletividade histórica em função dos interesses de grupos dominantes, criando uma “clientela penal”. Por certo, a visão determinista desse etiquetamento conduz, inevitavelmente, a um dogma reducionista, causando estigmas que maculam as relações sociais, de modo a provocar uma metástase criminal. Aqui reside a gênese da criminalidade secundária, percebida pela reincidência.

Para longe de apenas se observar os efeitos degradantes em relação aos apenados, o que, por certo, produz uma consequência vitimizante, a pena privativa de liberdade evidencia o fastígio do esquecimento da vítima. A maior preocupação está no aprisionamento do sujeito que pratica a conduta descrita no comando normativo, numa ação simbólica de retirá-lo do convívio social (NEUMAN, 1994). Deve-se ressaltar que a concretização da justiça, valor metafísico objetivado pelo Direito, não poderá ser alcançado pela simples retirada do apenado do convívio social.

O sistema prisional, e, em especial, o latino-americano, apresenta falhas que denotam uma ideia de falência. A construção do ideal humanista foi fundada em alicerces arenosos, o que levaria, *a posteriori*, à decadência da pena privativa de liberdade. Os problemas apresentados são inúmeros, e, com raras exceções, não se consegue alcançar as finalidades principais das sanções impostas pelo subsistema penal. Somados aos gastos abissais dos governantes para a manutenção de presídios e estabelecimentos afins, estão a prostituição, o tráfico de drogas, a formação de quadrilhas, a superlotação, a corrupção interna, a violência, a segregação, a mitigação de direitos fundamentais, dentre muitos outros (BITENCOURT, 2012). Trata-se de uma verdadeira crise<sup>32</sup>, enfrentada, bem verdade, desde a sua instituição, como observou Leonardo Sica (2002).

Essas críticas parecem atuais e, de fato, são. A reincidência<sup>33</sup> passou a ser considerada como fenômeno ordinário, seja em razão dos preconceitos criados ao ex-condenado, seja pela falta de profissionalização do sentenciado. Nota-se que a pena ultrapassa seu limite fixado pela lei *in abstracto*, e, de igual forma, alcança terceiros, ferindo a personalidade sancionatória, ao fazer chegar à miséria a família do delinquente (NASSIF, 2007). Nesse sentido, Michel Foucault (2005, p 224), afirma que “a mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância”. Ademais, a corrupção, a incapacidade e o insuficiente número de

---

<sup>32</sup> A crise da pena privativa de liberdade é objeto de discussão há muito tempo. Vários teóricos buscaram desenvolver mecanismos para o seu aperfeiçoamento, como John Howard e Jeremy Bentham, sem, no entanto, lograrem êxito completo. É nesse sentido que Louk Hulsman e Jaqueline Bernat de Celis (1993) afirmam que a instituição penitenciária é uma área movediça, em que as energias consideráveis são despendidas sem, no entanto, serem apresentados resultados significativos.

<sup>33</sup> Informa Paulo José Freire Teotônio (2009, p. 58) que, “com efeito, o índice de reincidência supera os 80%, as condições do encarceramento são subumanas, cerceando, assim, o desenvolvimento do caráter e a recuperação do preso.”

funcionários são fortes aliados da problemática que ora se apresenta: fugas são compreendidas com o auxílio de agentes penitenciários ou similares, que são, em sua maioria, desprovidos de capacidade técnica para ocupar a função que exercem, conforme lições de Cezar Roberto Bitencourt (2012).

Os problemas da prisão não se limitam aos já delineados. Em exposição no *site* governamental dos estudos detalhados do InfoPen Estatística em relação aos gastos estatais para a manutenção de um preso, revela-se uma economia excessivamente alta, quando dos números apresentados, além da superlotação comprovadamente verificada. Há certa inércia do Poder Executivo no que diz respeito ao problema do contingente de presos que está nos estabelecimentos penais, o que acaba sendo motivado, dentre outros fatores, pelos custos elevados, sejam políticos ou econômicos que a construção de novos cárceres podem gerar. Aliada ao cenário de inércia está a omissão do Poder Judiciário e, ainda, do Ministério Público, que acabam descumprindo sua função fiscalizatória na execução penal. Nesse sentido, Leciona Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo (2010, p. 57), de forma crítica, que

os custos políticos que vão desde o desinteresse eleitoral da classe política na edificação de novos estabelecimentos, vez que condenados não votam, até o eventual comprometimento político que medidas paliativas ao problema da superlotação podem ensejar, como, por exemplo, a prestação de contas à sociedade civil por força da elevação dos custos com segurança pública em prejuízo de novos investimentos em educação. Investir em novos estabelecimentos penais não é matéria de capa no mais ordinário e sensacionalista dos folhetins. Logo, não é interesse dos órgãos do Poder Executivo investir alguns milhões de reais em novos estabelecimentos. [...] Mas se o Poder Executivo tem a sua quota-parte de responsabilidade, o Poder Judiciário e o Ministério Público, dentre outros setores estatais, também a possuem. Isto porque, se em um dado estabelecimento penal encontram-se amontoados o dobro do número máximo de condenados que este deveria hospedar, forçoso é admitir que tal situação conta, no mínimo, com a omissão conveniente e cúmplice do membro do Ministério Público que deixou de adotar medidas no sentido de pleitear a interdição do estabelecimento, e com a parcimônia oportunista do magistrado que fechou os olhos para tal realidade.

Em linhas gerais, as condições dos estabelecimentos penais pátrios são precárias. Os condenados permanecem em assombrosas condições de vida, amontoados em celas sujas, sem assistência médica adequada, higiene, educação



e profissionalização. Em muitas unidades, os dormitórios chegam a ter de duas a cinco vezes mais do número de detentos por cela, sendo obrigados a dormir amarrados nas grades, sobre buracos sanitários, sem estruturas elétrica e hidráulica adequadas, com ventilação precária, sem entrada de luz solar. A alimentação é insuficiente e de qualidade muito inferior, e, em muitos estabelecimentos, os sentenciados dependem de seus familiares que levam mantimentos necessários à sua subsistência. As instalações sanitárias violam regras internacionais<sup>34</sup>, o que aumenta o risco de epidemias, não sendo oferecidos materiais de higiene pessoal, como creme e escova dentais, sabonetes, entre outros itens. Essas condições contribuíram para os resultados desastrosos em diversos estabelecimentos prisionais (GRECO, 2011).

Facilmente perceptíveis são problemas do cárcere, considerando, principalmente, o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de alicerce da própria existência do Estado Democrático de Direito, conforme assevera Marcos Rolim (2007, p. 77), ao lecionar que

o Brasil, como a grande maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestável um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos,

---

<sup>34</sup> Em 1955, foi realizado, em Genebra, Suíça, o Primeiro Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes. No evento foram adotadas as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através da Resolução 663 CI (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela Resolução 2.076 (LXII), de 13 de maio de 1977. As regras 9, 10, 11 e 12 da Resolução 663I (XXIV) informam: “9. As celas ou locais destinados ao descanso notório não devem ser ocupados por mais de um recluso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional, for necessário que a administração penitenciária centra adote exceções a esta regra, deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local. Quando se recorra à utilização de dormitórios, estes devem ser ocupados como sendo capazes de ser alojados nestas condições. Durante a noite, deverão estar sujeitos a uma vigilância regular, adaptada ao tipo de estabelecimento prisional em causa; 10. Todos os locais destinados aos presos, especialmente aqueles que se destinam ao alojamento dos presos durante a noite, deverão satisfazer as exigências da higiene, levando-se em conta o clima, especialmente no que concerne ao volume de ar, espaço mínimo, iluminação, aquecimento e ventilação. 11. Em todos os locais onde os presos devam viver ou trabalhar: a. As janelas deverão ser suficientemente grandes para que os presos possam ler e trabalhar com luz natural, e deverão estar dispostas de modo a permitir a entrada de ar fresco, haja ou não ventilação artificial. b. A luz artificial deverá ser suficiente para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão. 12. As instalações sanitárias deverão ser adequadas para que os presos possam satisfazer suas necessidades naturais no momento oportuno, de um modo limpo e decente.” No Brasil, o Anexo I, da Resolução n.º 07/03, de 14/04/03, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, estabelece a padronização física da unidade de saúde nos estabelecimentos penais.

torturas e maus tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos Direitos Humanos.

Outros aspectos relevantes devem ser lembrados quando da análise da atual situação carcerária nacional. Nesse sentido, encontrar as causas, a fim de entender os efeitos e propor soluções, desponta-se como caminho mais viável à sistematização do presente estudo. Na mesma esteira de pensamento está a construção teórica do mencionado autor, ao apresentar as características principais das instituições prisionais brasileiras. Ao fazê-lo, Marcos Rolim (2007) demonstra diversos problemas que acabam por atingir princípios e regras constitucionais em dezesseis teses, quais sejam: 1) inexistência de um processo de individualização das penas, condicionada, em larga medida, pela circunstância objetiva da superlotação das casas prisionais; 2) ausência de procedimentos padronizados de administração prisional, tratamento dos presos e gerenciamento de crises; 3) condições degradantes de carceragem em todo o país, destacadamente no que se refere à habitabilidade, higiene, alimentação e saúde; 4) ociosidade geral dos encarcerados contrastada por projetos marginais e precários de educação e de trabalho não profissionalizante; 5) inexistência de garantias mínimas e exposição sistemática dos condenados às mais variadas possibilidades de violência por parte dos demais presos por parte de funcionários do sistema; 6) omissões sistemáticas por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público no enfrentamento da crise penitenciária e na montagem de estruturas efetivas de fiscalização; 7) condições irrazoáveis e inseguras de trabalho para os próprios funcionários do sistema, em geral despreparados e mal pagos; 8) corrupção disseminada no sistema a partir da venda de direitos, tráfico de drogas, introdução ilegal de vantagens e privilégios, desvio de alimentos e de outros recursos e co-produção e agenciamento do crime; 9) regimes disciplinares rigorosos e ineficientes que agravam arbitrariamente a execução penal e promovem tensionamentos desnecessários nas instituições; 10) inexistência de mecanismos de queixa e processamento de denúncias realizadas por internos e familiares; 11) inexistência de mecanismos de fiscalização independentes e sistemáticos das instituições prisionais; 12) inexistência de recursos elementares de segurança como, por exemplo, detectores de metais, na grande maioria das casas prisionais; 13) tratamento inadequado e normalmente ilegal e

abusivo na revista de familiares de apenados quando das visitas às instituições; 14) inexistência de assessoria jurídica aos condenados e dificuldades extraordinárias para a obtenção de benefícios legais na execução agravadas pela inexistência ou precariedade da Defensoria Pública nos Estados; 15) assistência médica e odontológica praticamente inexistentes ou oferecidas de forma rudimentar, precária e assistemática; 16) elevado índice de morbidade nas prisões; indicadores elevados de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis (HIV – AIDS) e de casos de tuberculose, entre inúmeras outras doenças.

Como já demonstrado, várias doenças infectocontagiosas se tornaram características nos estabelecimentos prisionais, destacando-se a tuberculose e a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, além de outras enfermidades. Como não existem tratamentos adequados, tampouco médicos e enfermeiros em número suficiente, os níveis epidêmicos são elevados, o que é agravado com o uso de drogas injetáveis, o estresse do encarceramento, o contato físico contínuo e o abuso físico, tão comumente presentes nas prisões. Observa-se, ainda, a hierarquização, reflexo da formação de gangues. Na verdade, há um conjunto de “regras” próprias, geradora de violência alimentada pela corrupção e outros problemas, como o tráfico de drogas interno. Todos esses fatores acabam por culminar nas explosões de rebeliões em diversos presídios, sempre se encerrando com tragédias (VIVANCOS, 2003).

A Lei de Execução Penal – Lei 7210/84 – prevê a assistência jurídica e social, o que notadamente não se verifica como efetivo: vários benefícios disponibilizados pela lei não são alcançados em razão da falta ou escassez de instrumentos aptos à realização de tais direitos. Para alcançar, por exemplo, o livramento condicional, a avaliação por assistentes sociais é pressuposto indispensável, todavia, a inópia dessa prestação dificulta e até impossibilita a concessão desse benefício.

Numa perspectiva dos direitos fundamentais, é autorizado afirmar que a pena privativa de liberdade constitui verdadeira afronta à dignidade humana: da relativização da liberdade, chega-se à mitigação de uma série de direitos que estão diretamente interligados e relacionados com o núcleo essencial da dignidade humana.

Os direitos mais atingidos pelo poder degradante do cárcere são aqueles

considerados como direitos de segunda dimensão ou geração dos direitos humanos, assim considerados os direitos sociais que devem ser efetivados a partir de prestações positivas. Segundo lições precisas de Dirley da Cunha Jr. (2011), deve haver um empenho na efetivação dos direitos sociais na medida do possível, dentro de uma reserva do possível, que, deveras, não pode reduzir a efetivação de tais direitos a um apelo ao legislador, em razão de uma imposição constitucional legitimadora – direito fundamental à efetivação da Constituição.

Diante de tais informações, é legítimo afirmar que o dever de realização daqueles direitos não é limitado ao legislador, quando do exercício de sua função precípua. Por certo, quando se trata de restrição de outros direitos, como a liberdade, o juiz e, ainda, o esfera administrativa responsável pela execução penal devem observar os critérios de mitigação, ao tempo em que mantêm a realização dos direitos sociais, sem atingi-los em seu núcleo essencial. Trata-se da consideração do direito à saúde, à educação, ao lazer, à alimentação suficiente, dentre outros, que devem ser implementados nas unidades prisionais.

De acordo com as lições de Luigi Ferrajoli (2002), não há que se falar em perda do *status* de cidadão quando do cometimento de um delito. Em verdade, ainda que seja autorizada e, de certa forma, imposta ao Estado um dever punitivo, não pode exercê-lo de forma arbitrária ou mesmo desconsiderando o caráter humano que não é abandonado. A restrição do direito de liberdade do homem não infere na sua total extirpação, sendo ilegítimo e antidemocrático o Estado que age de forma arbitrária. Tais ideias estão presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento que fundamenta, inclusive as limitações de atuação estatal bem como o seu dever prestacional.

Não se pode esquecer, como leciona Dirley da Cunha Jr. (2011) que a Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece a igualdade, a liberdade e a fraternidade, consagrando-as por forte influência jusnaturalista. Proclama, ainda, o direito à vida e à segurança pessoal; prevê o direito de reconhecimento como pessoa perante a lei em todos os lugares, apresentando o homem como fonte de todos os valores. Ademais, a Declaração apresenta o princípio da judicialidade, institui o princípio da presunção de inocência e da ampla defesa, da anterioridade do Direito Penal; reconhece o direito à privacidade, contra ataques à honra e a reputação da pessoa; declara o direito à saúde, ao bem-estar, à alimentação, ao

vestuário, à educação, à segurança, à assistência estatal; institui deveres para com a comunidade, a fim de assegurar uma convivência pacífica de desenvolvimento da personalidade humana; veda limitações arbitrárias aos direitos fundamentais e, ao final, fixa critério de interpretação de suas cláusulas, proibindo qualquer tipo de interpretação contra os direitos e liberdade reconhecidos em seu corpo.

É com esse espírito humanitário que deve o Direito Penal ser percebido: não como um conjunto de regras de restrição a direitos fundamentais, mas como um sistema de proteção contra possíveis arbitrariedades. Todavia, a violência legalizada é evidente no sistema jurídico-penal nacional, racionalizando cada vez menos os órgãos que exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa. O descumprimento dos direitos fundamentais devidos pelo Estado permite observar um cenário de múltiplos poderes que sustentam esta realidade letal que se apoia num nível tão alto de violência que causa mais mortes do que a totalidade dos homicídios praticados por particulares, como salienta Raul Zaffaroni (1997).

A prática intracarcerária deveria ser direcionada à proteção dos direitos do homem, como salientam Kenya Margarita Espinoza Velázquez e Milagro Mengana Catañeda (2007). Contudo, a atual realidade prisional se distancia desse propósito protecionista, vulnerando direitos fundamentais, seja em relação à integridade física das pessoas que se encontram privadas da liberdade, ou mesmo em relação às garantias básicas do homem, como alimentação, saúde, comunicação e acesso a um processo justo.

A conjuntura atual autoriza afirmar que o sistema prisional brasileiro alcançou sua fase mórbida, em razão de sua estrutura funcional, da impossibilidade de garantir os direitos dos condenados e, principalmente, pela ineficácia em alcançar os objetivos principais da pena, gerando, por conseguinte, um aumento da violência e da criminalidade, além de efeitos indiretos, como a pobreza, as epidemias e a corrupção, e, ainda, de ferir os princípios constitucionais, e, de forma direta e indireta, os direitos fundamentais que deveriam ser prestados pelo Estado.

### 3 A CONSTRUÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONALIZADO

O pensamento jurídico contemporâneo se apresenta com maior abertura ao mundo principiológico construído a partir de perspectivas conceituais distintas. Esse contexto é caracterizado pelo exame de localização de tais espécies normativas no ordenamento jurídico, bem como a sua relevância para a construção deôntica do Direito, a partir de sua interpretação axiológica.

Nesse aspecto, Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007) afirma que o Direito vive a era dos princípios, com a utilização mais intensa dessa categoria normativa, a fim de promover um equilíbrio entre a rigidez típica do positivismo axiomático e a abertura e incerteza do decisionismo arbitrário. Percebe-se, desde então, a apresentação dos princípios com uma função primordial de estabelecer fundamentos interpretativos para a realização coerente e efetiva do Direito.

Os princípios podem ser considerados como *mandamentos de otimização*<sup>35</sup>, na medida em que são caracterizados pela necessidade de satisfação máxima dos direitos, o que depende de possibilidades fáticas e jurídicas. Segundo Robert Alexy (2011, p. 90), trata-se de “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Seguindo a mesma linha distintiva, Humberto Ávila (2009) explica que os princípios são responsáveis por estabelecer um “estado ideal de coisas a ser atingido”. Nesse sentido, seriam normas que estabelecem fins a serem alcançados, possuindo, portanto, um caráter deôntico-teleológico, pois apontam para a existência de comandos de obrigação, permissão ou proibição que, por sua vez, são decorrentes dos efeitos comportamentais que preservam ou promovem determinado estado de coisas, considerando-o como bem jurídico.

Para Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007), os princípios estabelecem pautas valorativas que são capazes de orientar as demais regras que compõem o ordenamento jurídico, possuindo, portanto, um caráter de “fundamento axiológico e normogênético”, funcionando como estruturas fundantes do sistema

---

<sup>35</sup> A expressão “mandamentos de otimização” foi utilizada por Robert Alexy (2011) para distinguir os princípios das regras, informando que se trata de um conceito amplo, alcançando as categorias deontológicas permissivas e proibitivas.

jurídico. É forçoso inferir, a partir dessa perspectiva, que essa categoria normativa será responsável por conferir unidade e coerência ao ordenamento jurídico, como já ensaiava Norberto Bobbio (1995).

Segundo Ronald Dworkin (2011), os princípios podem ser percebidos em duas vertentes: a primeira informa o tratamento dos princípios em sinonímia com o as regras, considerando, portanto, a obrigatoriedade da observação de alguns princípios pelos juízes e juristas que decidem sobre obrigações jurídicas; a segunda nega essa obrigatoriedade e essa aproximação dos princípios às regras. No primeiro caso, a não aplicação dos princípios infere na existência de um erro, considerando a sua consideração enquanto padrões jurídicos obrigatórios, sem sair da esfera do direito e das obrigações jurídicas. No segundo, os princípios serão apresentados como padrões que estão além do direito, sendo sua aplicação considerada como ato de poder discricionário do juiz.

Ressalta, ainda, Dworkin (2011), que não existe argumento que torne um princípio incapaz de obrigar alguma autoridade jurídica, ainda que seja questionável tal posicionamento. Quando um positivista afirma que, apesar de alguns princípios possuírem uma força vinculante, no sentido de serem considerados pelos juízes, eles não poderiam prescrever um resultado particular. Em verdade, os princípios conduzem uma decisão a uma direção, ainda que numa perspectiva inconclusiva, permanecendo intactos quando não prevaletentes. É de importância singular salientar que as implicações históricas legislativa e judiciária aparecem com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade, o que confere maior atenção à categoria normativa principiológica.

As mais recentes edificações teóricas apontam para a percepção dos princípios com uma vertente funcional mais ampla: deixam de ser considerados como meros instrumentos integrativos do ordenamento<sup>36</sup>, para se despontarem como protagonistas alicerçantes da ordem jurídica, o que demonstra o reconhecimento de poder normativo presente em seu conteúdo, como já salientou

---

<sup>36</sup> A função dos princípios enquanto instrumentos de integração do ordenamento jurídico foi apontada por Norberto Bobbio (1995, p. 158-159), que, àquela época, não os identificou como normas fundamentais à existência da própria ordem jurídica: “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. (...) Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.”

Thiago Bomfim (2008). Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (2012) afirmam que as teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos constituem inovações interpretativas que consideram a força normativa vinculante, abandonando-se a antiga concepção restritiva dos princípios como simples fatores de colmatação de lacunas, presente nas posturas metodológicas influenciadas pelo privatismo novecentista.

Dirley da Cunha Junior (2011), leciona que a teoria jurídica tradicional apontava para uma ideia dos princípios como elementos secundários, com uma função meramente auxiliar ou subsidiária na integração aplicativa do Direito nos casos de lacuna. Essa perspectiva foi abandonada a partir do reconhecimento normativo proclamado nas fundamentações teóricas de Joseph Esser, Jean Boulager, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Englich, Genaro Carrió, Crisafuli, Canotilho e Jorge Miranda. O postulado da normatividade principiológica foi reconhecido no Brasil, notadamente, nas lições de Paulo Bonavides (FREIRE, 2007).

Nesse mesmo sentido estão as lições de Jorge Miranda (1996), ao afirmar que os princípios não estão em posição de superioridade em relação ao Direito. Antes, são normas que se inserem no ordenamento jurídico, numa clara contraposição às concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais. São, na verdade, categorias normativas que postulam concretizações e densificações variáveis. Na posição valorativa principiológica, Luís Roberto Barroso (1996, p. 141) informa que “já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio”, uma vez tendo sido reconhecida a força normativa dessa última categoria.

Esse novo paradigma conceitual e funcional dos princípios, de forma consecutória, ampliou os aspectos diferenciadores entre regras e princípios. Em suas preleções iniciais acerca da matéria, Robert Alexy (2011) leciona que regras e princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, podendo ser formulados por expressões deônticas básicas do dever, da proibição e da permissão. Ambos são razões para juízos concretos de dever-ser. Diante de tais considerações, é possível afirmar que a diferença entre eles é uma distinção de duas espécies de normas. De forma contrária, Claus-Wilhelm Canaris (1996) afirma que os princípios não podem ser considerados como normas, pois não apresentam conteúdo imediato



de aplicação, mas um conteúdo de sentido por meio de um processo dialético complementar e, ainda, de limitação.

Humberto Ávila (2009) explica que as regras podem ser percebidas como normas imediatamente descritivas e mediamente finalísticas, pois estabelecem comandos deontológicos de obrigações, permissões e proibições a partir de narrativas de condutas que devem ser adotadas. Por possuírem um caráter descritivo de uma situação fática que ingressa no campo cognitivo do legislador, as regras assumem um caráter primariamente retrospectivo, com pretensão terminativa e específica. Ao seu turno, os princípios são normas imediatamente finalísticas e mediamente de conduta, em razão de estabelecerem um estado de coisas realizável pela adoção de determinados comportamentos, consideradas, portanto, por um caráter primariamente prospectivo. Salienta, ainda, que os princípios possuem uma pretensão de complementaridade e parcialidade, pois abrangem apenas parte dos aspectos considerados como importantes para uma decisão conclusiva, sem pretender uma solução específica.

É autorizado afirmar que existem vários critérios utilizados para a distinção entre regras e princípios. Dentre eles, o mais recorrente é o da generalidade, considerando os princípios, nesse aspecto com maior grau do que as regras. Trata-se de um conceito de grau, diferenciando-se da universalidade: é possível apontar em maior ou menor generalidade ou especialidade, e, por outro lado, em universalidade ou especialidade. Podem, ainda, ser identificados outros critérios de distinção, como a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, diferenciando-se as normas criadas e as desenvolvidas, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica (ALEXY, 2011).

Encontrando o mote central de distinção entre regras e princípios na interpretação, Glauco Barreira Magalhães Filho (2006, p. 69-70) explica que a regra é aplicada após a sua interpretação, enquanto o princípio será interpretado em relação dialética com a sua aplicabilidade e concretização casuística. Ainda leciona que “a regra é interpretada e aplicada e o princípio é interpretado/aplicado e concretizado. A regra é interpretada e aplicada porque é norma, e o princípio é interpretado/aplicado e concretizado para que seja norma.”

Partindo para uma especificação, Ronald Dworkin (2011) afirma ser

necessária a diferenciação entre política, princípios e regras, ainda que de forma apriorística. Nesse sentido, a política poderá ser considerada como padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado como forma de melhoria, seja num aspecto econômico, social ou mesmo político. Os princípios, por sua vez, são apontados por Dworkin como padrões a serem observados como exigência de realização de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão de moralidade. As regras jurídicas, por fim, apresentam uma diferença lógica quando comparados com os princípios, na medida em que são aplicáveis na maneira tudo-ou-nada (*an all or nothing*), ou seja, sua realização está na esfera da validade, o que infere na sua aceitabilidade. Os princípios necessitam de uma decisão particular, ainda que conduzam o argumento numa certa direção, possuindo uma dimensão desconhecida pela regra, qual seja, a dimensão do peso ou da importância. Além disso, possuem uma força relativa, enquanto as regras não podem ser comparadas no âmbito de importância quando estiverem no mesmo sistema de regras, sendo que, em caso de conflito, uma regra suplantar a outra. Noutras palavras, quando uma regra entra em conflito com outra, uma delas deverá ser considerada como inválida. Apesar de tais considerações, em algumas situações, a diferença entre regras e princípios se tornará tênue, de forma que não passará de uma questão de forma.

Retorna-se às lições de Alexy (2011), quando afirma que a distinção entre regras e princípios encontra seu ponto decisivo quando da consideração dos princípios como mandamentos de otimização, por serem normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, como informado anteriormente. Podem ser satisfeitos em variados graus, dependentes das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que estas possuem um âmbito determinado pelos princípios e regras colidentes. As regras, ao seu turno, possuem determinações no âmbito do que é fático e juridicamente possível, podendo ser satisfeitas ou não: se uma regra vale, deve-se cumprir o que ela exige. A diferença, portanto, reside não no grau, mas no aspecto qualitativo, o que se mostrará de forma mais clara quando da colisão entre princípios e do conflito entre regras.

A verificação do modo de existência e de solução de conflito normativo é, de acordo com as lições de Humberto Ávila (2009), um relevante aspecto diferenciador dos princípios e regras. Esse modelo de distinção foi apresentado, de forma

descritiva, por Robert Alexy (2011), quando afirmou que, diante do conflito entre regras, a solução se apresenta em dois sentidos: introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando uma das regras como inválida. Diferentemente da validade social ou da importância da norma, a validade jurídica não comporta gradações: uma regra válida possuirá consequências jurídicas válidas, não sendo possível a coexistência de juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si válidos. Quando não for possível a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser declarada inválida. Trata-se de uma decisão sobre validade, que pode utilizar os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Em relação à colisão de princípios, Alexy (2011) explica que a resposta é diferenciada, no sentido de que não haverá a declaração de invalidade de um deles ou mesmo a introdução de uma regra de exceção. Na verdade, um dos princípios terá que ceder, observando-se as condições concretas que possibilitarão a observação da precedência de um deles em face do outro. Em outras condições, essa precedência poderá ser oposta. Nos casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes. Conclusivamente, enquanto o conflito de regras ocorre na dimensão da validade, a colisão de princípios ocorre na dimensão dos pesos.

Em se tratando do subsistema jurídico-penal, os princípios assumirão uma função relevante, apresentando-se como critérios constitucionais para solução de conflitos penais, conforme leciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 3):

Não se pode descartar a eficácia inexorável dos princípios na análise da legislação, de um lado, e do caso concreto, de outro lado. Só com base nos princípios será possível conferir sentido a situações concretas que, embora idênticas do ponto de vista da lógico-formal, são distintas do ponto de vista teleológico e axiológico. Assim, será possível solucionar constitucionalmente questões penais em que o desvalor da ação e do resultado são únicos e irrepetíveis; quando o juízo de censura sobre o autor não se enquadra nas grades seletivas que os tipos penais encerram; quando a incidência do tipo permissivo não se amolda com exatidão à hipótese concreta; quando a lesão não se revela socialmente danosa, ou quando a tipificação revela uma condição humana indigna.

Como anotado em momento anterior, o movimento iluminista foi responsável pela inauguração de uma fase que alicerçou o constitucionalismo, trazendo consigo os princípios que ordenariam todo o sistema jurídico, em seus mais diversos ramos.

No que se refere ao Direito Penal, especificamente, a força normativa dos princípios erigida naquela ocasião serviu como instrumento limitador à atuação do Estado absoluto em seu *jus puniendi*, o que balizou o nascimento do Direito Penal moderno (RAMIREZ, MALARÉE, 2004).

É inegável, de igual forma, que os princípios assumiram outra função singular, quando da sua força concretizante de valores presentes na ordem social. É nesse aspecto que Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 6-7) explica que a função positiva ou ordenadora dessa espécie normativa corrobora com “o caráter teleológico dos princípios, no sentido de permitir a realização de um fim juridicamente relevante através do seu constante processo de concretização por meio de regras e subprincípios.” Manuel de Rivacoba Y Rivacoba (2000, p. 45) ensina que essa categoria normativa possui uma função construtiva,

cuando en la medida en que inspiran a ciertas leyes e incluso un sector individualizado de la legislación, que se adecuan a sus postulados o dictados, obrando como forma pura que se infunda en ellas como materia y recibe de ellas un contenido, las rigen y constituyen en penales y son leyes y hasta un ordenamiento penal, acreditando su verdadera naturaleza penal.

Em estudos específicos acerca do tipo penal incriminador e suas consequências jurídicas punitivas, Sebastián Mello (2007) afirma que é possível e, até mesmo viável, compreender o afastamento de tais preceitos quando confrontarem um princípio, salvo se não justificados por outro princípio fundamental. Ressalta, ainda, que os princípios possuem uma função interpretativa compatibilizadora com a proteção dos Direitos Fundamentais, quando da proteção dos bens jurídicos (MELLO, 2004).

A interpretação do subsistema jurídico-penal por intermédio de uma visão principiológica-constitucional, com a validade de suas normas fundada nas diretrizes máximas da Norma Superior se despontou como essencial. Sobre essa singularidade constitucional, leciona Ricardo Maurício Soares Freire (2008) que os princípios jurídicos de ordem constitucional expressam valores ou indicam fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiando por todo o ordenamento jurídico.

Os princípios inseridos no texto constitucional são norteadores da legitimidade de todo um ordenamento jurídico, em razão de sua função

concretizante de valores. É nessa perspectiva que se reafirma o nascimento do Direito Penal tutelar, considerado como instrumento capaz de garantir a todos o exercício de tais direitos, como salienta Sebastián Mello (2007, p. 7):

o *telos* do subsistema penal é dado com base nos princípios. São os princípios protetivos da liberdade, e não o instituto da pena, que fazem o Direito Penal um subsistema único e distinto de qualquer outro ramo do Direito. Em outras palavras, se o princípio carece de concretização, não é ele aplicado de forma direta e imediata; ele se revela no texto das demais regras jurídicas, e se expressa por intermédio da lei e da sentença. Um princípio, na verdade, é a concretização de um valor porque traz um indício de consequência jurídica, e não a consequência jurídica propriamente dita. E a lei, bem como a decisão judicial, será amiúde a revelação da consequência jurídica indicada pelo princípio.

É nesse contexto que se pode encontrar o ponto de contato entre Direito Penal e Constituição, na medida em que aquele subsistema jurídico será percebido a partir da possibilidade de interferência estatal no âmbito da liberdade individual, de forma ainda mais aguda e, portanto, deverá ser abalizado por princípios constitucionais limitadores e indicativos da compatibilidade das medidas sancionatórias com o conteúdo material dos direitos estatuídos historicamente na Norma Suprema. Como assevera Sebastián Mello (2001, p. 4), “as relações entre Direito Penal e Constituição são, por certo, bem estreitas, porque o Direito Penal está no centro do conflito entre liberdade individual e intervenção estatal.” Dessa forma, a legitimação do Direito Penal estará condicionada à aprovação de leis específicas que estejam em conformidade com a Constituição, e, ainda, com o valor fundamental da manutenção da forma da sociedade e do Estado. Por tal razão, Günther Jakobs (1997) assegura que o conteúdo genuíno das normas penais é regido pelo respectivo contexto das regulações que pertencem às realidades da vida social e às normas, com maior ênfase às normas constitucionais. Corroborando com o entendimento do teórico alemão, Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 9) assevera que,

quando o texto constitucional consagra princípios como o do Estado de Direito, o do Estado Democrático ou da Dignidade da Pessoa Humana, isso provocará evidente influência no conteúdo do Direito Penal, cujos princípios e regras deverão estar adstritos aos limites inerentes às diretrizes básicas da ordem constitucional. Os princípios estruturantes conferem unidade ao ordenamento jurídico, de modo

que o Direito Penal, como subsistema subordinado hierárquica, lógica, axiológica e teleologicamente aos princípios constitucionais, deve retirar destes últimos sua pauta valorativa.

Noutra vertente, os princípios constitucionais servirão como norteadores da atividade legislativa, quando da orientação à escolha dos bens jurídicos que passarão a integrar o corpo jurídico abstrato das leis penais, como já asseveraram Luiz Regis Prado (2010), Winfried Hassemer (2011), Bernd Schünemann (2011), Roland Hefendehl (2011), Wolfgang Naucke (2011), Günter Stratenwerth (2011), Knut Amelung (2011), Günther Jakobs (2011) e Claus Roxin (2011).

Essas considerações impulsionarão à análise de alguns princípios constitucionais que lastreiam as Ciências Criminais, apresentando-os como pressuposto de existência e legitimidade de um aparelho punitivo estatal apto a alcançar os fins *maximes* das penas. Verifica-se, atualmente, que o sistema penal está aquém de sua proposta renovada durante a Ilustração e consolidada na modernidade, devendo-se pensar em mecanismos que retomem aquelas propostas iniciais, a partir de uma perspectiva constitucional. Para tanto, foram selecionados princípios que servirão de fundamento para a proposta a que se apresenta o estudo, sendo alguns exclusivos da tutela penal, com esteio na Constituição.

### **3.1 Princípio da legalidade: uma garantia iluminista**

O princípio da legalidade pode encontrar sua raiz histórica na Magna Carta inglesa, de 1215, como anotado anteriormente. Todavia, não restam dúvidas de que foi no auge da Revolução Francesa de 1789 que ganhou contornos de limitação da atuação punitiva estatal, como exigido pelo Direito Penal. Segundo Eduardo García de Enterría (2001), o princípio da legalidade no subsistema jurídico-penal foi intuído pelo Iluminismo e fortalecido no manifesto de Cesare Beccaria, com sua origem nos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>37</sup>. Com o

---

<sup>37</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 7º Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão quando assim determinado pela lei e de acordo com as formas que ela prescreveu. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos. Mas todo homem intimado ou convocado em nome da lei deve obedecer imediatamente: ele se torna culpado pela resistência; Art. 8º A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente

mesmo entendimento, José Cerezo Mir (2002, p. 162) leciona que

o princípio *não há delicto nem pena sem lei prévia* tem sua origem na filosofia da Ilustração. A teoria do contrato social de Rousseau e da divisão de poderes de Montesquieu constituem seu substrato ideológico. É certo que se visualizaram antecedentes do princípio da legalidade no Direito romano, no Direito canônico, nos foros aragoneses da Idade Média, e na Magna Charta outorgada na Inglaterra por João Sem Terra, em 1215, mas cuidam-se, na realidade, de preceitos de natureza e alcance distintos, ainda que refletiam a mesma preocupação pela segurança jurídica.

Segundo Andrei Zenkner Schmidt (2007), John Locke pode ser considerado como o grande idealizador do princípio da legalidade, caracterizado pela força impositiva em relação à sociedade e, igualmente, ao Estado. Contudo, foi Beccaria o responsável por estabelecer que apenas as leis podem estabelecer penas aos delitos. A fórmula latina do princípio da legalidade foi percebida a partir das lições de Anselm von Feuerbach, em 1801, quando se consolidou os axiomas *nulla poena sine lege* e *nullum crimen sine poena legali*, condicionando, portanto, a existência do crime e da pena à lei.

A essencialidade do princípio da legalidade no âmbito jurídico-penal foi consolidada com as diretrizes do Estado de Direito Liberal. E mais, a legalidade pode ser considerada como “primeira densificação jurídica da dignidade da pessoa humana, pois assegura o direito fundamental de liberdade contra a ingerência estatal” (MELLO, 2010, p. 71). Bem verdade que a legalidade inaugura os direitos fundamentais da primeira dimensão, em razão de ser instrumento assecuratório das liberdades públicas, exercidos contra o Estado, no seu sentido funcional negativo, ou seja, são oponíveis ao Estado, numa clara limitação ao poder intervencionista, como já anotado anteriormente (GUERRA FILHO, 2005). No mesmo sentido, explica Cláudio Brandão (2005, p. 38-39):

Portanto, é pela legalidade que o Direito Penal se volta para o homem, rompendo com o terror penal. Se é através da legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem a função de garantir o indivíduo do próprio Direito Penal, delimitando o âmbito de

---

necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada; Art. 9º Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado. No caso de se julgar indispensável sua prisão, qualquer excesso para se assegurar de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.” (PIOVESAN, 2004)

atuação do Estado na inflição da pena. Neste espeque, podemos fazer a ilação de que é a legalidade que torna o homem a figura central de todo o Ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade.

A lei é fonte imediata do Direito Penal, não sendo admitida a imposição ou proibição de condutas, sob ameaça de sanção por costume, o que torna ainda mais restritivo o caráter da legalidade em matéria penal. Nesse aspecto, leciona Santiago Mir Puig (1996) que o costume é excluído do âmbito penal como possível fonte de delitos e penas, graças ao axioma *nullum crimen, nula poena sine lege scripta*. Apenas a lei, em seu sentido formal e estrito, pode ser fonte legítima à descrição de condutas típicas e cominação de sanções, sendo mais adequada a adoção das expressões “estrita legalidade” e “reserva legal”, conforme assevera Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1994), em contraposição à legalidade que, ao seu turno, inclui em seu conteúdo as normas regulamentares emanadas do Poder Executivo, não aceitas pelo Direito Penal<sup>38</sup>.

As lições de José Miguel Zulgadia Espinar (1991) apontam para a taxatividade como princípio decorrente da legalidade. Nesse sentido, a lei penal deve descrever, de forma concisa, clara e exaustiva, as condutas que objetiva proibir ou impor, com o fim de informar ao cidadão o conteúdo normativo de forma mais precisa possível. É também por essa razão que o magistrado não pode criar delitos, sendo vedada a analogia *in malam partem*, conforme ensinam Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée (1997).

O fortalecimento do paradigma do Estado Democrático de Direito confere novos contornos ao princípio da legalidade, afastando-se do seu sentido formal para estabelecer um princípio com conteúdo compatível delineado pela Constituição. Esse seria o sentido de um Direito Penal moderno, como ressalta Andrei Zenkner Schmidt (2007), ao lecionar que a legitimação desse subsistema jurídico é encontrada na realização das garantias da liberdade e, ainda, nas garantias sociais,

---

<sup>38</sup> Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 81) preleciona que “a legalidade em sentido estrito ou pena guarda identidade com a reserva legal, vale dizer, somente se pode considerar *crime* determinada conduta, caso exista previsão em lei. O mesmo se pode dizer para a existência da pena. O termo *lei*, nessa hipótese, é *reservado* ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra. A matéria penal (definição de crime e cominação de pena) é *reserva de lei*, não podendo acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria inconstitucional. Portanto, decretos, portarias, leis municipais, resoluções, provimentos, regimentos, dentre outros, estão completamente alheios aos campos penal e processual penal.”



noutras palavras, na materialização dos direitos fundamentais<sup>39</sup>. Trata-se do conteúdo material da legalidade, como leciona Salo de Carvalho (2001, p. 108):

O vínculo do julgador à legalidade não deve ser outro que o da legalidade constitucionalmente válida, sendo imperante sua tarefa de superador das incompletudes, incoerências e contradições do ordenamento inferior em respeito ao estatuto maior. A denúncia crítica da invalidade (constitucional) das leis permite sua exclusão do sistema, não gerando nada além do que a otimização do próprio princípio da legalidade e não, como querem os afoitos doutrinadores, sua negação.

No Brasil, o princípio da reserva legal foi esculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, quando dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, texto que, ainda, pode ser encontrado no art. 1º, do Código Penal. Em verdade, os diplomas se referem aos princípios da estrita legalidade e da anterioridade da lei penal.

Andrei Zenkner Schmidt (2007) informa que a legalidade possui uma característica dicotômica, na medida em que se institui poderes e garantias. Em relação ao Estado, estabelece que apenas o Poder Legislativo Federal, por meio de lei ordinária federal, explicitamente contido no art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, donde decorre sua vertente de reserva legal ou estrita legalidade. Por outro lado, à sociedade este princípio se desponta como garantia de que não haverá infração penal sem lei específica que o defina, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, anotado anteriormente.

### **3.2 Princípio da intervenção mínima: a tutela do bem jurídico constitucional-penal**

A intervenção estatal pode ser compreendida como instrumento necessário à solução de conflitos, quando se torna imprescindível a aplicação de sanções para preservação de direitos. Por essa perspectiva, é possível perceber a função de

---

<sup>39</sup> No mesmo sentido, Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2010, p. 76) explica que “a partir da posituação constitucional dos direitos e garantias individuais, o Direito Penal não poderia, mesmo que por intermédio de uma lei aprovada por esmagadora maioria, punir alguém que não tivesse praticado um fato proibido, ou um fato inofensivo, cogitado ou praticado sem culpa.”

controle social exercida pelo Direito e, ainda, a distribuição da justiça promovida de forma institucionalizada. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 166-167), a intervenção do Estado para garantir a justa aplicação da lei está na esfera dos fenômenos normais, sendo, inclusive, considerada como desejável, “na medida em que se acate a liberdade individual como bem supremo, preservando-se a dignidade da pessoa humana na exata demanda do Estado Democrático de Direito.”

Em compasso com a consideração dos direitos fundamentais como instrumentos de leitura das regras punitivas, tem-se a razão fundante do Direito Penal, vislumbrada como a última opção de tutela de direitos, sendo que este subsistema jurídico, de acordo com o momento e a cultura social, protege bens jurídicos considerados mais relevantes quando entender que os demais ramos do Direito serão incapazes de fazê-lo. É um limitador ao poder punitivo estatal, evitando os tempos da barbárie da vingança legalizada<sup>40</sup>. Leciona José Caparrós (2001) que a esfera punitiva deve se ocupar apenas das agressões consideradas intoleráveis aos bens jurídicos de natureza transcendente, ou seja, àqueles bens importantes para a sociedade. E, nesse mesmo sentido, é a lição de Muñoz Conde (1975, p. 59-60):

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

Segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2007), a utilização legítima do Direito Penal é justificada apenas diante de condutas que violem a dignidade da pessoa humana ou mesmo que alcancem bens e valores que comprometam a existência material do homem. Numa vertente democrática, não é autorizada ao subsistema jurídico-penal a sua intervenção quando da inexistência de comportamentos que não oferecem risco à funcionalidade do Estado democrático. Na mesma medida, Guilherme de Souza Nucci (2010) salienta que só se pode viabilizar a intervenção penal quando, esgotadas as medidas punitivas extrapenais, permanece o ato capaz de gerar rupturas indesejáveis na paz social. Nota-se, claramente, que o Direito Penal é a

---

<sup>40</sup> Com o mesmo entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 167) afirma que o interesse punitivo decorre da própria natureza humana, “não se materializando necessariamente no formato de vingança, mas de igualdade de condições, vale dizer, o respeito à ei e ao direito alheio precisa ser cultuado, ainda que preciso seja a aplicação de sanções convincentes para tanto.”

saída emergencial, quando da falha de outros subsistemas, que foram incapazes de tutelar alguns bens jurídicos de relevo.

A interferência do Direito Penal deverá, portanto, ser mínima, com um caráter subsidiário. Destarte, ensina Cezar Bitencourt (1995) que o princípio da intervenção mínima, orientado pela concepção de mínima restrição aos direitos fundamentais, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outros meios de sanções ou de controle social se mostrarem suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito forem considerados como incapazes de conferir a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Essa constatação permitiu Ana Elisa Liberatore S. Bechara (2011) concluir que o mundo jurídico-penal é abalizado pela redução de seu âmbito de proteção, pois é apresentado como último recurso do Estado, quando se revela imprescindível à manutenção da ordem social.

O caráter subsidiário do Direito Penal é justificado por Claus Roxin (2006), quando assegura que aquele subsistema jurídico possibilita as intervenções mais drásticas em relação aos direitos dos cidadãos, apenas podendo ser utilizado nos casos de insuficiência de outras medidas. Com ponderação semelhante, Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 18) afirma que

a intervenção penal é mínima porque só deve ser aplicada quando necessária, o que implica dizer que o Estado, diante de um determinado conflito, deve esgotar todos os recursos e buscar todas alternativas possíveis de controle social para solucionar o conflito. Somente o fracasso ou a insuficiência dessas medidas justifica o recurso ao Direito Penal. Assim, se o Estado dispuser de um meio não-penal (e, por isso, menos gravoso) para resolver o conflito, este deve ter preferência em relação à interferência do Direito Penal.

A intervenção mínima do aparelhamento penal remonta sua própria essência, sua razão de ser, como ramo do Direito que mais agride determinados direitos constitucionais. É a última forma de atuação do Estado, quando os demais instrumentos se mostraram inaptos para alcançar a manutenção da paz social através do controle do Estado. Com esse entendimento, aduz André Copetti (2000, p. 87):

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento, quando já não houver mais outras alternativas disponíveis.

Para viabilizar uma intervenção mínima, o Direito Penal é orientado pela seleção de bens jurídicos que merecerão a tutela desse subsistema jurídico. Isso porque o bem jurídico continua a ser o ponto de referência para incriminação, sendo imprescindível a demonstração da conexão de idoneidade da proibição para proteção do bem (HEFENDEHL, 2011). Segundo Winfried Hassemer (2011), uma teoria do bem jurídico<sup>41</sup> contribuiu para o fortalecimento do caráter subsidiário do Direito Penal, na medida em que demonstra que à proteção de bens jurídicos será necessária, ao menos, uma ameaça.

Essa natureza seletiva será concretizada pelo paradigma constitucional, ainda que do texto constitucional não constem os conceitos de bem jurídico e de dano social, como já destacou Bernd Schünemann (2011). É por esse motivo que Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007) assegura que a intervenção penal possui um caráter extremo, sendo necessário que a Constituição seja responsável pela indicação daqueles bens mais importantes, a fim de incluí-los no rol protetor do Direito Penal<sup>42</sup>. Por essa razão, Luiz Regis Prado (2009, p. 91) afirma que

a tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia. Há, por assim dizer, uma limitação nomológica em relação à matéria. A linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir. Em um Estado de Direito democrático, a determinação dos valores da comunidade deve estar, em princípio, delineada na Constituição.

---

<sup>41</sup> Sobre a teoria do bem jurídico, Günter Stratenwerth (2011, p. 109) explica que “o bem jurídico, em primeiro lugar como bem da pessoa, não é uma mera atribuição normativa, que não pode ser eliminada por meio de intervenções fácticas. Ele tampouco consiste num feixe de possibilidades fácticas, que não poderiam ser merecedoras de proteção enquanto tais. Ele tem de consistir na união destes dois aspectos, dito grosseiramente: na disponibilidade do bem em conformidade ao Direito.”

<sup>42</sup> Segundo Luis Prieto Sanchís (2011, p. 97), pensar na existência de um Direito Penal que não possua como função principal a proteção de bens jurídicos infere na constatação de seu “papel retórico y declamatorio, además, naturalmente, de propiciar la maximización de la respuesta punitiva.”

Numa clara relação entre os princípios da intervenção mínima e da dignidade humana, Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2010) leciona que a intervenção estatal punitiva deve ser mínima, devendo ser sempre escolhido o meio que apresenta menor interferência possível aos direitos fundamentais, garantindo-se a manutenção e a realização da dignidade humana.

É possível verificar, ainda, que, pelo princípio da intervenção mínima, ocorre o processo de descriminalização, em razão das alterações sociais responsáveis pela escolha dos bens jurídicos tutelados penalmente, deixando de lado alguns que foram protegidos em momento pretérito, alterando sua tutela para outro ramo do Direito, mormente para o Direito Civil e o Direito Administrativo. É nesse cenário que se aponta para o processo de alteração de tutela, bem lembrado por Luigi Ferrajoli (2002, p. 575), ao se referir às contravenções penais como caminho para despenalização:

Um redimensionamento do direito penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa à reclusão [...]; o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição – seja mesmo à discricionariedade do juiz – com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização.

O próprio Direito Penal se encarrega de lembrar seu caráter subsidiário através das chamadas transações penais, previstas na Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, na tentativa de solucionar aquelas lides que envolvem delitos de menor potencial ofensivo<sup>43</sup>. Essa subsidiariedade é também percebida, portanto, no âmbito interno daquele subsistema jurídico, coadunando com uma

---

<sup>43</sup> Lembra, ainda, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 169) que a perspectiva de uma intervenção mínima construiu um cenário em que “emergiu a Lei 9.099/95, instituindo o Juizado Especial Criminal e garantindo-lhe a possibilidade de transação, com o contorno à viabilidade de punição por meio da pena privativa de liberdade, bem como tornando plausível a suspensão condicional do processo, dando a volta por cima do processo penal obrigatório, que culminava com a aplicação de sanção por vezes desnecessária. Em decorrência da meta de intervenção mínima, a Lei 9.714/98 inseriu, no Código Penal, o incremento das penas alternativas de direitos ou pecuniárias. Na legislação especial, o exemplo emerge da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), encartando como sanções penais ao usuário de entorpecentes penas restritivas de direitos ou multa, mas afastando, completamente, a aplicação de pena privativa de liberdade (art. 28).”

atuação estatal menos gravosa possível, quando da necessidade de intervenção penal<sup>44</sup>. Por esse sentido, busca-se a aplicação de medidas proporcionais, na sua máxima da necessidade, a fim de restringir na menor medida possível os direitos alcançados pela sanção penal.

### **3.3 Princípio da lesividade: uma expressão da intervenção mínima**

O princípio da lesividade pode ser percebido como expressão da intervenção mínima, em razão de informar ao legislador as condutas que deverão ser consideradas criminosas. Trata-se de um orientador penal que funciona, por certo, como limitador legislativo, na medida em que proíbe a punição pelo que se pensa ou se sente, e de condutas desprovidas de alteridade, ou seja, que não atinjam bens de terceiros.

A justificativa das proibições penais é encontrada na existência de condutas que ofendam, de forma grave, a direitos e interesses de terceiros. Por essa razão, o direito não pode “legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo” (ZAFFARONI, 2004, p. 226). Dessa forma, não há que se conceber a utilização das normas penais como resposta puramente ética aos problemas apresentados, antes, devem servir como meio de assegurar os pactos que sustenta o ordenamento normativo na inexistência de outros mecanismos aptos para tanto (SARRULE, 1998).

O princípio da lesividade ainda se apresenta como inibidor da punição do agente pelo que ele representa, excluindo o direito penal do autor e revelando o direito penal do fato. Não se deve punir o autor de uma conduta delituosa pelo que ele pode representar, o que poderia ferir enormemente diversos preceitos constitucionais, mas o fato delituoso em si, a conduta criminosa. O direito é um

---

<sup>44</sup> Ao estabelecer uma relação entre o princípio da proporcionalidade com o princípio penal da intervenção mínima, Sebastián Mello (2007, p. 17) assegura que “o Direito Penal não deve atuar quando houver um meio extrapenal igualmente eficaz para a proteção do bem jurídico, e, se houver a necessidade de intervenção penal, ela deve ser a mais suave possível. Isso porque a tutela penal, como medida extrema, não deve incidir em toda ou qualquer lesão de bem jurídico.”

sistema regulador de condutas humanas, e não do próprio ser<sup>45</sup>.

Há que se falar, ademais, daquelas condutas consideradas desviadas, mas que não afetam bem jurídicos de terceiros. Tais ações, ainda que repugnantes moralmente, não podem ser apenadas pelo simples fato de causarem repulsa social. Com propriedade, ensina Luigi Ferrajoli (2002, p. 178) que “o direito penal não possui a tarefa de impor ou reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros.”

Nesse idêntico raciocínio, acrescentam Figueiredo Dias e Manoel Costa Andrade (1997) que a criminalização a partir de considerações exclusivamente morais é ilegítima, estendendo o mesmo entendimento quando se tratar de condutas que revelem particulares representações consideradas como subculturais ou que se afastam dos padrões normais de respeitabilidade.

É válido retomar as ideias do movimento iluminista que, dentre outras grandes transformações, foi o responsável pela separação nítida entre Direito e moral. Por tal desmembramento, não se deve confundir estes dois aspectos, ainda que, em determinados momentos, possam coincidir, o que não autoriza colocá-los em sinonímia.

### **3.4 Princípio da adequação social: um limitador legislativo e interpretativo**

A norma penal tutela bens jurídicos relevantes, produzindo a tipicidade formal que nada mais é que a previsão legal de uma conduta delituosa, podendo ser materializada ou não. A segunda etapa do tipo penal, portanto, é a concretização do preceito incriminador, que pode ainda ser afastada pela adequação social. Com uma função binômica, este princípio se encarrega de restringir o campo de atuação do tipo penal, ao interpretá-lo de forma restritiva, e de conduzir o legislador à molduração das normas que tutelem os bens de acordo com a evolução social. Deve-se salientar, no entanto, que este princípio não chancela a prática de determinadas

---

<sup>45</sup> Sobre o direito penal do autor, afirma Eugenio Raul Zaffaroni (1996, p. 73) que “o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana.”

condutas que, ainda adequadas socialmente, constituem delito até a criação de lei posterior que as descriminalize. Assim,

na função dos tipos de apresentar o “modelo” de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, são referentes à vida social; ainda, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que se separaram gravemente dos mandamentos históricos da vida social (WELZEL, 1987, p. 66).

Luiz Regis Prado (2009) corrobora com tal entendimento, ao informar que a teoria da adequação social expressa que uma conduta pode se subsumir a um modelo legal, mas não ser considerada típica, em razão de ser socialmente aceita ou reconhecida, isto é, de acordo com a ordem social construída ao longo da história. Salutar, nesse momento, a retomada da distinção entre a tipicidade formal e a material, sendo imperioso entender que o princípio da adequação social atinge diretamente esta última, tão somente, impossibilitando a consideração de determinada conduta como crime, em razão da ausência de desvalor da conduta ou mesmo do resultado, numa perspectiva mais ampla.

O Estado estará limitado em seu poder punitivo quando da impossibilidade de criminalizar condutas que estejam socialmente ajustadas, em clara situação de conformidade com os objetivos fundados no respeito à liberdade individual<sup>46</sup>. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 184), “inexiste razão para uma intervenção do Direito Penal, quando se está diante de conduta socialmente adequada, vale dizer, amoldada aos preceitos gerais de Direito e, em particular, harmonizada com a realidade social da atualidade.” Ao discorrer sobre o tema, Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 20-21) assegura que

o princípio penal da adequação social pode ser visto como um corolário do princípio da proporcionalidade/adequação. Com efeito,

---

<sup>46</sup> Ao explicar o fundamento e a utilização do princípio da adequação social, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 184) explica que “o socialmente adequado não diz a uma análise plebiscitária das condutas aparentemente agressivas, motivo pelo qual não cabe um julgamento calcado na maioria, nem mesmo no sentimento do *homem médio*. Concerne ao magistrado detectar a postura da sociedade consensual e, por vezes, indiferente, em relação a determinada conduta humana. O cenário da adequação sócia patenteia-se no quadro de pacífica aceitação ou apática reação da sociedade quando em confronto com ações e resultados. Note-se a atual postura social no tocante à utilização de tatuagem, algo que, formalmente, pode representar uma lesão corporal definitiva e até mesmo grave, mas que conta com o beneplácito social, manifestado pela aceitação ou pela indiferença.”



uma conduta, ainda que formalmente subsumida ao tipo legal de crime, não será criminosa se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada, justamente porque a intervenção penal não se presta a atingir o fim de proteção ao bem jurídico.

Segundo Renato de Melo Jorge Silveira (2011), a adequação social não permite o nascimento da antijuridicidade, em razão da nítida contradição que poderia surgir com a consideração da conduta socialmente normal e da conduta socialmente adequada como expressões antônimas. Aqui reside a importância desse princípio, afastando-se uma possível inconsistência do ordenamento jurídico.

Não se deve olvidar, por fim, que o princípio da adequação social pode ser percebido, também, como instrumento de direção do *jus puniendi* em seu aspecto negativo, na medida em que orienta o legislador ao processo de descriminalização de condutas que eram percebidas, em razão de circunstâncias histórico-sociais, como típicas, mas que, pela própria evolução dos valores erigidos como importantes para a convivência humana, deixaram de ser considerados como carecedoras da tutela penal.

### **3.5 O consectário principiológico da fragmentariedade**

Em relação à natureza do Direito Penal, tem-se a fragmentariedade como sua característica principal. Trata-se, na verdade, do aspecto fracionário desse subsistema jurídico, vislumbrado da seguinte forma: o legislador escolhe os bens fundamentais a serem tutelados por este ramo do Direito, uma vez demonstrada a lesividade e a inadequação social, inserindo-os num pequeno conjunto de tutela penal.

Em seus escólios, já prelecionava Muñoz Conde (1975) que não serão todas as ações que ofendem bens jurídicos passíveis de alcance pelo Direito Penal, o que confere a esse subsistema uma relatividade em relação ao objeto tutelado. O caráter fragmentário aparece com uma tríplice forma nas atuais legislações, em razão de, num primeiro momento, defender bens jurídicos contra ataques de gravidade especial. Em seguida, o Direito Penal se direciona a uma parte dos ilícitos presentes

no ordenamento jurídico e, ao final, abandona a perspectiva punitiva de ações meramente imorais.

Vê-se, portanto, que a fragmentariedade é observada a partir da junção de três princípios, quais sejam, a intervenção mínima, a lesividade e a adequação social, oferecendo um caráter próprio ao Direito Penal, que resulta na sua configuração enquanto última etapa e menor esfera de proteção do bem jurídico. Como ressaltou Luiz Luisi (2003), no universo da ilicitude, apenas uma pequena parcela<sup>47</sup> de bens jurídicos é considerada como merecedora da atenção do subsistema jurídico-penal.

Segundo lições de Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 9-10), é conclusivo afirmar que, “da infinidade de bens jurídicos existentes, apenas alguns justificam a proteção penal, e apenas alguma das formas de violação – caráter fragmentário do Direito Penal.”

O Estado Democrático de Direito exige uma postura penal coerente, com uma vertente punitiva menos gravosa possível, na medida em que o subsistema jurídico-penal se apresentará como última esfera de proteção de apenas uma parcela de bens jurídicos. Dessa forma, é forçoso reconhecer que, dentre os ilícitos percebidos num determinado ordenamento jurídico, somente alguns deles serão selecionados para que se proceda a uma adjetivação penal, passando a ingressar, portanto, nesse fragmento positivo do Direito.

### **3.6 Princípios da responsabilidade pessoal e da individualização da Pena: norteadores da atuação punitiva estatal**

A análise das consequências jurídico-penais ao cometimento de crimes é construída a partir de uma perspectiva principiológica, notadamente pela necessidade de aplicar penas com respeito à individualidade humana, responsabilizando apenas a pessoa que, no mínimo, tenha participado da atividade

---

<sup>47</sup> Leciona Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 168) que é possível “acolher o princípio da fragmentariedade como corolário natural da intervenção mínima. O Direito Penal não passa de um *fragmento* do ordenamento jurídico. Um *pedaço* do todo, apto às funções mais relevantes de interferência na liberdade individual.”

criminosa. Estes princípios – responsabilidade pessoal e individualização da pena – são preconizados na Constituição Federal<sup>48</sup>, em seu artigo 5º, incisos XLV e XLVI, respectivamente, quando se percebe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” e, ainda, que “a lei regulará a individualização da pena.”

O princípio da responsabilidade pessoal também é conhecido como princípio da intranscendência da pena ou da pessoalidade. Diz respeito ao alcance da punição imposta pelo Estado, que deverá atingir tão somente a pessoa do condenado, em que qualquer das penas que seja aplicada, responsabilizando apenas o infrator da norma. De acordo com as lições de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 153), “a medida exata e justa da punição somente pode concentrar-se na pessoa do autor do ilícito, sem se expandir para outros indivíduos, por mais próximos que sejam ou estejam do criminoso.” De forma ainda mais específica, assevera que

na órbita penal, a sanção converge para um único ponto: a pessoa do condenado. As penas aplicadas devem respeitar, na absoluta precisão do termo, a individualidade humana. Portanto, ao autor do crime, destina-se a medida repressiva e preventiva do Estado, fundando-se em fatores variados. Preserva-se a família e todos os demais, que possuam algum vínculo com o acusado. (*idem*, p. 153)

Ainda que previsto constitucionalmente, numa análise crítica, observa-se que os efeitos de tal princípio são limitados, por vezes, ao aspecto formal, em razão das sequelas que a pena provoca a todos que cercam o autor da conduta delituosa. Pode-se afirmar que a pena privativa de liberdade, por exemplo, é responsável por gerar efeitos criminalizantes secundários a partir criação de condições favoráveis ao aparecimento de outros infratores, uma vez que retira do convívio social o sustentáculo da família, o que comprova a impessoalidade da punição estatal. Ademais, numa sociedade preconceituosa como a brasileira, soma-se aos fatores já apresentados, o estigma da punição por um ato criminoso, o que obstaculiza o fim ressocializador da pena. Nas lições de Raul Zaffaroni (1996, p. 138):

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é

---

<sup>48</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se preocupou em apresentar uma série de garantias aos presos, não desconsiderando o seu *status* de cidadão. Pode ser considerada como resultante de um avanço de proteção dos indivíduos que praticaram algum delito, na medida em que os protegem de arbitrariedades que foram percebidas no passado. Também por tal razão, a atual Constituição pode ser considerada como Carta Cidadã.

uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado.

Segundo Giuseppe Bettiol (2000), a transcendência da pena, enquanto expressão punitiva do poder estatal, é consequência inevitável, pois os efeitos de uma sanção alcançam a família do condenado ou mesmo outras pessoas que fazem parte de sua rede de relações intersubjetivas.

Ao lado do princípio constitucional da intranscendência da pena está o princípio da individualização<sup>49</sup> da pena, que pode ser percebido em três vertentes ou fases distintas, quais sejam: legislativa<sup>50</sup>, quando da cominação de penas proporcionais/adequadas a cada tipo penal, seguindo a um critério político-criminal; judicial, materializada na atividade criativa do magistrado no momento da aplicação da sanção; e, por fim, executiva, vislumbrada no momento de cumprimento da medida penal imposta por sentença penal. Consoante explicação de José Luis Gusmán Dalbora (2010, p. 67), *“la individualización tiene que ser refractaria a la conmensuración de la pena, a la exigencia valorativa de graduarla según el hecho concreto del autor.”* Coadunando com a necessidade individualizante, Bettiol (2000, p. 226) ressalta que

todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança.

O Texto Constitucional de 1988 faz previsão da valoração das condutas, ao permitir ao legislador que comine penas de acordo com a importância do bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal. Estabelece, portanto, que a pena deverá ser adotada a cada tipo previsto na legislação penal.

Guilherme de Souza Nucci (2010) aponta para a essencialidade da individualização da pena, em razão de ser considerado como princípio apto à

---

<sup>49</sup> Ao elucidar o conceito de individualização da pena, José Luis Gusmán Dalbora (2010, p. 66) informa que *“el nombre ‘individualización’ de la pena irrumpe durante el último tercio del siglo XIX por e empuje de ciertas concepciones filosóficas, y ejerció considerable influencia hasta muy entrado el siglo XX, especialmente en los países donde esas doctrinas adquirieron vigorosa traducción político-criminal.”*

<sup>50</sup> José Antonio Paganella Boschi (2007, p. 120) ressalta que é “muito claro que essa mesma lógica limitativa do poder punitivo impede, também, que o legislador comine conduta de sanções cruéis, infamantes, desumanas, porque isso, a par de significar a negação do sentido proposto pela garantia da individualização da pena, que representou (...) a lenta evolução da sociedade.”

garantia de uma justa fixação da sanção penal, o que evita uma padronização intolerável e a uniformização dos seres humanos<sup>51</sup>.

Diante dessas considerações, é que se pode entender o Direito Penal como um aparelho punitivo e preventivo do Estado, tratando de individualizar os infratores de suas normas para então aplicá-las e, após a imposição de tal medida, continuar com a distinção e singularização de cada condenado, conforme preceitua o princípio da individualização da pena. Esse último estágio, conforme ensina Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 249), é percebido como materialização individualizada das consequências do delito, ou seja, a “advertência abstrata no comando secundário da norma penal se torna real, podendo ser sentida pelo condenado, que em regra deverá cumprir a pena (ou medida de segurança) fixada pelo juiz ou Tribunal na sentença penal definitiva.”

A individualização da pena será possibilitada pelo princípio da proporcionalidade que, destarte, tornará concreta sua realização. Isso porque, ao estabelecer um paradigma individualizante, o legislador deverá optar por respostas abstratas proporcionais aos delitos, de acordo com a sua gravidade. De igual modo, deverá o magistrado, em sua atividade criativa de dosimetria da pena, ponderar sobre as causas e as consequências do delito, bem como a necessidade e a adequação de uma sanção penal. Mesmo depois, em fase executiva, a proporcionalidade estará presente como critério balizador da efetividade da pena, na medida em que se buscará o cumprimento das funções das medidas de caráter penal.

### **3.7 Princípio da limitação das penas: a efetividade do Estado Democrático de Direito**

A Constituição Federal de 1988 erigiu o princípio da limitação material das penas com o objetivo de evitar um retrocesso à cominação e à aplicação das

---

<sup>51</sup> Em linhas explicativas, Nucci (2010, p. 161) assevera que “a individualização da pena torna o Estado arejado e atencioso, pretendendo visualizar todos os membros da sociedade como indivíduos, com características, interesses e necessidades particulares. Pessoas não podem padecer da padronização, pois são racionais e emocionalmente superiores. Essa é a tarefa primordial do Judiciário na senda criminal.”

sanções arbitrárias. Assim dispõe o seu art. 5º, Inciso XLVII, que não haverá penas de morte, salvo no caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

O fundamento do princípio da limitação das penas está na própria Constituição. Além de sua previsão explícita legal, ainda se faz clara referência à dignidade da pessoa humana. Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012), houve uma preocupação do legislador constituinte no sentido de evitar penas que violem a dignidade da pessoa humana.

As mencionadas garantias são decorrentes do movimento iluminista, em que o corpo do condenado deixou de ser o objeto da pena, havendo uma alteração do sistema punitivo estatal, que buscou sua legitimação em outros instrumentos, contudo, com um caráter ressocializador e preventivo. Leciona Luigi Ferrajoli (2002, p. 318) que

acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. (...) Um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinqüentes.

A vedação à pena de morte e à pena de caráter perpétuo<sup>52</sup> constitui direito e garantia individual, cláusula pétrea na Constituição de 1988. Contudo, as falhas do sistema repressivo conduzem, inevitavelmente, as essas penas, ainda que de forma indireta. Seria verdadeira contradição aceitá-las num ordenamento jurídico que apresenta como fins das suas sanções punitivas a socialização e a prevenção. Em defesa de tais dizeres, afirma-se que a pena de morte

deve ser reputada como algo que conflita com os princípios gerais do direito, dentre eles o da humanidade, sendo que vários foram alçados constitucionalmente, ou seja, a vedação quanto ao

---

<sup>52</sup> Segundo lições de Francesco Carnelutti (1995, p. 75), “a esperança de retornar ao convívio humano, de desvestir finalmente o horrível uniforme, de reassumir o aspecto do homem livre, de retornar ao seu lugar na sociedade, é o oxigênio que alimenta o encarcerado. Do momento no qual entrou no cárcere, esta é a razão de sua vida. No privá-lo desta está a desumanidade da condenação à vida. O encarcerado perpétuo não tem nem o conforto de contar os dias. E contar os dias é a vida do encarcerado.”

tratamento degradante, desumano. Se a pena tem função terapêutica, reeducadora, socializante, não pode haver pena de morte ou perpétua, que não atendam a função da pena (LOPES, 2000, p. 406).

Outra vedação legal diz respeito à pena de trabalhos degradantes, devendo ser assim considerados quando humilhantes, ou mesmo em situação análoga à escravidão. Deve-se observar que o trabalho possibilita ao condenado uma série de benefícios, contudo, o labor deve ser reeducador e profissionalizante. A expulsão do território nacional de quem atentasse contra a ordem política ou a forma de governo denomina-se banimento, medida de política criminal. A Constituição Federal também a vedou, em razão da negação ao direito de nacionalidade presente em seu conteúdo<sup>53</sup>.

Por fim, resta analisar as penas cruéis, formalmente proibidas. Trata-se do respeito à dignidade humana e à integridade física e moral prevista no art. 5.º, inciso XLIX da *Lex Superior*. No decorrer da história, observou-se a aplicação de penas que atingissem o corpo humano, com a utilização de torturas e outras penas aflitivas. Atualmente, a Constituição tenta evitar tais práticas, contudo, há uma frustração quando da ineficiência da maioria das casas correcionais, apresentadas com inúmeros problemas, como a superlotação, a inexistência ou insuficiência de saneamento básico, motins, doenças infecto-contagiosas, dentre muitos outros. A realidade se mostra com a utilização de penas cruéis, com a degradação da dignidade humana.

### **3.8 Princípio da proporcionalidade no Direito Penal**

O princípio da proporcionalidade pode ser percebido, no âmbito penal, como uma equivalência ajustada entre o preceito incriminador e o sancionador quando da elaboração da norma e, ainda, no momento da atividade criativa do juiz na dosimetria e aplicação da pena. Alberto Silva Franco (1997) lecionava que aquele

---

<sup>53</sup> Apesar da vedação constitucional, é possível perceber a pena de banimento, aplicada de forma secundária, no caso do art. 338, do Código Penal: “Art. 338. Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.”

princípio exige a realização de um juízo ponderado sobre a relação existente entre o bem que é lesionado e a consequência jurídica determinada, rechaçando-se, dessa forma, cominações legais e imposição de penas que careçam de relação valorativa com o fato. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 210), “a proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas.”

De fato, a proporcionalidade pode ser percebida como princípio regente na esfera penal, em razão da essência punitiva que compõe o seu aspecto nuclear. O Direito Penal deve ser limitado, pois sua estrutura autoriza a aplicação de sanções que acarretam, inevitavelmente, na vulnerabilidade de Direitos Fundamentais. Nesse sentido, assevera Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, p. 15) que

não se pode, num Estado Democrático de Direito, prescindir do princípio da proporcionalidade aplicado à esfera penal. Isso porque o Direito Penal traz em si intrinsecamente um conflito entre liberdade e intervenção, pois, antes mesmo de limitar o poder punitivo estatal, ele é, na essência, um instrumento de vulneração dos Direitos Fundamentais.

No mesmo sentido já preconizava Santiago Mir Puig (2009) ao explicar que o princípio da proporcionalidade exige um juízo de ponderação realizado entre intervenção penal que implicará na afetação de direito e a relevância do bem tutelado pelo Direito Penal. Esse juízo ponderativo se dará em dupla perspectiva, direcionando-se ao legislador, na construção de cominações legais individualizadas, como se percebeu em momento anterior, e, ainda, conduzindo o magistrado em sua atividade de dosimetria da pena.

A vertente abstrata da proporcionalidade, em referência à atividade legislativa, resulta na vedação ao excesso e, ainda, à deficiência ou omissão do legislador, quando, diante de bens jurídicos que merecerem a atenção do subsistema jurídico-penal, não são elaboradas leis que alcancem essa tutela (QUEIROZ, 2008). Por essa razão, explica Lenio Streck (2005, p. 180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção



insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

A busca da harmonização e equilíbrio principiológicos, como forma de conciliação entre eles a partir da análise do caso concreto, será norteadada pela proporcionalidade. Assim, a mitigação de determinados direitos fundamentais será considerada como possível na medida da valoração de um meio para determinado fim. Exemplos claros são percebidos no Direito Penal, quando se retira a liberdade do autor de um delito, ou mesmo restringe seus direitos, o que, em situações diversas à que autorizasse tais medidas, seriam afrontas à própria Constituição. Utiliza-se, portanto, um sistema abstrato de pesos para cada situação concreta. Assim se pode concluir a partir das lições de Ricardo Soares (2008, p. 87-90):

A idéia de proporcionalidade revela-se não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também consubstancia um verdadeiro referencial argumentativo, ao exprimir um raciocínio aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas. [...] o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do julgador, numa relação processual, iluminando a ponderação de princípios jurídicos eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, perante casos difíceis.

É irrefragável a verificação da ponderação como elemento harmonizador de conflitos normativos e principiológicos percebidos na Constituição. Todos os valores erigidos por esta Norma Superior possuem acuidades singulares, não existindo escalonização ou gradação entre eles, o que leva a utilização do princípio implícito da proporcionalidade quando do aparecimento de contrastes. Mais uma vez, os escólios de Ricardo Soares (2008, p. 91) se apresentam para a compreensão exata da ponderação de valores, quando ensina que

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins não raro distintos, apontando para perspectivas contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos,

podem incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como o que várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética da ordem jurídica, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo um novo instrumento metodológico para a aplicação do direito justo: a ponderação.

Este princípio legitima não só a aplicação de sanções, como também todo o subsistema jurídico criminal, em que as penas nascem a partir da infração a uma norma que enseja uma punição que, na verdade, é uma alteração positiva e relativa na interpretação dos preceitos constitucionais. Retoma-se a teoria tridimensional do Direito, quando Miguel Reale (2003) apresenta a tríplice constituída por fato, valor e norma. Sinteticamente, há um fato social que merece a atenção do legislador através de uma valoração, alcançando-se, por fim, a elaboração de uma norma. De forma equiparada, para a aplicação da norma penal, houve um fato declarado como conduta delituosa ao ser mensurado socialmente, e que autorizou tal medida. Esse fato gerador permite a mitigação de determinados princípios, sendo imperioso ressaltar que essa interferência estatal deverá obedecer aos fundamentos da norma constitucional: aqui se consubstancia a proporcionalidade dos princípios contrastantes, que será fundamental para o entendimento das propostas que serão apresentadas posteriormente.

É cristalina a verificação da ponderação como elemento harmonizador de conflitos normativos e principiológicos percebidos na Constituição. Todos os valores erigidos por esta Norma Superior possuem acuidades singulares, não existindo escalonização ou gradação entre eles, o que leva a utilização do princípio implícito da proporcionalidade quando do aparecimento de contrastes.

Ao desenvolver sua teoria sobre os princípios, Robert Alexy (2011) afirma a existência de sua relação com a máxima da proporcionalidade, na medida em que uma implica na outra. A proporcionalidade, com suas três máximas parciais, quais sejam, a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, decorre da natureza dos princípios, ou seja, é deduzível dessa natureza.

Como os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, seria possível afirmar que a proporcionalidade em sentido estrito (exigência de sopesamento) decorre da relativização daquelas

possibilidades jurídicas. Quando da colidência de normas de direito fundamental, torna-se necessária a ponderação para verificar a possibilidade jurídica de realização de uma das normas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível, portanto, do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, as máximas da necessidade e da adequação o são em face das possibilidades fáticas. Nesse aspecto, o Tribunal Constitucional Federal alemão definiu o exame da necessidade como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”, decorrendo tal entendimento do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, exigindo-se, portanto, não apenas uma verificação das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, com o sopesamento (ALEXY, 2011).

Na mesma linha de raciocínio, Humberto Ávila (2009) mencionou o exame da proporcionalidade como normativo aplicativo, verificado quando da existência de uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. É nesse contexto que se insere a análise das sanções previstas pelo Direito Penal e suas finalidades, o que pode ser considerado como um dos maiores desafios do subsistema jurídico penal, em razão da necessidade de construção de penas que sejam necessárias, adequadas e ponderadas, de acordo com os paradigmas estatuídos no Estado Democrático de Direito.

## 4 FINALIDADES DAS PENAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: DA RETRIBUIÇÃO À RECONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA

Induvidoso que o Direito Penal serve como instrumento de controle social que será utilizado quando da necessidade de proteção de interesses humanos essenciais. Dessa forma, não é autorizado abandonar essa finalidade própria da ciência penal quando da análise dos elementos consequenciais à prática de um ato penalmente relevante<sup>54</sup> (HASSEMER, 1994). Essa perspectiva de controle deve estar pautada nos processos causais fundamentais, institucionalizando um conjunto de respostas aos problemas apresentados, definido na ordem de punição e de prevenção, conforme assevera David Garland (2008).

A investigação acerca das finalidades das penas é uma questão polêmica, na medida em que se confunde com a própria tentativa de legitimação e fundamentação do Direito Penal. Por essa razão, não se deve olvidar a heterogeneidade das diversas teorias que surgiram ao longo da história, mesmo porque, como lecionou Jorge de Figueiredo Dias (1999), à sombra do problema das finalidades das sanções penais, discute-se toda a teoria do Direito Penal, notadamente quando se faz referência à justificação da intervenção penal estatal<sup>55</sup>. Em sentido análogo, Nilo Batista (2011) assegura que os fins do Direito Penal e da pena, apesar de serem apresentados de forma distinta, são próximos, devendo ser debatidos como um só e indivisível projeto.

As finalidades das penas podem ser consideradas, portanto, como elementos fundamentais à própria sustentação da teoria do Direito Penal, não sendo demais afirmar que a existência de tal sistema jurídico se legitima naqueles objetivos precípuos. Nesse sentido, Leonardo Sica (2002, p. 56) explica que “a função da pena, tal a sua importância, decorre do próprio modelo de Estado e a ele deve ser associada, porquanto se revela como uma das faces mais visíveis do poder

---

<sup>54</sup> Segundo Franz Von Liszt (1995, p. 57), a pena “*es una consecuencia conceptualmente necesaria del delito o si, entendida como forma de protección de bienes jurídicos.*”

<sup>55</sup> Salienta Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 90) que “o sentido, o fundamento e as finalidades da pena criminal são determinações indispensáveis para decidir de que forma deve aquela atuar para cumprir a função do direito penal: elas reagem, por conseguinte, sobre o próprio conceito material de crime (sobretudo através do *princípio da necessidade*) e co-determinam, por aí, a resposta à questão da função do direito penal.”

estatal diante do povo.” Com construções teóricas próximas a esse juízo, Cezar Roberto Bitencourt (2012) registra que a uma concepção de Estado corresponde uma ideia de pena, sendo evidente uma relação entre as teorias explicativas de ambos. Dessa forma, a análise sobre as finalidades das penas deve ser realizada a partir de uma percepção constitucionalizada, considerando a importância dos direitos fundamentais estatuídos no Estado Democrático de Direito, como indicadores singulares à leitura da justificação da sanção penal. É com esse entendimento que Santiago Mir Puig (2011, p. 33) afirma que *“la cuestión depende de las funciones que se asignen al Estado, y en el Estado constitucional tales funciones han de basarse en la Constitución.”*

Como ressaltou Mir Puig (2011), antes mesmo de examinar qual dentre as teorias da pena se ajusta à ordem constitucional, é conveniente entender o significado de cada uma delas. Numa perspectiva histórica tradicional, as finalidades das penas são percebidas em três grupos teóricos distintos: teoria absoluta, teorias relativas e teorias mistas ou unificadoras. Há que se verificar, ainda, a construção de novas teorias que conduzem à edificação de um Direito Penal voltado à limitação do *ius puniendi* e à restauração da paz social<sup>56</sup>. Por outro lado, a influência do poder penal simbólico não pode ser esquecida, seja em sua exaltação enquanto finalidade útil e necessária, ou, de forma oposta, como função ilusória da pena.

#### **4.1 A retribuição como função da pena: *malum passionis propter malum actionis***

As teorias absolutas apresentam a pena como mecanismo apto à retribuição, numa clara ideia da compensação do mal do crime. Assim, a prática de um delito servirá como pressuposto para uma punição retribucionista, quando se tem como objetivo primeiro a expiação pela desobediência ao comando normativo. Não há que se falar num fim utilitarista, mas apenas do efeito de retorno do mal ao

---

<sup>56</sup> Segundo Leonardo Sica (2002, p. 56), “no atual estágio da civilização (?), o progresso no desenvolvimento espiritual e social dos indivíduos e da humanidade impõe que a ação instintiva se transforme em ação voluntária, adequando-a a um fim. Daí a necessidade de objetivação da pena como forma de autolimitação à reação desenfreada de vingança e legitimação do *ius puniendi*.”

agente que delinuiu. Nesse sentido, a pena encontraria um fim em si própria, dotada de um valor metajurídico que a fundamenta.

Na mesma construção, Cezar Roberto Bitencourt (2012) leciona que, numa perspectiva absoluta, à pena é atribuída a função única de realizar a justiça, a partir da imposição de um mal, cujo fundamento é encontrado no livre-arbítrio, considerando a capacidade humana de compreender o caráter justo e injusto das questões que lhe são apresentadas. Apresenta-se, portanto, uma vertente silogística formal: a pena é uma consequência jurídico-penal do crime.

Ao realizar uma abordagem histórica, Figueiredo Dias (1999) afirma que a teoria retribucionista já não é tão intensa na modernidade e na contemporaneidade, como fora na Idade Antiga, todavia, ainda se reveste de um caráter filosófico digno de consideração. Assim, encontra em Kant e Hegel a explicação para sua sustentação. Emmanuel Kant<sup>57</sup> atribuía à pena um caráter de imperativo categórico, afirmando que, ainda que o Estado e a Sociedade desaparecessem, dever-se-ia, antes, punir o último dos assassinos. A sanção penal possuía uma fundamentação ética, negando-se a cidadania àquele que, porventura, descumprisse as disposições legais. A pena, segundo Kant (1978), não pode ser aplicada em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve ser contra o culpado em razão de ter praticado uma conduta criminosa. Há uma nítida fuga ao utilitarismo, ao se considerar a pena como consectária do delito. No mesmo sentido estão as palavras de Santiago Mir Puig (2011, p. 36) que, ao abordar a retribuição kantiana afirma ser esta a perspectiva mais absoluta da pena:

La fundamentación ética de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán Kant. Como, según este autor, e hombre es un “fin en sí mismo” que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social: no sería admisible justificar la pena por su utilidad para prevenir delitos. No se puede castigar a una persona para proteger a otros. Sólo es admisible, entonces,

---

<sup>57</sup> Em suas lições, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 120) afirma que “Kant elabora sua concepção retributiva da pena sobre a ideia de que a lei penal é um imperativo categórico. Os imperativos categóricos encontram sua expressão no ‘dever-ser’, manifestando, dessa forma, essa relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade, que, por sua configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por tal lei. Os imperativos, sejam categóricos ou hipotéticos, indicam que resulte bom fazer ou omitir, não obstante se diga ‘que nem sempre se faz algo só porque representa ser bom fazê-lo’. Seguindo esse discurso kantiano, é bom ‘o que determina a vontade por meio de representações da razão e, conseqüentemente, não por causas subjetivas, e sim objetivas, isto é, por fundamentos que são válidos para todo ser racional como tal’.”

basar a pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia. Y si el delincuente merece la pena, entonces no sólo se puede, sino que éticamente se debe imponer, aunque no tenga ninguna utilidad. La Ley penal se presenta como una pura necesidad moral, un “imperativo categórico”, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda la consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras.

O sentido silogístico-formal da pena, conforme ensinados de Jorge Figueiredo Dias (1999), também é fortemente percebido nas lições de Hegel, ao considerar o crime como a negação do direito. Por tal razão, a pena deveria ser a negação da negação, na medida em que anulava o crime e restabelecia o direito. Santiago Mir Puig (2011, p. 37) leciona que, de acordo com o método dialético hegeliano, a vontade geral é a tese, a negação da mesma pelo delito é a antítese, e a negação desta negação é a síntese: “*aunque el próprio Hegel describe este proceso como de retribución (Wiedervergeltung), su sentido fundamental no es dar su merecido al delincuente, sino reafirmar el Derecho negado por el delito.*”

Leonardo Sica (2007) explica que existe certa dificuldade em promover a separação entre as ideias de pena e castigo, no sentido de retribuição, ao que adjetiva de reação irracional do homem. Todavia, ressalta que essa teoria apresentou importante contribuição, na medida em que limitou a pena à culpabilidade do agente, exigindo um tratamento individualizado de acordo com o crime cometido. Entendimento idêntico àquele apresentado por Jorge de Figueiredo Dias (1999), quando ressaltou que o mérito da concepção absoluta, independente de seu valor ou desvalor, está no fato de ter erigido o princípio da culpabilidade no âmbito da aplicação da pena.

De todo modo, torna-se forçosa a concordância com Figueiredo Dias (1999), quando afirma que o caráter retribucionista da pena deve ser recusado. Em verdade, não se autoriza, no presente contexto de desenvolvimento do Direito penal, subsistir uma pretensão de vingança<sup>58</sup>. Isso seria tornar ilegítima a atuação do Estado em relação às questões de natureza delitiva, pois o esvaziamento do fim utilitarista da

---

<sup>58</sup> No mesmo sentido, leciona Paulo José Freire Teotônio (2009, p. 45) que, “para que a pena imposta pelo Estado alcance todas as finalidades, contudo, deve estar revestida de notável discricção, a ponto de que ela cumpra o seu papel sem precisar ser injusta, desnecessária ou cruel. Deste modo, o ser humano, ao longo de sua evolução, chegou à conclusão de que ‘enjaular’ um indivíduo, açoitá-lo e submetê-lo a penas extremamente severas não eram o suficiente para reduzir os delitos, posto que o sistema de ‘vingança institucionalizada’, em vigor em período não tão remoto, não produzira os efeitos desejados.”

pena poderia conduzir à retomada de um processo de reificação<sup>59</sup> do homem. Numa vertente crítica, Alicia Rodrigues Nuñez (2007) assevera que a retribuição não possui qualquer sentido prático para a coletividade. No mesmo sentido, explica Claus Roxin (1997, p. 82) que

la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal mercedamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que le compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio de Talión.

A concepção retribucionista da pena recebe outras críticas, principalmente em relação ao seu fundamento estrutural, verificado na falsa ideia de realização da justiça. Cezar Roberto Bitencourt (2012) assegura que a função do Direito penal deve estar alicerçada num fim racional, a partir da proteção de bens jurídicos, objetivando um cenário de convivência humana. No mesmo sentido, Santiago Mir Puig (2011) ressalta que a justificação do Direito reside na sua função de assegurar a existência da sociedade e de seus interesses, o que serve como base às teorias da prevenção e, conseqüentemente, rechaça o absolutismo. Em severas construções críticas, Jorge Figueiredo Dias (1999) considerou a teoria absoluta como uma doutrina social-negativa, oposta a qualquer tentativa de socialização e de restauração da paz jurídica, sendo inútil, portanto, ao controle e ao domínio do fenômeno da criminalidade.

---

<sup>59</sup> A reificação humana consiste na desconsideração do homem enquanto sujeito de direitos e sua transformação em objeto. Pelo retribucionismo penal, pretende-se, tão-somente, cumprir um ideal de vingança, sem mensuração valorativa do homem. Portanto, torna-se evidente que a força punitiva do *mal* pelo *mal* pode servir como legitimador de cometimentos de arbitrariedades que desconsideram a dignidade da pessoa humana. Consoante lições de Figueiredo Dias, “quando se pergunta pelo fim da pena se indaga de efeitos relevantes *na* e *para* a vida comunitária, não devendo a questão ser desvalorizada como questão meramente terminológica.” E mais: “Como teoria dos fins da pena, porém, a doutrina da retribuição deve ser recusada e, na verdade, recusada *in limine*. Logo porque ela não é assumidamente (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela pretende justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como “entidade independente de fins.” (DIAS, 1999, p. 93-94).



## 4.2 Teorias da prevenção: o caráter utilitário da pena

Em contraposição ao absolutismo, surgem as teorias relativas, apresentando as penas com fins pragmáticos socialmente úteis, consubstanciadas na prevenção, seja numa ótica individualizada, ou mesmo numa vertente generalizante. Luis Prieto Sanchís (2011) assevera que, numa ordem democrática de direito, a finalidade preventiva ou utilitária se impõe sobre o fundamento retributivo.

As teorias da prevenção, como assinala Santiago Mir Puig (2011), atribuem à pena a função de prevenir delitos, como forma de proteção de interesses sociais. Por tal razão, são conhecidas pelo seu caráter utilitário, afastando-se de valores metafísicos, religiosos ou morais. Recebem, ainda, a adjetivação da relatividade, pois as necessidades de prevenção são circunstanciais. Jorge de Figueiredo Dias (1999) explica que as teorias relativas são teorias de fins, apresentando as penas como instrumento político-criminal, constituídas de um sentido social-positivo, na medida em que se direcionam à profilaxia criminal. De acordo com as lições de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 132), deve ser atribuída a Sêneca a mais antiga construção teórica das teorias relativas, quando, ao basear-se em Protágoras, de Platão, afirmou “*nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”<sup>60</sup>.

A partir dos ensinamentos de Feuerbach (2007), é possível encontrar uma dúplici concepção da perspectiva relativa da pena, com conteúdos distintos e bem delineados em seus aspectos teóricos. Tratam-se da prevenção geral e da prevenção especial<sup>61</sup>, teorias que recebem a dedicação do estudo em sequência.

Os adeptos das teorias absolutas estabelecem críticas gerais às teorias utilitaristas, conduzindo seus esforços à demonstração de um processo transformador da pessoa humana em objeto, a partir do pragmatismo da pena, o que violaria a dignidade da pessoa humana. Como ressalta Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 98), “um tal criticismo é, em conta final, destituído de fundamento”, pois, se assim não fosse, todos os instrumentos destinados à atuação no âmbito social seriam ilegítimos.

---

<sup>60</sup> A expressão significa: “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.” (tradução livre)

<sup>61</sup> Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 132), “para ambas as teorias, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.”

É por esse sentido que Luis Prieto Sanchís (2011) leciona que a ideia de dignidade da pessoa humana deve servir como critério interpretativo das finalidades penais, limitando o caráter utilitarista, seja num aspecto qualitativo ou mesmo quantitativo. Assim, *“es el juego de estos principios, dignidad y utilidad, el que permite fundamentar una cierta cualidad para los castigos.”* (SANCHÍS, 2011, p. 138). O problema, como se percebe, não está em estabelecer uma finalidade socialmente útil à sanção penal, mas na incursão acerca de seus limites, o que não interfere no mérito das teorias utilitárias, mas apenas indica um caminho de limitação do poder punitivo do Estado, a partir de um ponto de vista principiológico.

#### 4.2.1 Prevenção especial: uma perspectiva individualizada da pena

A prevenção especial está fundamentada numa perspectiva oposta à teoria da retribuição: a atuação estatal se direciona a realização da pena enquanto instrumento de atuação preventiva em relação à pessoa que praticou um ilícito penal, com o objetivo de evitar que cometa novos crimes. Sua concretude é individualizante<sup>62</sup>, na medida em que possui como fim a intimidação, com a neutralização do agente que praticou a conduta delituosa (aspecto negativo), ou mesmo, com a correção do indivíduo para sua ressocialização (aspecto positivo), ao que Figueiredo Dias (1999) denomina de prevenção da reincidência, a partir da reinserção social ou, em muitos casos, da inserção social.

Uma postura preventivo-especial da pena foi erigida como fim máximo da pena por vários teóricos, como assevera Cezar Roberto Bitencourt (2012), quando, por exemplo, na França, destacou-se a teoria de Marc Ancel sobre a nova defesa

---

<sup>62</sup> Segundo Antonio García-Pablos de Molina (2010, p. 391), o paradigma da prevenção especial (em referência ao seu aspecto positivo) se destaca por seu realismo: “não lhe interessam os fins ideais da pena, muito menos o delinquente abstrato, senão o impacto real do castigo, tal como é cumprido, no condenado concreto do nosso tempo; não lhe importa a pena nominal que contemplam os códigos, senão a que efetivamente se executa nos atuais estabelecimentos penitenciários. Significa, pois, um notável giro para o concreto, o real, o histórico, o empírico, no momento de avaliar a efetividade do sistema e a qualidade da sua intervenção no problema criminal. Tudo isso, naturalmente, a partir de pretensões mais utilitárias que dogmáticas, mais realistas que doutrinárias. Referido realismo implica ponderar com rigor as investigações empíricas em torno da pena privativa de liberdade convencional, que demonstram efeito estigmatizante, destrutivo, irreversível, cabendo salientar a gravidade dessa denúncia.”

social e, na Espanha, a Escola Correccionalista, com nítida inspiração krausista, bem como da filosofia jurídico-penal de Roeder. Em Portugal, receberam aplausos as teorias utilitárias especiais desenvolvidas por Vicente Ferrer Neto Paiva, Levy Maria Jordão e Ayres de Gouvêa, como ensina Figueiredo Dias (1999). Todavia, não se deve negar que um dos principais postulantes da prevenção especial foi o penalista vienense Von Liszt, para quem a necessidade da pena deveria ser mensurada com critérios preventivo-especiais, com um aspecto ressocializador e reeducativo do criminoso, bem como de intimidação daqueles que não necessitam da ressocialização e de neutralização dos incorrigíveis (BITENCOURT, 2012).

Nos ensinamentos de Claus Roxin (1997), é possível notar três formas de prevenção especial: neutralização do delinquente; intimidação para que não cometa novos delitos; correção do criminoso com vistas a sua ressocialização. Aponta, ainda, o penalista, as principais vantagens da teoria da prevenção especial:

En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero el mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución. (ROXIN, 1997, p. 87)

Como se deixou antever, o caráter preventivo especial da pena se subsume a um modelo final de duas vertentes distintas e bem definidas: negativa e positiva. A primeira diz respeito ao poder de intimidação<sup>63</sup> e de inocuização, numa tentativa de atemorizar o delinquente para que não mais pratique uma conduta criminosa e, ainda, de defender a sociedade a partir da segregação do criminoso, neutralizando sua periculosidade, como leciona Figueiredo Dias (1999). De outra forma, a perspectiva positiva da prevenção especial é abalizada pela tentativa de

---

<sup>63</sup> Sobre o modelo intimidatório, Molina (2010, p. 397) ressalta que sua base se assenta na “premissa de que a conduta delitativa é um ato ou uma decisão racional, de forma que o infrator potencial ponderaria as vantagens e os inconvenientes de seu comportamento, optando por respeitar a lei se conclui que os custos do crime (o castigo etc.) são mais onerosos que os benefícios derivados de sua prática.”

ressocialização daquele que praticou um ilícito penal, por considerá-lo como indivíduo que merece um tratamento social, a fim de cumprir a sua função social. É nesse aspecto que Hassemer (1994) ressalta que um Direito penal voltado às consequências deve se preocupar com a recuperação e o tratamento do apenado, vale dizer, um Direito penal voltado à ressocialização.

A teoria preventivo-especial encontra seu mérito singular no fato de conceber a pena numa perspectiva pragmática e humanizadora, justificando-se, portanto, em razão da busca pelo afastamento da reincidência, ideia apresentada por Cezar Roberto Bitencourt (2012) que, para além de tais observações, salienta que “em muitos ordenamentos jurídicos os fins preventivos especiais da pena, entendidos como ressocializadores, foram adotados e consagrados expressamente em seus textos constitucionais”, conferindo maior solidez a essa vertente utilitária individual. Leonardo Sica (2002), ao seu turno, afirma que a importância da teoria da prevenção especial está no caráter social construtivo que atribuiu à pena. Em linhas conclusivas, Bitencourt (2012, p. 143) acrescenta outros argumentos que reforçam o caráter utilitário individual da pena:

um aspecto importante, sem dúvida, é a medição da pena, na qual a prevenção especial desempenha papel relevante, especialmente no momento de examinar as agravantes e as atenuantes que concorrem em um fato determinado. A prevenção especial, ao concentrar seus efeitos na concreta personalidade do delinquente, permite conhecer as circunstâncias pessoais que levaram o indivíduo a cometer o fato delitivo, facilitando, assim, uma melhor consideração sobre as possibilidades de aplicar-lhe um substitutivo penal, evitando, dentro do possível, o encarceramento.

Bem verdade que a teoria da prevenção especial apresenta problemas, em razão de não possuir um parâmetro limitador, como o faz a teoria da retribuição com a medida de culpabilidade. A ideia correccionalista da prevenção especial a torna vulnerável a críticas, em razão de ensejar a adoção de medidas incertas de penas. Nesse sentido, elucida Figueiredo Dias (1999, p. 106) que essa finalidade não pode ser erigida como objetivo único da sanção, sob pena de tornar incerta a resposta estatal, enquanto persistir a periculosidade social do criminoso. Noutras palavras, a duração absolutamente indeterminada da pena se justificaria na busca pela socialização do apenado. Ademais, a prevenção individual, em seu aspecto positivo, esvaziar-se-ia quando dos casos em que o agente não necessita de socialização.

Idêntica ilação foi apresentada por Mir Puig (2011, p. 47), ao afirmar que a prevenção especial não pode, por si só, justificar a pena: *“en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y, finalmente, en ocasiones no será lícita, y, sin embargo, será absurda la impunidad del sujeto.”*

Ao advertir que a ressocialização é considerada como atividade compulsória, um tratamento imposto ao paciente, Hassemer (1994) conclui que as teorias de prevenção especial perderam sua força argumentativa inicial, sendo duvidosa a sua constitucionalidade, em razão de sua incerteza temporal e de eficácia. No mesmo passo teórico, Jorge Figueiredo Dias (1999) alerta que não cabe ao Estado a tarefa clínica da prevenção especial, o que pode ser considerado como violação da liberdade de autodeterminação do sujeito e, de forma consequencial, de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana. Esse é o motivo que conduz Santiago Mir Puig (2011) a rematar que é inadmissível, num Estado democrático, um processo de ressocialização contra a vontade do apenado.<sup>64</sup>

Outra questão que se afirma como problemática, conforme entendimento de Leonardo Sica (2002) é saber quem deve e merece ser ressocializado, o que confere a essa teoria uma alta carga seletiva. Além disso, o discurso prevencionista pode ser considerado como pretexto para reforçar e impulsionar a utilização da pena privativa de liberdade, apontando-a como socialmente aceita.

Ao tratar o assunto, Guilherme Costa Câmara (2008) afirma a existência de uma verdadeira crise da perspectiva preventiva especial, ressaltando que o ideário prevencionista não é uniforme, pois se persegue diferentes objetivos, como a intimidação, a reintegração e a neutralização.

Por outra raia, já se observou, com total correção, que enquanto a pena, à luz da teoria da retribuição, independe de qualquer resultado (fim em si mesma: pena autotélica, do mesmo modo como se pode

---

<sup>64</sup> A mesma compreensão é encontrada nas construções teóricas de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 146/147), quando aduz que “o Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de valor moral. Violaria a liberdade do indivíduo de escolher suas próprias crenças ou ideologias, sendo altamente questionável uma ressocialização no plano moral, isto é, no aspecto interno do indivíduo. [...] pode-se afirmar que a ressocialização moral do delinquente não pode ocorrer sem lesionar gravemente os fundamentos de uma sociedade pluralista e democrática. E, se não é possível ressocializar para a moralidade sem lesar seriamente as liberdades individuais, podemos nos perguntar se é possível ressocializar para a legalidade. [...] Se muitas das normas são de ordem jurídico-penal, entende-se que o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos.”

falar em arte pela arte), a fixação de uma meta preventivo-especial, por mor o objetivo ressocializador, torna-se sem qualquer sentido quando confrontando com sucessivos falhanços, algo que tem contribuído para uma perigosa desilusão com essa corrente político-criminal, desapontamento que se expressa no rótulo resignado – e nada otimista: *nothing works* (nada funciona). (CÂMARA, 2008, pg. 181)

Além dos problemas mencionados, há que se falar, ainda, da descrença na prevenção especial, o que poderá, inclusive, fragilizar o conteúdo da norma, interferindo, negativamente, na prevenção geral, logo mais abordada. Bitencourt (2012) assevera que um dos grandes óbices à ressocialização é a dificuldade em sua efetivação. Nesse aspecto, a privação da liberdade da pessoa, por exemplo, possui um caráter paradoxal, pois informa como objetivo da pena a reintegração do indivíduo à sociedade, vale dizer, reeducá-lo para liberdade, em situação de não liberdade. Todavia, não serve tal argumento como elemento deslegitimador do fim da pena em seu sentido especial, antes, demonstra a necessidade de reformulações pragmáticas na aplicação e execução da pena, a fim de se lograr êxito na realização dessa finalidade específica.

#### 4.2.2 Prevenção geral: a sociedade como destinatária da lei penal

Se a prevenção especial se direciona ao agente que pratica a conduta criminosa, surge com foco diferenciado a teoria da prevenção geral, numa perspectiva de intimidação social e de confiabilidade da comunidade na efetividade da norma. Ao sintetizar a essência da teoria utilitarista geral, Santiago Mir Puig (2011, p. 40) leciona que a *“prevención general es prevención frente a la colectividad en general. La pena contribuiría a la prevención de delitos dirigiéndose a todos los ciudadanos.”*

As linhas teóricas desenvolvidas por Bitencourt (2012) indicam que, dentre os defensores da teoria preventivo-geral, merecem evidência Jeremy Bentham, Cesare Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e, com maior destaque, Feuerbach (2007), que formulou a teoria da coação psicológica, considerada como uma das

primeiras construções científicas sobre o caráter utilitário geral da pena<sup>65</sup>.

Assim como as teorias da prevenção especial, as teorias utilitaristas gerais possuem duas vertentes distintas. A primeira delas é vislumbrada num sentido negativo, com um caráter intimidatório direcionada a toda a sociedade, consubstanciando-se na noção de impedir a prática de crimes ao incutir na coletividade a certeza da aplicação de uma sanção penal quando do descumprimento do preceito dos comandos normativo-penais. Trata-se, bem verdade, de uma coação psicológica generalizada<sup>66</sup> que, conforme lições de Leonardo Sica (2002), intimida o homem a partir de uma ameaça de punição. Observa Jorge de Figueiredo Dias (1999) que o aspecto comum das teorias prevencionistas gerais está na concepção da pena como instrumento político-criminal direcionado à atuação psíquica sobre a generalidade dos membros da sociedade, afastando-os da prática criminosa por meio de comandos intimidadores de natureza penal, que servem, notadamente, como ameaça. No mesmo sentido, Santiago Mir Puig (2011) assevera que a intimidação serve como verdadeiro freio, impedindo a prática de delitos: essa é a essência da prevenção geral negativa.

De forma peculiar, a prevenção geral positiva, contraposição à prevenção geral negativa, como ressalta Mir Puig (2011), atua na sensação de confiança da sociedade no cumprimento das normas imperativas do Estado. Assim, a ordem jurídica se reforça, numa moldura integrativa, na medida em que as normas jurídicas que tutelam bens jurídico-penais são respeitadas, numa espécie de inquebrantabilidade da ordem jurídica (DIAS, 1999). Sobre essa perspectiva da prevenção geral, afirma Günther Jakobs (1997, p. 8-14) que

la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. (...) no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la

---

<sup>65</sup> Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 133) informa que “a teoria defendida por Feuerbach sustenta que é por meio do direito penal que se pode dar solução ao problema da criminalidade. Isso se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contras as quais se reagirá; por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.”

<sup>66</sup> É nesse momento que, segundo Hassemer (1994, p. 55), “as construções oriundas do Direito penal abandonam suas presunções abstratas e adotam hipóteses empiricamente verificáveis; as construções da psicologia profunda trocam suas ladainhas de sentimentalismo por enunciados objetivos acerca do que o Direito penal é capaz e do que ele realiza.”

consciencia de que la norma es infringida; la expectativa (también del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.

A prevenção geral positiva é considerada, dentre as teorias que foram desenvolvidas acerca das finalidades das penas, como a que mais se aproxima da coerência pragmática. Günther Jakobs (1997) apresentou uma perspectiva orientadora da prevenção geral, o que se fortalece com sua afirmação de que as normas jurídicas são direcionadas à estabilidade e institucionalização das experiências sociais, com o nítido intuito de orientar a conduta dos cidadãos nas relações com os seus pares. Nesse aspecto, a sua teoria se aproxima das bases de Welzel (1987), para quem o Direito penal possui uma função ético-social, servindo de proteção da vigência dos valores erigidos numa ordem social, ao estabelecer sanções aptas a contrapor a violação àqueles valores reconhecidos como fundamentais. É uma visão fundamentadora da prevenção geral, com conteúdo direcionado ao fortalecimento da fidelidade ao Direito.

Para Santiago Mir Puig (2011), a prevenção geral positiva fundamentadora pode se apresentar com certo perigo, em razão de permitir a utilização da pena em situações em que restaria demonstrada a desnecessidade de proteção dos bens jurídicos, podendo resultar, ainda, numa ampliação da ingerência do Direito penal na esfera de atitudes internas do cidadão, o que seria inadmissível num Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, Alessandro Baratta (1985) afirma que a teoria apresentada possui uma legitimação tecnocrática do funcionamento desigual do sistema punitivo, o que resulta na consideração do indivíduo como subsistema, cuja capacidade é atribuída por critérios puramente normativos e funcionais, refutando, portanto, sua autonomia<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Alessandro Baratta (1985, p. 15) leciona, ainda, que *“resulta claro que la teoría de la prevención-integración hace parte de un modelo tecnocrático del saber social, el cual puede ser considerado alternativo al modelo crítico, en el que actualmente se inspiran la criminología crítica y los movimientos por una reforma radical y alternativa al sistema penal.[...] La teoría de la prevención-integración, en cambio, desarrolla una función conservadora y legitimante de las tradicionales concepciones; y gestiones penales de los conflictos de desviación. Su contribución al conocimiento, construcción y gestión de los conflictos, no va más allá de la llamada cultura del sistema penal.”*



As críticas erigidas contra a prevenção geral fundamentadora conduziram à construção de uma nova orientação teórica. Com um sentido limitador do poder punitivo estatal, a prevenção geral positiva limitadora considera o Direito penal como uma forma distinta de controle social, em razão de sua formalização. A pena, por tal perspectiva, deve ser limitada pela proporcionalidade, apenas sendo autorizada sua imposição por meio de um procedimento norteado pelas garantias jurídico-constitucionais, como assevera Bitencourt (2012). Esse é o sentido da limitação principiológica ressaltada por Mir Puig (2011), quando assevera que a prevenção geral deve ser limitada *“por una serie de principios que deben restringir e Derecho penal en aquel modelo de Estado.”*

A prevenção geral positiva limitadora está balizada pelo princípio da proporcionalidade, responsabilizando o indivíduo pelo fato e protegendo a consciência social da norma, com os limites estabelecidos nos direitos do apenado (HASSEMER, 1994). Dessa forma, o principal fim da pena seria a prevenção geral positiva, reconhecendo a necessidade de limitar o poder punitivo do Estado a partir dos direitos daqueles que são alcançados pela penal como consequência da prática de um ilícito.

Em que pese se tratar de uma teoria com coerência singular, a prevenção geral não é isenta de críticas, ainda mais por aqueles que defendem um fim utilitarista individualizado da pena. A preocupação, aqui, dirigir-se-ia à possibilidade de utilização da pena tão somente para demonstrar à sociedade a efetividade normativa. Posiciona-se nessa vertente crítica, entre estes teóricos, Costa Câmara (2008), ao esclarecer que, de acordo com uma concepção razoável de prevenção de crimes e de proteção social, é possível converter a finalidade da pena em terror estatal e, de forma não menos odiosa, degradar a dignidade humana, pois o condenado suportaria uma pena desproporcional à gravidade da conduta e ao grau de culpa, tão somente com a finalidade de demonstrar à comunidade que o crime não compensa, sustentando tais argumentos numa ideia de prevenção geral. Hassemer (1994, p. 56) já salientava o prejuízo da prevenção geral, questionando, inclusive, sua efetividade prática:

A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados

são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como: o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito penal não atingiria o alvo que ele se propõe), e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação das penas (pois do contrário o Direito penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).

A maior preocupação, como bem se percebe, é a instrumentalização do homem<sup>68</sup>, que passa a ser percebido, de acordo com a teoria da prevenção geral, como objeto de intimidação da sociedade a partir da aplicação da sanção penal, no sentido utilitário geral negativo, ou, ainda, como artifício de demonstração de efetividade normativa e de necessidade de fidelidade ao ordenamento jurídico, o que seria suficiente à demonstração de sua incompatibilidade com um modelo de Estado democrático de direito<sup>69</sup>. Para Luis Prieto Sanchís (2011), a prevenção geral é elemento que sempre estará presente numa concepção maximalista do Direito penal, quando não se possui uma limitação da pena, afrontando, portanto, a dignidade da pessoa humana.

A aceitação da intimidação e da exemplaridade como fundamentos da pena seria um retorno à liturgia punitiva medieval, com a execução pública da sanção como instrumento de imposição do medo generalizado, o que pode ser considerado como contraposição inadmissível ao Estado democrático de direito. De igual forma, a crítica alcança as bases da prevenção geral positiva, em razão de considerar ilusória a crença da pena enquanto instrumento de controle social (SICA, 2002)<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Para Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 135), “é possível que a crítica mais antiga à prevenção geral se deva a Kant, que reprovava qualquer tentativa de instrumentalização do homem.”

<sup>69</sup> Rechaçando a legitimidade da prevenção geral, Luis Prieto Sanchís (2011, p. 137) leciona que *“para propugnar una limitación de los castigos el garantismo ha de abandonar por tanto las consideraciones de prevención general y recurrir a dos argumentos complementarios: el principio moral de la dignidad humana, [...] y el utilitarismo reformado que representa la segunda parte del modelo de Derecho penal mínimo, es decir, aquel que atiende, no a la utilidad colectiva, sino a la utilidad de quien resulta ser el sujeto más débil una vez consumado el delito, esto es, el reo; no el que atiende a la prevención de las penas arbitrarias. Una combinación un tanto heterodoxa por cuanto supone recurrir conjuntamente a razones deontológicas y a razones consecuencialistas, pero que se muestra bastante eficaz para desterrar del elenco punitivo las penas más lesivas o aflictivas, como la pena de muerte, las penas corporales e infamantes, a cadena perpetua y hasta las privaciones de libertad excesivamente prolongadas.”*

<sup>70</sup> Leonardo Sica (2002, p. 63) reforça sua crítica à prevenção geral, afirmando que “essa crença criou um obstáculo às instâncias informais de controle, uma vez que atribuiu à pena o papel de introjetar no cidadão o valor de bens como a vida e o patrimônio, resultando num Direito Penal verdadeiramente dependente da pena. Enfim, acabou por desencadear o simbolismo penal, abrindo as portas para o chamado Direito Penal de Emergência. Ademais, assim como a prevenção especial é vulnerável ao considerar a ressocialização como necessária a todos os condenados, a prevenção geral positiva

A teoria da prevenção geral positiva constitui objeto de crítica de Alessandro Baratta (1994), quando ressalta que foi criada uma ilusão acerca da segurança e do sentimento de confiança no ordenamento jurídico e nas instituições correlatas em detrimento da real tutela de bens jurídicos. Por essa razão, Leonardo Sica (2002, p. 73) adverte que “o interesse crescente que a teoria da prevenção geral positiva despertou na doutrina desencadeou o chamado simbolismo penal”, constatado de forma empírica, a partir da observação da ampliação e deturpação das ideias prevencionistas. Esse poder simbólico revela uma forte carga valorativa do Direito penal, criando uma equivocada eleição desse subsistema jurídico como melhor forma de controle social, ante o fracasso de outras esferas na solução de problemas políticos e sociais. Arremata Leonardo Sica (2002, p. 75), afirmando que “a certeza da pena e sua posição como centro convergente do sistema, mesmo que seus fins sejam simbólicos, acabam por deslegitimar a construção do *ius puniendi* fundado nas bases do contrato social”, vale dizer, a prevenção geral positiva pode servir como elemento que nutre uma valoração errada acerca da pena, fragilizando as próprias bases do Direito penal.

Luis Gracia Martin (2005) também considera que os efeitos de prevenção da pena e, de forma particular, aqueles correspondentes à prevenção geral positiva, possuem um caráter simbólico que, ao seu turno, será necessário à ameaça e à imposição de uma sanção penal. O problema, no entanto, reside na utilização prosaica do Direito penal, mesmo diante da sua incapacidade para solucionar alguns problemas de forma eficaz, com a finalidade única de produzir um efeito simbólico, vale dizer, aparente, abandonando-se, dessa forma, a finalidade instrumental da pena<sup>71</sup>.

O maior argumento apresentado contra a prevenção geral, como mencionado em momento anterior, é a sua possível afronta à dignidade da pessoa humana. Todavia, Jorge de Figueiredo Dias (1999) assevera que seu conteúdo é

---

deixa de avaliar a possibilidade (real) de nem todos os membros da coletividade estarem aptos a aderir aos valores expressos na norma penal e graduados consoante a quantidade da sanção.”

<sup>71</sup> Pondera Gracia Martin (2005, p. 106) que “a opinião dominante considera [...] que os efeitos simbólicos do Direito penal teriam uma valoração negativa quando comprovado que sua produção constitui a única finalidade real da lei penal, ou quando predominem de modo relevante sobre os efeitos instrumentais, que será mais frequente.” E, ainda, que o legislador recorreria ao Direito penal para produzir na sociedade o “efeito meramente aparente – isto é: simbólico – de que com a criminalização dos comportamentos conectados aos novos riscos dá ao problema a solução eficaz exigida, ou com o fim pedagógico ou educativo – igualmente com caráter exclusivamente simbólico de que a população adquira consciência da necessidade de respeitar determinados valores, o standard ou a ordem regular de determinados setores da atividade, etc.”

revelado pelo equívoco em desconsiderar que a ausência de exemplaridade pode abrir espaço para a utilização de penas cada vez mais severas e menos humanas, conduzindo a um Direito penal do terror, traduzido numa ideia retribucionista. Maior improcedência se verifica quando não se observa que o critério da prevenção geral positiva permite encontrar um espaço e uma moldura punitivos, revelando uma pena justa e adequada à culpabilidade do criminoso. Por essa percepção, seria coerente afirmar que a presente teoria é capaz de oferecer uma compreensão racionalizada, cuja política-criminal se funda no problema dos fins das penas. Ao contrário de se apresentar como afronta à dignidade humana, dela se aproxima e a realiza, na medida em que o fim pragmático da pena estará direcionado à fidelidade ao Direito e à crença de sua efetividade, cuja limitação, quando da aplicação da sanção punitiva, pode ser encontrada nas garantias fundamentais.

### **4.3 Teorias mistas: combinação das funções de retribuição e de prevenção**

A associação das teorias até então informadas direcionam à elaboração de outras que, ao seu turno, apresentarão uma natureza eclética, ora resgatando o retribucionismo, acrescentando-se elementos preventivos específicos e gerais, ora afastando de vez o caráter não utilitário da pena, combinando, tão somente, as prevenções geral e específica. Leciona Leonardo Sica (2002) que as teorias mistas refutam a pureza dos modelos apresentados pelas teorias unitárias, considerando a ingerência de variantes construtivas das finalidades das penas. É nesse aspecto que Santiago Mir Puig (2011) assevera que o abandono da “luta das escolas” permitiu a criação de projetos unificadores, cuja problemática residiria não mais no caráter de domínio racional absoluto a qualquer singularidade, mas na relação entre a retribuição e a prevenção.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Mir Puig (2012, p. 50) estabelece uma distinção entre dois grupos ecléticos, a partir da relação entre a prevenção e a retribuição: *“Por una parte, quienes creen que a protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de a retribución. Por otra parte, quienes invierten los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de*

Ao grupo das primeiras teorias mistas atribui-se o título de teorias unificadoras retributivas, considerando-se a necessidade de manter a retribuição pelo mal praticado pelo indivíduo, ao que se acrescentam a intimidação do indivíduo e da sociedade, a neutralização do delinquente, bem como a difusão do respeito social ao comando normativo penal. Ressalta Roxin (1997, p. 94) que *“una teoría mixta de este tenor del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena.”* Trata-se, aqui, de uma teoria dialética da união, quando se percebe os variados pontos de vista são reunidos numa síntese<sup>73</sup>.

A pretensão de redução da multiplicidade de pontos de vista que combinam a tese da retribuição com as ideias prevencionistas, seja num aspecto geral ou mesmo específico, poderá ser percebida, conforme assevera Figueiredo Dias (1999), como uma pena retributiva que tenta realizar as finalidades da prevenção. Com fundamento na doutrina de Roxin (1997), é possível inferir que os fins das penas são realizáveis de acordo com uma construção diacrônica. Dessa forma, a cominação da pena a partir de uma atividade legislativa, portanto, abstrata, apresentaria um caráter de prevenção geral. Ao seu passo, a retribuição surgiria com maior ênfase quando da aplicação da sanção penal e, por fim, a execução efetiva da pena possuiria como objetivo principal a prevenção especial (DIAS, 1999).

A racionalidade do Direito penal moderno não pode aceitar os ideais unificadores nesses termos, mesmo porque a retribuição não pode ser considerada um fim em si, antes, deve ser erradicado (SICA, 2002). Outro problema pode ser encontrado na diversidade contextual das gêneses, senão de diametral oposição, o que, de certa forma, inviabilizaria uma pretensa unificação. Nesse aspecto, Figueiredo Dias (1999, p. 109/110) sublinha que

quando se misturam doutrinas absolutas com doutrinas relativas fica definitivamente por saber qual o fundamento teórico e a razão de legitimação da intervenção penal. Tanto aquele como esta, na

---

*límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido. A diferencia de la primera posición, ésta permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución.”*

<sup>73</sup> É a partir da consideração dessa síntese que Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 151) conclui que “as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.”

verdade, são irremediavelmente diversos e provenientes de concepções diferentes, quando não antagônicas, sobre o fundamento do direito de punir e a consequente legitimação estatal da intervenção penal. Haverá que sublinhar, em suma, que concepções deste tipo revelam um vacilamento inadmissível em convicções fundamentais.

Há teorias, no entanto, que, seguindo esta orientação negatória da retribuição, unificam as prevenções, geral e especial, num sentido de complementaridade entre elas, como na concepção de Roxin (1997). Na verdade, elas não se excluem, antes, fundamentam-se uma na outra. Isso se torna mais evidente quando da necessidade de ressocialização e intimidação do agente (caráter especial positivo e negativo, respectivamente), bem como de garantir a legitimidade da norma com seu cumprimento, além de incutir no seio social o respeito aos comandos normativos do Estado, e a intimidação a fim de não lhes afrontarem (prevenção geral positiva e negativa, respectivamente).

A concepção unificadora de prevenção integral se apresenta como resposta às questões lacunares deixadas pelas teorias de prevenção geral e de prevenção especial, quando observadas em suas respectivas singularidades. Assim, quando não mais for necessário a ressocialização, restará a imperiosidade de demonstrar à sociedade a efetividade da norma, ou mesmo a intimidação para o não cometimento de delitos futuros. Leciona Roxin (1997, p. 98) que

la teoría preventiva mixta acoge, pues, en su seno los enfoques preventivo especial y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano; Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar. (...) La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal.

A análise da construção da pena em suas diversas vertentes, desde a cominação legal a sua execução, foi percebida por Santiago Mir Puig (2011) em nítido compasso com a prevenção integral: o caráter pragmático geral tem seu lugar quando da ameaça proporcionada pela lei, com a confirmação de sua seriedade no momento da atividade criativa do magistrado, o que, para além de funcionar como

reforço àquela ameaça, confirma o limite máximo da culpabilidade do autor e o caráter de prevenção especial. Por fim, o cumprimento da pena completa a seriedade da ameaça legal, além de possuir uma função utilitária especial, com maior atenção à ressocialização.

Resta a crítica da inexistência de um parâmetro ideal de mensuração da culpabilidade, o que, deveras, poderia ser vislumbrado na retribuição. Ressalta-se, todavia, que tal medida poderá ser conjecturada posteriormente, não como fim da pena, mas como análise concreta da culpabilidade<sup>74</sup>, princípio que, apesar de encontrar nascente no retribucionismo, com ele não se confunde, conforme explica Roxin (1997), ao informar que, apesar de existir uma renúncia à retribuição, um elemento decisivo dessa teoria deve fazer parte da teoria mista que alcance o elemento de prevenção. Tal elemento é caracterizado com uma natureza principiológica de grau de censura ou reprovação, ao que se nomina de culpabilidade que, ademais, servirá como mecanismo limitador da pena<sup>75</sup>.

As teorias unificadoras, inicialmente, demonstraram as mesmas falhas de suficiência das concepções monistas das finalidades das penas, como bem ressaltou Cezar Roberto Bitencourt (2012). Em momento posterior, as construções ecléticas foram direcionadas de acordo com os diversos estágios da norma, desde seu momento abstrato, passando pelo processo criativo da sanção penal na esfera da concretude, até alcançar a sua fase executória. Por essa perspectiva, a retribuição assumiu uma função secundária, apenas servindo como parâmetro

---

<sup>74</sup> Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 135) apresenta sua opinião sobre as teorias dos fins das penas, formulando, numa síntese própria, a teoria da pena, ao afirmar que: “1) Toda pena serve a finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial. 2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpabilidade. 3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico. 4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena ;e encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais.”

<sup>75</sup> Fazendo clara referência às construções teóricas de Roxin, Figueiredo Dias (1999, p. 112) assevera que “a medida da culpabilidade é dada não por um ponto exato da escala penal, mas através de uma moldura da culpa; e que, em princípio, é dentro desta moldura da culpabilidade que – ressaltados os casos especiais acima referidos de particulares exigências de prevenção especial – o juiz deverá fixar a moldura concreta da pena. A questão específica referente à problemática da medida da pena pode, neste contexto, restar sobre si; mas não o que a solução para ela preconizada por Roxin implica para a teoria unificadora preventiva dos fins da pena. É que com ela, com a construção de uma moldura da culpabilidade como espaço nevrálgico de aplicação da pena, é ainda de novo a ideia da compensação da culpa, a ideia-mestra da retribuição, que reivindica – se bem que de forma ‘encoberta’ e latente – o seu regresso à cena das finalidades da pena, degradando os propósitos preventivos, que deviam ser únicos, para meros ‘corretores’ da fundamental correspondência entre culpabilidade e pena.”

limitador das exigências da prevenção.

Torna-se perceptível, portanto, a eleição do caráter utilitário da pena, em seus modelos geral e específico, vale dizer, integrativo, como finalidade precípua da sanção penal, sendo imprescindível, no entanto, a utilização dos contributos retribucionistas como instrumentos de limitação da atuação estatal, na medida de culpabilidade e norteadas pela proporcionalidade, viabilizando um Direito penal compatível com o Estado democrático de direito.

#### **4.4 Teoria restaurativa: a participação da vítima na construção da pena**

A configuração das relações sociais modernas conduz, inevitavelmente, a novos paradigmas. Nesse sentido, as teorias tradicionais sobre as finalidades das penas se apresentam insuficientes para legitimar ou justificar a própria existência do Direito Penal.

Nesse cenário, é preciso construir novos objetivos, notadamente, com a abertura democrática construtivista de participação. Todos os sujeitos alcançados pelo fenômeno criminoso devem ser considerados para tais elaborações, abandonando-se a antiga percepção das vítimas enquanto objetos de valoração probatória num processo penal tradicional.

Esse é o fundamento que conduz à noção de que o interesse reparatório da vítima, numa construção conjunta, aparece como nova finalidade da pena. O Estado não pode apenas considerar a efetividade de suas normas, ou mesmo seu caráter intimidatório, seja geral ou específico. Não pode, ainda, limitar-se à correção do ofensor. Deve voltar seus olhos à vítima, com o objetivo de dar-lhe atenção, priorizando a sua satisfação.

Não se fala aqui em vingança, mas na implementação de instrumentos que reparem os danos causados à vítima e que, de outra forma, cumpra a finalidade de correção ou (res)socialização, quando necessária, e de efetividade da norma, numa clara medida de proporcionalidade. Nesse sentido, conclusivas são as palavras de André Lamas Leite (2008, p. 16), ao afirmar que



numa palavra, participação da vítima sim, ponto é que tal não signifique um monumental retrocesso civilizacional em que traduziria uma excessiva e ilimitada “devolução” do conflito penal aos sujeitos, o que, estamos seguros, ninguém pretende ou propõe.

Orientado por este caminho, Guilherme Costa Câmara (2008) afirma que estamos diante de um tempo em que não se deve recusar à reparação um importante papel no quadro das consequências jurídico-penais do delito. Não seria mais coerente pensar que a função de pacificação social exercida pelo Direito Penal se restringe a uma perspectiva tradicional, sendo imperioso o exercício daquele controle a partir da reconstrução de uma teoria positiva de integração, com a reparação sendo considerada como elemento inserido no âmbito das finalidades das sanções de natureza penal.

A proposta mais recente inclui a reparação como uma terceira via, uma consequência jurídico-penal autônoma, distinta das demais medidas. Por certo, há que se falar, aqui, em subsidiariedade interna: se o Direito Penal deve ser invocado em situações mais gravosas, fundamentando, assim, seu caráter fragmentário, numa perspectiva interior, deve haver um escalonamento das medidas a serem adotadas para cada caso. Assim, a pena privativa de liberdade seria a última opção, constituindo-se exceção, em razão de ser utilizada apenas quando os outros instrumentos penais forem considerados inócuos ou ineficazes.

Nesse contexto, a reparação se desponta como medida de menor gravidade e, portanto, proporcional a determinadas situações delituosas. Ao abordar o tema da reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito, Selma Pereira de Santana (2010, p. 55-56) afirma que

uma forma de compreensão que justifica a inserção da reparação no Direito Penal propõe que esta constitua pena estatal. Por conseguinte, vê-se, na reparação, uma categoria de pena que amplia o catálogo convencional. Afastada a voluntariedade do autor e da vítima, o Juiz condenaria o primeiro deles ao ressarcimento do dano decorrente do delito. (...) A condenação a uma indenização do dano provoca efeitos de prevenção geral, ao mesmo tempo em que é percebida e sentida pelo acusado como um mal. A reparação imposta pelo Juízo alcançaria os fins das penas e tornaria, em algumas hipóteses, desnecessária a aplicação de uma outra sanção.

Em seus desenvolvimentos teóricos, Selma Santana (2010) elucida, ainda, que a reparação, ao ser medida conjugada à outra pena, leva em consideração os

interesses da vítima, uma vez satisfeita com o retorno ao *status quo*, quando possível, bem como os interesses da sociedade, orientando, portanto, o sentido preventivo integrador.

Orientado pelo ideal reparatório como terceira via, Guilherme Costa Câmara (2008) se posiciona no sentido de reconhecer a importância da proposta restaurativa, servindo a ampliar o catálogo de finalidades penais, apresentando um ideal democrático ao estudo dos objetivos precípuos das sanções penais. Caminha ainda mais longe o autor, ao lecionar que o modelo restaurativo realça a subsidiariedade do Direito Penal, além de destacar o princípio da proporcionalidade nos mecanismos coercitivos estatais.

Não se deve ter em mente que a reparação se apresenta como sinonímia de uma simples compensação do dano patrimonial. Servirá, antes de tudo, como meio de solução de conflitos que atende aos fins penais da prevenção e da restauração<sup>76</sup>.

Da mesma forma, a reparação poderá nortear a prevenção geral, tanto no sentido de atuação cautelosa diante dos riscos, a fim de não evitar possíveis obrigações reparatórias, bem como num sentido de se demonstrar a efetividade dos comandos normativos do Estado que, como defensor dos interesses sociais mais relevantes, estabelece formas democráticas de resolução de conflitos. Afirma Francisco Amado Ferreira (2006) que o ideal restaurativo coaduna com a revalorização institucional e reforça a confiança dos cidadãos na função pública de administração da justiça, ainda mais, nos setores criminais que continuam a justificar um maior empate de meios humanos e materiais.

Por certo, valora-se com maior ênfase a finalidade reparadora, com um resgate da presença da vítima e sua consideração atuante na formulação de mecanismos que são aptos e eficazes à solução de conflitos nos casos de ocorrência de fenômenos criminosos. De forma conclusiva, ressalta Selma Santana (2010) que o Direito Penal deve resolver conflitos sociais de forma mais abrangente possível, sendo a reparação à vítima uma contribuição singular que respeita os interesses da coletividade e, ainda, a administração da justiça. Além disso, a finalidade reparatória é capaz de cumprir materialmente o objetivo ressocializador, pois, numa construção participativa, o autor do delito enfrentaria as consequências

---

<sup>76</sup> Trata-se, aqui, da restauração, como finalidade autônoma da pena, inserida no contexto das relações atuais, em razão da necessidade de desmistificar o caráter retributivo e/ou do indeterminado poder punitivo do Estado.

de sua atitude e, de forma consecutória, serviria a uma prevenção integradora, na medida em que oferece um direcionamento à restauração da paz jurídica.

## 5 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE CONDUTA: UMA MEDIDA ALTERNATIVA OU MAXIMIZANTE?

O século XXI se iniciou com novos paradigmas e perspectivas, descortinando a era da informatização, da tecnologia e do desenvolvimento da cognição científica. Em diversos ramos da ciência, a tradição se aliou às inovações, numa espécie de incorporação; em outros, a aversão aos novos métodos garantiu a subsistência do clássico, em razão da insegurança das técnicas modernas.

Na ciência jurídica, muitos conflitos em relação à implementação de tecnologia informatizada, ora denominada de *high technology*, no auxílio à Justiça, são atuais, causando dissonância entre as mais recentes doutrinas e opiniões de juristas de relevo no cenário internacional. Uma série de debates, seminários, congressos e outros eventos, tem considerado o tema com muita cautela, indicando o uso limitado das inovações, todavia, sem evitá-las: são os exemplos das oitivas de partes e testemunhas por vídeo-conferência, interrogatório *on-line*, a gravação de depoimentos em vídeos, extinguindo, em certa medida, o uso de documentos impressos, e permitindo maiores economia e celeridade processuais. Essa é a razão para Steven W. Becker (2008) alertar que a tecnologia pode fornecer novas e eficientes ferramentas na luta contra o crime, mas estão, até certo aspecto, sujeitas ao abuso no sistema da justiça penal.

Entre as inovações mencionadas, a temática do monitoramento eletrônico de condutas, também denominado vigilância eletrônica, apresenta-se de forma singular, por envolver questões complexas que merecem uma atenção própria, devendo, destarte, ser estudada a partir de uma análise histórica e sob o prisma das garantias constitucionais. Nesse sentido, afirmam Dumoulin, Licoppe, Thoenig, Froment e Mouhanna (2007) que o monitoramento eletrônico está inserido no contexto de recurso exponencial às novas tecnologias no âmbito da segurança e da justiça penal.

Numa incursão específica sobre o tema, César Barros Leal (2011) leciona que o estado de falência do sistema carcerário impõe a busca de outras experiências, o que traz à baila a discussão acerca da vigilância eletrônica, reforçada pelos novos paradigmas que são erigidos na órbita jurídico-penal, na

construção de um caminho de legitimação desse subsistema. Acautela-se, no entanto, afirmando que,

como se trata de algo relativamente novo em certas regiões, os estudos são escassos e carecem de sistematização e de uma visão global que situe a questão no contexto de uma política de segurança pública (e de um direito penal em busca de novas e consistentes respostas para este desafio), das políticas criminais e penitenciárias e dos direitos humanos (BARROS, 2011, p. 53).

É inegável que a discussão se apresenta com maior ênfase numa época em que se questiona a eficácia da pena privativa de liberdade, há muito apresentada como alternativa às penas de caráter aflitivo que antecederam a fase humanizadora do Direito Penal. Nesse aspecto, salienta Paulo José Freire Teotônio (2009) que se tem como indiscutível a inadequação do tratamento carcerário, seja em razão de maximizar os efeitos criminalizantes, no sentido de afetar diretamente a índole daqueles que *a priori* seriam passíveis de ressocialização, ou, ainda, pelas facilidades no aparecimento de organizações criminosas nas prisões. Aliada a tais argumentos está a exigência de recursos exorbitantes para a criação de unidades prisionais que pudessem servir para atender ao contingente de presos, o que inviabiliza um sistema de justiça penal efetivo.

As propostas de solução ao problema do cárcere se despontaram, no ordenamento jurídico pátrio, pela Lei 7.209/84, que foi responsável pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. O mencionado instrumento legislativo introduziu as penas restritivas de direito no âmbito das possíveis respostas estatais aos atos de natureza criminosa. Após quatorze anos, com a edição da Lei 9.714/98, duas novas penas restritivas – prestação pecuniária e perda de bens e valores – passaram a integrar o rol de penas, comumente denominadas como alternativas<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Sobre a expressão “penas alternativas”, utilizada de forma ampla no Brasil, Paulo Teotônio (2009, p. 47) afirma ser inadequada, pois podem expressar a possibilidade de o magistrado aplicar uma pena privativa de liberdade ou uma pena restritiva de direitos, conforme a conveniência de cada caso, quando, na verdade, “uma vez condenando o réu, o juiz sempre aplicará a pena privativa de liberdade e, verificando o *quantum* da reprimenda e as circunstâncias exclusivas do caso, o magistrado a substituirá por uma pena restritiva de direitos. Daí a natureza substitutiva de tais penas, uma vez que as penas restritivas de direitos estão previstas *in abstracto* no Código Penal, de maneira que não podem ser aplicadas diretamente pelo Magistrado, que, por questão de lógica, aplica a pena privativa de liberdade, substituindo-a, caso presentes os requisitos legais, pela restritiva de direitos. Trata-se de pena autônoma, na medida em que a pena restritiva de direitos, por si só, satisfaz o cumprimento da pena. A pena restritiva de direitos não coexiste com a pena privativa de liberdade, ou se aplica uma, ou se aplica outra, jamais as duas ao mesmo tempo, nada impedindo, contudo, que uma pena de multa seja aplicada conjuntamente com uma pena restritiva de direitos.”

Apesar do notório avanço na política criminal, Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2001) salientaram a timidez das medidas restritivas, explicando que algumas das atuais penas restritivas de direitos poderiam ser erigidas em penas principais, ao lado da pena privativa de liberdade e da multa, em cominação isolada, cumulativa ou alternativa, o que poderia servir como forma de combate às resistências judiciais, uma vez que os juízes se viriam na contingência de aplica-las, porque presentes no preceito sancionador.

Como se deixou antever, a preocupação com a superlotação carcerária e com os problemas derivados dessa situação conduzem à rediscussão da função da pena privativa de liberdade e à busca de medidas penais substitutivas<sup>78</sup>. Nessa conjuntura, a proposta do monitoramento eletrônico é apresentada como instrumento de redução dos contingentes prisionais, permitindo a vigilância eletrônica de condenados ou presos processuais fora do cárcere. Trata-se, portanto, de uma forma concreta de restrição de liberdade sem encarceramento do indivíduo (JAPIASSÚ, 2008).

Seguindo uma orientação internacional de utilização da vigilância eletrônica, o legislador pátrio iniciou um ensaio pragmático acerca de sua implementação, o que pode ser percebido, ainda que de forma tímida, na Lei 12.258/2010, que dispõe sobre a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica, e, ainda, na Lei 12.403/2011, que, ao seu turno, apresentou a nova tecnologia como medida de natureza cautelar, alternativa à prisão processual. Para além das previsões legais mencionadas, o anteprojeto do Código de Processo Penal – Projeto de Lei n.º 156/2009, inclui em seu conteúdo textual o monitoramento eletrônico, reservando-lhe a Seção III (artigos 579 a 582), do Capítulo III (Outras Medidas Cautelares Pessoais), do Livro III (Das Medidas Cautelares). Como bem se observa, há uma nítida evolução prática do sistema de vigilância eletrônica, em franca expansão das hipóteses de sua utilização, o que ainda será vislumbrado no presente desenvolvimento teórico.

---

<sup>78</sup> Neemias Moretti Prudente (2012, p. 140) explica que “o espetacular aumento da população carcerária experimentado nos finais da década de 70 do século passado, assim como o elevado custo penitenciário, unido a crise da pena privativa de liberdade do fracasso do tratamento ressocializar, gerou, em seu conjunto, a necessidade de uma reorientação da política criminal até então imperante, na busca de alternativas a prisão no âmbito da criminalidade de menor e médio potencia ofensivo. Nesse sentido, com o processo de globalização aliado ao avanço tecnológico, se introduziu no debate político-criminal de orientação progressista, a possibilidade de introduzir determinados mecanismos de controle eletrônico no âmbito penal e penitenciário (‘Direito Pena do Futuro’) em face do marco tradicional das sanções penais.”

A abordagem do estudo sobre o monitoramento será realizada em subtemas, de forma a esclarecer sua construção histórica, suas principais características materiais e modelos, as hipóteses de sua utilização e sua natureza jurídica, as experiências em outros países e, de forma ainda mais dialogada, seus aspectos negativos e positivos, a partir das observações acerca de sua efetividade e constitucionalidade.

## **5.1 Histórico da Vigilância Eletrônica e suas características materiais**

O monitoramento eletrônico é considerado como uma forma de controle por meio de um dispositivo de identificação pessoal, servindo à mitigação da liberdade do vigiado. Também denominado de vigilância eletrônica ou *tagging*<sup>79</sup>, pode ser verificado como “ferramenta de supervisão contínua destinada a confirmar a localização de pessoas”, conforme preleciona Christiany Pegorari Conte (2010, p.417). Seu delineamento histórico pode ser construído em três fases distintas. Num primeiro momento, é possível encontrar sua estrutura inicial nas experiências de controle de condenados ao cumprimento de pena em sua residência, iniciadas no ano de 1946, no Canadá (CÉRÉ, 2007). Contudo, aponta-se para as décadas de 60 e 70 do século XX como fase inaugural da utilização de medidas eletrônicas no controle penitenciário de infratores e de enfermos mentais. Assim, tornou-se consensual na doutrina<sup>80</sup>, que a vigilância eletrônica foi criada na universidade de Harvard, nos Estados Unidos, em 1964, por um grupo de psicólogos chefiados pelo professor de Biologia Ralph Schwitzgebel<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Palavra da língua inglesa que significa marcação, etiquetagem (tradução livre).

<sup>80</sup> Direcionam esse entendimento as lições de Faustino Gudín Rodríguez-Magariños (2007), Anna Vitores e Miquel Domènech (2007), Edmundo Oliveira (2007), Carlos Eduardo Japiassú (2008), Christiany Pegorari Conte (2010) e César Barros Leal (2011).

<sup>81</sup> Leciona Neemias Moretti Prudente (2012, p. 141) que “o primeiro dispositivo de ME desenvolvido nos anos sessenta do século passado, pelos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel – membros da *Science Committe on Psychological Experimentation* – da Universidade de Haward, nos EUA. Estes são considerados os pais da prisão virtual e sua variante de vigilância, com mecanismos capazes de captar o conjunto de sinais físicos e neurológicos da presença humana em determinado lugar. A “máquina de Schwitzgebel”, como era chamada, consistia de uma bateria e um transmissor capaz de emitir um sinal a um receptor. O Dr. Robert entendeu que sua invenção poderia fornecer uma

Conforme leciona César Barros Leal (2011), o objetivo precípua da experiência era oferecer maiores possibilidades no alcance da reintegração social do apenado e a diminuição da reincidência crônica, por intermédio do uso do transmissor portátil *Behavior Transmitter-Reinforcer* (BT-R), que era composto por duas unidades pequenas que deveriam ser portadas pelo condenado, sendo uma unidade no cinturão e outra no pulso, em forma de pulseira. A primeira delas possuía bateria e um transmissor de emissão de sinais de rádio codificados individualmente. No laboratório, havia uma estação base onde os sinais eram recolhidos por diversos receptores. A unidade que servia como pulseira, por sua vez, funcionava como sensor e permitia transmitir o pulso da pessoa que estivesse portando que, além disso, poderia apertar um botão para emitir sinais à base. Anna Vitores e Miquel Domènech (2007, p. 10) explicam que

el sistema se componía de múltiples receptores transmisores que permitían trazar los movimientos a través de una determinada área. La función principal del transmisor, concebido tanto como unidad de envío como de recepción, era la de hacer un registro inmediato y preciso de los "acontecimientos conductuales" que se daban en el ambiente natural del portador. De este modo, se podía obtener un registro acumulativo de las conductas relevantes de una persona o un grupo durante un considerable período de tiempo. Además, la persona portadora podía recibir señales desde la estación en la que se registraba la conducta, señales que podían venir a formar parte de un sistema de feedback conductual.

Na década de 70 do século passado, L. Barton Ingraham e Gerald Smith apresentaram o monitoramento eletrônico como alternativa ao sistema carcerário, todavia, em decorrência da patente do dispositivo pelo Dr. Schiwitzgebel, sua utilização foi inviabilizada naquele momento (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2007). Para César Barros Leal (2011), esse período marca a segunda fase do desenvolvimento da vigilância eletrônica, podendo ser observada certa apatia com respeito do controle à distância com emprego de meios tecnológicos.

Apesar de a criação do sistema de vigilância eletrônica ter sido capitaneada por Schiwitzgebel, o mérito pela ideia precursora que foi difundida pelos países que, atualmente, adotam essa modalidade de monitoramento pode ser atribuído ao

---

alternativa humana e barata à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça. Os irmãos realizaram as primeiras experiências no ano de 1964, em Boston, nos EUA, em 16 jovens reincidentes que estavam usufruindo de liberdade condicional. A experiência foi repetida em Saint-Louis com o fim de reduzir a taxa de suicídios entre jovens detentos.”



magistrado estadunidense Jack Love, da cidade de Albuquerque, no Estado do Novo México – Estados Unidos da América. Inspirado numa história em quadrinhos do Homem-Aranha (*amazing spider-man* – 1977), onde o vilão fixa um bracelete eletrônico conectado a um radar no herói, a fim de monitorar sua localização, o juiz norte-americano solicitou ao engenheiro eletrônico e informático Michael Goss que desenvolvesse um sistema de monitoramento. A pulseira eletrônica projetada e produzida recebeu a denominação *Gosslink*, em razão da união da palavra *link* com o sobrenome do seu projetista (RODRÍGUEZ, 2007). Em 1983, o magistrado realizou os primeiros testes em si mesmo, utilizando um bracelete eletrônico por três semanas. Em seguida, determinou a utilização do controle por monitoramento na supervisão de cinco infratores de Albuquerque (CÉRÉ, 2007).

O histórico do sistema de monitoramento eletrônico, como bem se percebe, foi iniciado nos Estados Unidos, com alguns projetos pioneiros de controle da criminalidade com utilização da tecnologia, principalmente em Washington, Virgínia e Flórida. No ano de 1987, vinte e seis estados já utilizavam a vigilância eletrônica naquele País (CÉRÉ, 2007). Direcionando suas pesquisas ao contexto espacial europeu, Christiany Pegorari Conte (2010) informa que a Inglaterra e o País de Gales foram precursores, utilizando o sistema em 1989, sendo acompanhada pela Suécia, em 1994, e pela Holanda, em 1995. A utilização do monitoramento foi identificado por Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008) em outros territórios, como Canadá, Escócia, Reino Unido, França, Bélgica, Itália, Alemanha, China, Japão, Dinamarca, Espanha, Tailândia, Hungria, Portugal, Suíça, Hungria, Andorra, Austrália, Noruega, Nova Zelândia, Argentina, Israel, Singapura e África do Sul. Em razão de suas peculiaridades, o uso da vigilância eletrônica no Brasil será objeto de estudo em momento específico.

A história da utilização do monitoramento eletrônico não se limita às questões territoriais, mas também se direciona no desenvolvimento das tecnologias que foram empregadas com esse propósito. Nesse sentido, Luc Mampaey e Jean-Phillipe Renaud (2000) apontam para existência de três gerações de tecnologia de vigilância eletrônica, revelando, ao longo do tempo avanços significativos.

A primeira geração de instrumentos de controle abrange os sistemas passivo, ativo e, ainda, misto. O primeiro deles, de acordo com as lições de Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008), é também conhecido como sistema de contato

programado, desenvolvido a partir da utilização de um aparelho telefônico para verificar se a pessoa que está sujeita ao controle está presente no local determinado no horário previsto para tanto. Dessa forma, uma pessoa realiza ligações periódicas e aleatórias para aquele local, devendo o vigiado responder a algumas questões. Jean-Paul Céré (2006) informa que são utilizados diversos mecanismos para comprovação da identidade do monitorado, como o fornecimento de senha ou código estabelecido previamente, o reconhecimento de impressões digitais, de íris ou de voz e a introdução de um objeto preso de forma inamovível em um decodificador<sup>82</sup>. A vantagem do sistema passivo está em seu menor grau de estigmatização pública, todavia, seu aspecto negativo reside na perturbação das chamadas telefônicas, como ressaltou Neemias Prudente (2012).

O sistema ativo de primeira geração, também denominado como sistema ativo por radiofrequência ou de sinal contínuo, consiste, ao seu turno, na utilização de um bracelete, uma tornozeleira, uma pulseira ou um cinto impermeável e antialérgico pelo vigiado<sup>83</sup>. Esses equipamentos servem como emissores que transmitem dados codificados contínuos para um receptor que pode estar localizado no domicílio ou outro local pré-estabelecido. Em seguida, os dados captados pelo receptor são transmitidos por intermédio de linhas telefônicas ao computador central, numa estação central de vigilância ou de acesso pela autoridade administrativa competente (PRUDENTE, 2012). Acrescenta, ainda, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2007), a necessidade de um terminal de controle, responsável pelo registro dos alarmes recebidos, o que permite a identificação do vigiado e os alertas enviados à estação central de vigilância<sup>84</sup>. Uma vez ocorrendo situação de

---

<sup>82</sup> O sistema passivo é descrito de forma objetiva por Neemias Moretti Prudente (2012, p. 145), ao informar que o sistema de “controle programado (vigilância eletrônica passiva) é mais utilizado nos casos de prisão domiciliar. Nesses sistemas, o vigiado é periodicamente acionado (em intervalos aleatoriamente programados, causais e inesperados) pela central de vigilância por meio de telefone ou *paggers* para garantir que ele se encontra no local designado pela determinação judicial. O vigiado é então obrigado a atender a chamada. Ele deve fornecer uma palavra, senha ou um código pré-determinado e, pode ser necessário, para-se identificar, um dispositivo de reconhecimento de voz ou facial.” No mesmo sentido, César Barros Leal (2011, p. 55/56) apresenta a vigilância eletrônica passiva como “controle de frequência, mais usado em casos de detenção domiciliar, quando se orientam também os familiares sobre o uso do sistema, ao qual se busca conceder eficácia e credibilidade”, podendo prescindir do bracelete.

<sup>83</sup> As múltiplas possibilidade de equipamentos foi apresentada por César Barros Leal (2012), Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008) e Neemias Moretti Prudente (2012).

<sup>84</sup> O sistema de monitoramento contínuo (sistema ativo) é detalhado por Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 25/26): “O bracelete emissor, utilizado durante todo o tempo em que durar a medida imposta, emite, continuamente sinais, permitindo-se atestar a presença do condenado no lugar designado. O sistema emissor é preto, semelhante a um relógio retangular, com ou sem

acionamento do alarme, torna-se necessário o contato por linha telefônica, a fim de verificar se se tratou de problemas técnicos ou se é uma situação de fuga do vigiado, casos em que a autoridade competente é informada para que sejam adotadas as devidas providências.

O modelo ativo de primeira geração apresenta sua vantagem ao possibilitar a vigilância contínua sem interferências para o vigiado, apesar de, por outro lado, ser estigmatizante, caso o transmissor seja publicamente visível, conforme alerta Neemias Prudente (2012). Difundido na Europa, de forma notória na França, o sistema de monitoramento contínuo possibilita a localização do vigiado de forma ininterrupta e independente de sua voluntariedade. Sua utilização limita a locomoção do indivíduo sujeito à medida de controle e pode ser utilizado para impedir o seu acesso a determinados locais ou mesmo sua aproximação de vítimas potenciais (JAPIASSÚ, 2008).

O sistema misto de primeira geração se apresenta como resultante da combinação das características dos sistemas ativo e passivo (PRUDENTE, 2012). Dessa forma, percebe-se um maior controle do vigiado, que passa a ser monitorado por intermédio de ligações telefônicas programadas e aleatórias, além da utilização de equipamento transmissor de sua localização. Essa modalidade não utiliza, necessariamente, os dois sistemas anteriores de forma concomitante. Pode ser determinado o sistema de contato programado e, quando do seu descumprimento

---

mostrador de horas, geralmente fixado no tornozelo ou no punho. Dotado de uma bateria, emite sinais de alarme específicos caso haja baixa de carga ou mau funcionamento. Da mesma forma, possui fibras óticas que permitem detectar qualquer tentativa de arrombamento ou deteriorização. O emissor produz por trinta segundos um sinal com alcance de cinquenta a setenta metros aproximadamente em direção a um receptor que delimita o local de emissão do sinal. Assim, também é necessário um receptor que, ligado ao telefone da residência da pessoa monitorada, identifica e registra os sinais do emissor e os transmite a uma central por meio da linha telefônica. O receptor capta qualquer sinal de deslocamento, de arrombamento ou de deteriorização. Em caso de corte de sinal, a central é informada e durante a pane o receptor continua a funcionar graças a uma bateria que assegura setenta e duas horas de autonomia. Em caso de corte de ligação telefônica, o agente do centro de controle faz contato com a operadora telefônica para saber a razão do problema e determinar se é o caso de mau funcionamento proveniente da central do emissor e do receptor. Durante o tempo em que estiver com a linha telefônica cortada, o receptor registra todos os eventos na memória interna e transmite ao centro de vigilância um relatório da atividade da pessoa vigiada até a resolução do problema. É preciso, por sua vez, um centro de vigilância, ou seja, um servidor central que contenha as fichas de cada vigiado, para o qual é emitido um alarme toda vez que ocorre uma falta ou uma tentativa de modificar ou danificar o emissor ou receptor. Por fim, exige-se um terminal de controle para registrar todos os alarmes recebidos, permitindo-se identificar o condenado e os alertas enviados pelo centro de vigilância. A cada alarme, faz-se necessário verificar se o problema é do sistema ou se é caso de fuga do condenado. Dessa forma, entra-se em contato por telefone para verificar porque soou o alarme, avisando-se as autoridades competentes acerca do incidente para a adoção das providências cabíveis.”

ou mesmo em casos de necessidade motivada, efetiva-se sua substituição pelo sistema de sinal contínuo. É possível, ainda, vislumbrar a combinação dos dois sistemas de forma inversa, numa espécie de progressão de medida: uma maior restrição inicial, com implementação do sistema ativo e, após determinado lapso temporal, associado a outros requisitos pré-estabelecidos, poderia ser alterada a execução da medida de controle para o sistema passivo.

A segunda geração tecnológica de vigilância eletrônica amplia a intensidade de intervenção de controle, mediante o emprego de dispositivos de localização global – *Global Positioning System* (GPS). De acordo com as lições de Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008), o sistema de posicionamento global por satélite pressupõe a utilização de três componentes: satélites, estações de terra e dispositivos móveis, como tornozeleira, bracelete, pulseira ou um *microchip* subcutâneo. O dispositivo, criado na década de setenta do século passado pelo Departamento de Defesa norte-americano, possibilita uma localização quase exata do vigiado, com uma margem de erro inferior a dez metros, de forma tridimensional: latitude, longitude e altitude<sup>85</sup>. Por outro lado, Neemias Prudente (2012, p. 145) afirma que

este dispositivo tem capacidade não só para controlar a permanência do vigiado em um determinado lugar, em tempo real, senão para detectar com precisão milimétrica “cada movimento” do vigiado (24 horas por dia). O sujeito há de portar um transmissor análogo ao do sistema ativo, que envia dados de seus movimentos a central, cuja [sic] alarme dispara se o sujeito se distancia do perímetro de ação permitida. Se um criminoso violar as condições de uma ordem de monitoramento eletrônico, o GPS pode identificar a sua localização precisa, fazendo a prisão do infrator por parte das autoridades policiais.

A segunda geração da tecnologia da vigilância eletrônica demonstra sua vantagem, na medida em que permite a localização do vigiado em tempo real por um

---

<sup>85</sup> Segundo informações disponíveis no site da Spacecom, empresa que atua no desenvolvimento de produtos e soluções de segurança pública, telecomunicações e tecnologia da informação, o monitoramento eletrônico de sentenciados é uma espécie de prisão virtual, em que a pessoa apenas passa a utilizar um aparelho que permite seu rastreamento via satélite. Trata-se do Sistema de Acompanhamento de Custódia 24 horas – SAC 24, que funciona com transmissão de informações criptografadas fornecedoras de dados sobre o posicionamento do apenado. Tais informações são enviadas a um servidor e disponibilizadas a um programa próprio, com dados acessíveis por um terminal conectado à rede da internet. O controle é realizado através do uso de bracelete, pulseira ou tornozeleira de aproximadamente 265g (duzentos e sessenta e cinco gramas), que é equipada com sensores antifraudes e rupturas, funcionando como um transmissor com bateria de vida útil de doze meses, recarregável.

satélite. Por outro lado, leciona Neemias Prudente (2012) que o sistema não possibilita o conhecimento acerca do comportamento do vigiado e, ainda, não é capaz de impedir quaisquer atos praticados pelo usuário, como o descumprimento de uma prisão domiciliar ou mesmo de medidas restritivas, a exemplo da entrada em locais proibidos, guardando semelhança negativa, nesse sentido, com os sistemas de primeira geração.

Os custos empregados para implementação da tecnologia da segunda geração, com utilização de bracelete, tornozeleira ou pulseira alcançam um valor médio de R\$550,00<sup>86</sup> (quinhentos e cinquenta reais) por mês, sendo desenvolvidos, no Brasil, pelo LACTEC – Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento, que consiste em um centro de pesquisas sem fins lucrativos, e que utiliza soluções tecnológicas para o desenvolvimento econômico, científico e social, e desenvolvido por uma empresa privada, a Spacecom Comunicações e Tecnologia Ltda., conforme informação apresentada no portal eletrônico daquele Instituto. O CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – apoiou a desenvolvimento dessa tecnologia através do seu programa de apoio financeiro a projeto de pesquisa científica<sup>87</sup>.

É possível afirmar a existência, ainda que hipotética<sup>88</sup>, de uma terceira geração tecnológica de vigilância eletrônica. O sistema associa elementos de sistemas de controle por utilização de dispositivos de posicionamento global por satélite, presentes na segunda geração, maximizando a quantidade e qualidade dos dados transmitidos à central de vigilância, que recebe “informações psicológicas, frequências cardíacas, pressão arterial, nível de adrenalina ou mesmo a presença de álcool ou drogas no sangue” (PRUDENTE, 2012, p. 145/146).

As versões mais recentes da tecnologia de terceira geração, de acordo com os ensinamentos de Neemias Prudente (2012), possibilitam formas de intervenção corporal direta no usuário, nos casos de descumprimento de medidas impostas, seja por meio de descargas elétricas que atuam no sistema nervoso central, ou por liberação

---

<sup>86</sup> Em notícia publicada em seu portal eletrônico oficial, a empresa Spacecom informou que, em razão de a implantação do monitoramento ser realizado por Estados, os custos podem variar de trezentos reais a mil reais por mês.

<sup>87</sup> Publicação datada de 05 de março de 2007, no site oficial da LACTEC – Instituto de Tecnologia para o desenvolvimento.

<sup>88</sup> Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 26) salienta que “o sistema de terceira geração ainda se apresenta de forma hipotética. Contudo, não se trata de mera especulação, visto que a tecnologia atingiu um desenvolvimento tal que já é possível o desenvolvimento de *chips* para serem implantados no corpo humano.”

de substância, normalmente tranquilizante, nos casos de agressivos, neuróticos, esquizofrênicos, usuários de bebidas alcoólicas ou outra drogas<sup>89</sup>. Outros sistemas permitem a observação da localização do vigiado e de suas atividades, a partir de pequenas câmaras de vídeo, como informam Matt Black e Russel G. Smith (2003)<sup>90</sup>.

A tecnologia apresentada como característica da última geração recebe críticas, na medida em que podem representar forma de castigo corporal que atenta contra a dignidade da pessoa humana. Para além desse argumento, o sistema não considera as peculiaridades de situações de necessidade, como nos casos de incêndio no local onde se encontra o vigiado (RÍOS; PARENTE, 2006). Nesse aspecto, a medida de controle poderia ser considerada como avanço tecnológico, contudo, representaria claro retorno ao Direito Penal de caráter aflitivo, revelando um retrocesso que afronta os princípios inerentes à condição de pessoa humana, ao violar direitos fundamentais.

## 5.2 Hipóteses de aplicação do monitoramento eletrônico e sua natureza jurídica

O monitoramento eletrônico pode ser desenvolvido e utilizado em situações distintas, apresentando-se, portanto, com diversas naturezas. Por essa razão, foram apontados dois sistemas de aplicação: o *front-door* e o *back-door*<sup>91</sup>. O primeiro possui o objetivo preventivo, ou seja, tenta evitar o ingresso do condenado na unidade prisional, seja como resposta penal autônoma à prática de determinados delitos, ou mesmo como sanção substitutiva à pena privativa de liberdade. A mesma

---

<sup>89</sup> De acordo com as lições de Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 25), a terceira geração “comporta a utilização de mecanismos que, uma vez inseridos sob a pele ou no corpo do condenado, detectam que um crime está prestes a ser cometido, disparando choques ou liberação de sedativos na corrente sanguínea do indivíduo, por exemplo.”

<sup>90</sup> No original: “An even more sophisticated device includes a miniature video camera that enables officials to observe the wearer’s location and activities, while other devices can measure biochemical characteristics such as the wearer’s blood-alcohol level” (BLACK; SMITH, 2003, p. 2).

<sup>91</sup> Essa classificação foi apresentada por Miguel Angel Iglesias e Juan Antonio Pérez Parente (2007), na abordagem da pena de localização permanente. César Barros Leal (2011, p. 58), por sua vez, alerta que “outros sistemas e classificações podem ser colocados até porque estamos ante uma tecnologia que se diversifica e se desenvolve com uma rapidez previsível num mundo cujas mudanças já não prescindem, como outrora, de um longo período de tempo.”

natureza poderia ser vislumbrada na adoção do monitoramento eletrônico nos casos de suspensão condicional da pena e de outras medidas restritivas de direitos. De outra forma, no sistema *back-door*<sup>92</sup>, o controle eletrônico é aplicado em fase posterior ao início da execução da pena, como forma de reduzir o tempo do condenado na unidade prisional, ao servir como substitutivo do restante de pena privativa de liberdade a cumprir<sup>93</sup>, o que proporciona uma maior possibilidade de readaptação social do apenado (JAPIASSÚ, 2008).

A natureza jurídica do controle eletrônico de conduta é definida a partir das hipóteses de sua utilização<sup>94</sup>. Nesse sentido, é possível afirmar sua essência complementar, quando aplicado, de forma simultânea, com uma pena privativa de liberdade. No regime fechado, o monitoramento eletrônico pode ser empregado como mecanismo de vigilância interna, servindo como instrumento de prevenção às tentativas de evasão do preso. Ainda nesse regime, observa-se o potencial fiscalizatório do controle eletrônico nos casos de trabalho externo desenvolvido pelos apenados, sendo considerado, de acordo com as lições de Luís Carlos Valois (2012, p. 133) como medida condizente com a necessidade de minorar o caráter prejudicial ao preso e à própria sociedade.

O regime semiaberto possui características peculiares, em razão de permitir, sem maiores restrições, o desenvolvimento do trabalho ou de atividades educacionais fora da unidade prisional (SANTOS, 2012). Nesse caso, o monitoramento eletrônico também serviria como mecanismo de fiscalização complementar. No regime aberto, a mesma natureza jurídica é observada quando da utilização do controle eletrônico como instrumento apto à verificação do cumprimento das medidas restritivas que são impostas ao apenado, mesmo aquele que está cumprindo sua pena em prisão domiciliar. Conforme salienta Carlos Eduardo

---

<sup>92</sup> Leciona César Barros Leal (2011, p. 58) que o *frontdoor* é “uma forma de evitar o encarceramento (como alternativa à execução da pena detentiva, seu instrumento de controle ou como pena principal.” De forma diversa, o *backdoor* pode ser considerado como “forma de antecipar a excarcerização, quando se usa durante o tempo que falta para cumprir uma pena privativa de liberdade. Este período, contadas vezes, ultrapassa um ou dois anos.”

<sup>93</sup> Nesse sentido, informa Jean-Paul Céré (2008, p. 91) que “o monitoramento eletrônico permite que um indivíduo que está sendo processado, que foi condenado a uma pena privativa da liberdade de curta duração ou que está em fim de cumprimento de pena, evite o recolhimento à prisão e/ou cumpra a sua pena ou parte dela como prisão domiciliar.”

<sup>94</sup> Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 15) vislumbra a múltipla utilidade do controle eletrônico, informando que “a utilização de braceletes ou tornozeleira eletrônicas tem sido utilizada para evitar o encarceramento do indivíduo que espera julgamento, do condenado a uma pena curta de prisão, ou, ainda, daquele que esteja prestes a cumprir a totalidade da pena privativa de liberdade. Em alguns casos, também para menores e para os chamados multirreincidentes.”

Adriano Japiassú (2008), essa última proposta foi difundida nos países europeus, assim como na Argentina e nos Estados Unidos da América.

A natureza complementar/fiscalizatória é manifesta, de igual forma, quando da aplicação de penas restritivas de direito que estabelecem limitação de horários ou de frequência a determinados lugares, além de outras medidas de descarcerização que representam benefícios anteriores (*front-door*) ou posteriores (*back-door*) ao início da execução penal, como a suspensão condicional da pena, o livramento condicional e a saída temporária, respectivamente (VIANNA, 2012).

No regime aberto, bem como nas hipóteses de livramento condicional, dentre outros benefícios executórios, verifica-se uma falha sistêmica em relação à fiscalização. Muitos condenados apresentam os requisitos para a obtenção da progressão de regime, quando não iniciado no aberto, e demais benefícios ora citados, mas o Estado não possui estruturas e mecanismos capazes de operacionalizar os dispositivos legais que regulamentam o controle de tais institutos. Destarte, o monitoramento seria um instrumento à efetivação da fiscalização prevista em lei para tais situações<sup>95</sup>.

Para além de ser um simples mecanismo complementar de controle, o monitoramento eletrônico pode servir à ampliação das hipóteses de prisão domiciliar, no regime aberto, afastando, em diversas situações, a necessidade de manutenção de albergues. Nessa ordem, leciona Túlio Vianna (2012) que a utilização do rastreamento eletrônico serviria como garantia de que o apenado não se afastaria de sua residência no período de efetivação da medida restritiva<sup>96</sup>. Dessa forma, a utilização do controle eletrônico seria percebida como uma última etapa na progressão de regimes, quando, então, seria utilizado como instrumento de fiscalização apto a substituir a prisão-albergue.

---

<sup>95</sup> De acordo com as lições de Neemias Prudente (2012, p. 147), as hipóteses apresentadas estão situadas nas fases de pós-julgamento e pós-prisão. Na primeira, “o ME [monitoramento eletrônico] pode ser usado como uma opção preliminar de sentença para reforçar determinadas limitações na liberdade de um criminoso (v.g. nos casos de prisão domiciliar, geralmente o ME é usado para manter o criminoso confinado em sua casa durante as horas do toque de recolher; ou no caso em que o infrator deve se afastar de locais onde se consuma bebidas alcoólicas).” Na fase pós-prisão, o ME pode ser incorporado como “uma forma de transição da prisão para a comunidade. É dizer, quando o sujeito já tenha cumprido uma boa parte da sentença e existem prognósticos favoráveis para o cumprimento do restante da pena através do ME. O preso é transferido para a comunidade com a condição do uso do monitoramento eletrônico até o cumprimento total da pena.”

<sup>96</sup> Ao analisar, especificamente, essa hipótese, Stephen Shute (2008, p.76) vislumbra uma maior vantagem no sistema de controle eletrônico, em razão de possibilitar a manutenção dos “infratores no interior de suas residências em horários em que muitos infratores são mais inclinados à reincidência.”



O controle eletrônico possuirá uma natureza processual quando utilizado como medida cautelar, evitando-se, dessa forma, a prisão provisória<sup>97</sup>. Em atenção específica a tal hipótese, Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012) advertem que a utilização do monitoramento eletrônico pode ser considerada um risco quando inexistentes os requisitos que fundamentem uma prisão preventiva, em razão do nítido caráter expansionista do controle punitivo estatal. É nessa conjuntura que se possibilita duas naturezas distintas do controle eletrônico, servindo como medida substitutiva à prisão provisória ou, ainda, como medida cautelar autônoma<sup>98</sup>, com o objetivo de tutelar a tramitação da persecução criminal. Na abordagem do controle em sua perspectiva processual, Pierpaolo Cruz Bottini (2008, p. 175) salienta que

regulamentar o monitoramento como medida cautelar processual dispensa a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para sua aplicação, sem que isso macule o princípio da presunção de inocência. Isso porque, neste caso, o sistema de vigilância não teria a natureza de pena, mas de mecanismo assecuratório do andamento da persecução penal e da aplicação da pena. Não estaríamos diante do monitoramento-sanção, mas do monitoramento processual.

Importa destacar que o controle eletrônico enquanto instrumento assecuratório processual apenas pode ser adotado quando a provável resposta estatal à prática do ilícito revelar gravidade idêntica ou maior àquela apresentada pela medida cautelar. Vale dizer, o princípio da proporcionalidade impede a utilização do monitoramento eletrônico de conduta em sua perspectiva processual quando a sanção em abstrato para o crime for uma pena de multa ou uma pena

---

<sup>97</sup> Nesse aspecto, afirma Neemias Prudente (2012, p. 147) que, ao ser utilizado na fase de “pré-julgamento ou libertação antecipada – o ME pode ser uma alternativa a prisão provisória, ou seja, condição para liberar o acusado sem a necessidade de caução em dinheiro. Isso permite que os criminosos com recursos financeiros limitados retornem às suas casas para aguardar o julgamento, bem como para garantir que o réu apareça para o julgamento e não cometa novas infrações.”

<sup>98</sup> As duas hipóteses são apresentadas por Pierpaolo Cruz Bottini (2008, p. 176): “nos casos em que a prisão foi decretada por suspeita de fuga ou de não submissão aos efeitos da sentença, ou pela necessidade de evitar que o réu se dirija a local em que existem documentos e provas necessários à instrução, a substituição da prisão pelo monitoramento é perfeitamente cabível, com vantagens para o réu, para a administração penitenciária e sem prejuízos para o andamento da persecução. No que concerne à segunda hipótese, a medida de monitoramento seria mais uma medida assecuratória, que não substituiria a prisão, mas atuaria sobre aqueles cidadãos que, apesar de turbarem de alguma forma o andamento do processo, respondem em liberdade, por entender o Judiciário que a prisão seria medida desproporcionada ou descabida. Nestes casos, a vigilância não seria uma alternativa à prisão, mas uma medida cautelar a mais, prevista no Código de Processo Penal, para salvaguardar o andamento do feito.”

restritiva de direitos de ato único<sup>99</sup>.

O monitoramento eletrônico de conduta tem aplicação prática nas hipóteses de medidas protetivas, determinadas, em regra, por autoridade judiciária. Nesse aspecto, serviria como instrumento de controle do cumprimento da restrição, notadamente em relação àquelas de caráter territorial, como afastamento do lar e manutenção de distância do local de residência da vítima ou pessoa protegida pela medida<sup>100</sup>. Nessa perspectiva, resta evidenciada sua natureza complementar/fiscalizatória, com manifesto objetivo assecuratório ou cautelar.

O controle eletrônico poderá ser utilizado, ainda, como resposta final ao cometimento de uma infração penal. Nessa situação, sua aplicação será percebida de forma autônoma, cumulativa a outra sanção ou mesmo com um caráter alternativo ou substitutivo. Na primeira hipótese, o monitoramento passa a ser previsto no preceito secundário do tipo penal, como medida sancionatória, sem qualquer vinculação a outra pena. Quando aplicada de forma cumulativa, retoma-se o seu caráter complementar/fiscalizatório, na medida em que servirá como instrumento apto à implementação do controle da execução da medida penal imposta ao condenado, sendo, por tal razão, conhecido como medida assecuratória da sanção penal. A aplicação cumulativa possui notável observação nos casos de penas que restringem direitos relacionados a horários de recolhimento em residência ou outras medidas que restringem a locomoção do indivíduo em determinados locais<sup>101</sup>. Por fim, o sistema de controle eletrônico poderá integrar o rol das penas

---

<sup>99</sup> Nesse entendimento, alerta Pierpaolo Cruz Bottini (2008, p. 176) que, “independentemente da natureza do monitoramento, é importante destacar que, em nome da proporcionalidade, e da regra hermenêutica que dispõe que os meios não podem ser mais gravosos que os fins, a utilização do monitoramento cautelar para processos em que o réu, se condenado, evidentemente não sofrerá sanção mais grave que a pena de prisão ou de monitoramento cumulada com outras, não se faz legítima. A medida cautelar não pode ser mais grave que a potencial pena em abstrato, aplicável a processado. desta forma, se o réu é acusado de delito sobre o qual recairá pena de multa ou apenas pena restritiva de direitos de ato único, sem a possibilidade, nem potencial ou abstrata de imposição da pena de prisão ou de monitoramento, não se faz coerente nem razoável a imposição do acompanhamento eletrônico cautelar, seja substituto da prisão, seja autônomo.”

<sup>100</sup> Sobre a hipótese de utilização em comento, afirma Faustino Gudín Rodríguez-Magariños (2007) que é possível o uso do monitoramento no âmbito da violência doméstica, quando o agressor passaria a portar um dispositivo de controle eletrônico para alertar a sua proximidade em relação à vítima ou mesmo em locais proibidos pelo magistrado.

<sup>101</sup> No mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini (2008, p. 174) ressalta que “a utilização do monitoramento-sanção cumulado com as penas restritivas de direito seria possível apenas em relação àquelas em que se faz necessário o acompanhamento dos movimentos do condenado, como a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos, em alguns casos, ou a limitação de final de semana. No que concerne à prestação pecuniária e à perda de bens e valores, o monitoramento não seria adequado, pois tais penas não exigem o controle dos movimentos do condenado.”

restritivas de direitos, comumente denominadas como respostas alternativas à pena privativa de liberdade<sup>102</sup>. As hipóteses ventiladas revelam a natureza sancionatória do monitoramento eletrônico, com aplicação apenas depois do trânsito em julgado uma sentença penal condenatória.

As propostas de utilização do monitoramento eletrônico não se resumem às esferas processual e sancionatória em sentido estrito, ou seja, à aplicação de uma pena. De acordo com as lições de Túlio Vianna (2012), sua adoção é possível, ainda, como alternativa à medida socioeducativa de semiliberdade direcionada ao adolescente que praticou um ato infracional, ou mesmo como instrumento de ampliação das possibilidades do tratamento ambulatorial, em se tratando de inimputáveis ou semi-imputáveis por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

A partir das situações elencadas, depreende-se que as hipóteses de utilização do controle eletrônico alcançam uma amplitude considerável, na medida em que se desponta como instrumento fiscalizatório complementar ou cautelar, substitutivo penal às sanções privativas de liberdade e, ainda, como resposta estatal autônoma ao crime e ao ato infracional.

### **5.3 Experiências internacionais do monitoramento eletrônico de conduta: uma análise global do controle**

A utilização da tecnologia de monitoramento eletrônico foi verificada em diversos países, como Estados Unidos da América, Canadá, Argentina, França, Itália, Alemanha, Suécia, Espanha, Bélgica, Escócia, Áustria, Holanda, Portugal, Reino Unido, Andorra, África do Sul, Nova Zelândia, Austrália, dentre outros. É coerente ressaltar que a experiência estadunidense foi pioneira<sup>103</sup> no controle

---

<sup>102</sup> Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 21) afirma que “o monitoramento poderia ser aplicado tanto como medida sentencial quanto medida de libertação ao fim de um período de encarceramento, servindo para a substituição da execução de uma parte das penas privativas de liberdade.”

<sup>103</sup> Leciona Lisa Rousso (2008, p. 125) que “em comparação com muitos outros países, os Estados Unidos possuem uma longa experiência no uso de programas de monitoramento eletrônico como uma alternativa ao encarceramento de prisioneiros [...]. Com o advento de tecnologias mais avançadas de monitoramento eletrônico, incluindo o Sistema de Posicionamento Global (o *Global Positioning System*, ou GPS), muitos estados passaram a utilizar programas de monitoramento para

eletrônico, quando, ainda em 1983, o juiz Jack Love, de Albuquerque, Novo México, utilizou um mecanismo para supervisão de cinco infratores, apenas como fase experimental. Posteriormente, em Palm Beach, na Flórida, foi desenvolvido um programa de prisão domiciliar de curto período associado ao monitoramento, como medida alternativa à pena privativa de liberdade pela prática de infrações de menor potencial ofensivo. Em 1985, a tecnologia foi difundida para outros vinte e um estados norte-americanos, alcançando a marca de trinta estados no ano seguinte. Nos primeiros anos, novecentos indivíduos foram supervisionados pelo meio eletrônico. No ano de 1998, já se contabilizavam noventa e cinco mil dispositivos em uso, revelando um crescimento significativo da implementação do monitoramento (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2007).

Nos Estados Unidos, o controle eletrônico foi utilizado em todas as fases processuais, mesmo na execução penal<sup>104</sup>, com maior aplicação nos casos de usuários de drogas, reincidentes, infratores de trânsito e de criminalidade juvenil (JAPIASSÚ, 2008). O aumento das hipóteses de uso do monitoramento é justificado, de acordo com as lições de Vincenzo Rondinelli (2007), pela tentativa de reduzir a população carcerária e de controlar a violência nas unidades prisionais estadunidenses.

Atualmente, cerca de duzentas e cinquenta mil pessoas são monitoradas, por ano, em quarenta e seis estados norte-americanos. O equipamento mais comum é a tornozeleira, utilizada de forma discreta, a fim de evitar situações vexatórias. A tecnologia é aplicada de forma ampla, alcançando diversas infrações penais, como crimes de trânsito, crimes patrimoniais, violência doméstica e de gênero, dentre outras hipóteses, com atenção específica aos delitos com penas de curta duração. De forma distinta, na Flórida, há legislação que obriga à utilização contínua do

---

localizar infratores sexuais. Já em 1990, todas as jurisdições americanas usavam algum tipo de monitoramento eletrônico nas suas populações em situação de pré-julgamento, prisão ou liberdade condicional.”

<sup>104</sup> Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 18) leciona que o programa norte-americano “é associado à *probation* [alternativa ao cárcere que compreende vigilância, tratamento reeducador e supervisão. A instrução é realizada, reconhecendo-se a culpabilidade do infrator e suspendendo a prolação da sentença condenatória. O acusado é colocado sob vigilância, sem necessidade de encaminhamento à prisão, para cumprir as condições impostas.], à *parole* [modalidade de liberdade condicional que pode ser aplicada a sentenças indeterminadas ou com pena de prisão determinada, submetendo o infrator à vigilância e assistência. O condenado é liberado por bom comportamento antes que atinja o período completo de condenação estabelecido na sentença e, uma vez submetido à *parole*, deve cumprir as obrigações do regime, sempre sob supervisão.] e às prisões domiciliares, provisórias ou definitivas. Ademais, é medida aplicada aos menores e a delinquentes reincidentes, o s quais necessitam de atenção especiais.”

equipamento pelo condenado em razão da prática de crimes de ordem sexual, mesmo após o cumprimento integral de sua pena (LEAL, 2011). Em seu caráter descarcerizador, a utilização do controle eletrônico é seletiva, excluindo autores de crimes sexuais e violentos, de acordo com o perfil psicológico do apenado (CÉRÉ, 2006).

Ainda nos Estados Unidos, o *Logan Correctional Center*, uma prisão de regime fechado, de média segurança, próxima a Springfield, capital de Illinois, foi selecionado como parte de um programa oficial de monitoramento, em que, através de uma cogestão entre o Poder Judiciário e a iniciativa privada<sup>105</sup>, verificou-se sua viabilidade e eficácia. Os reclusos utilizam um bracelete individualizado e inviolável, servindo ao seu controle eletrônico durante as vinte e quatro horas do dia, desde o momento inicial da execução penal. O projeto foi desenvolvido com o objetivo precípua de identificar os apenados que se envolvem em práticas de atos contrários à disciplina e à ordem internas, além daqueles que tentam a evasão da unidade carcerária. Apenas em Illinois, mais de oitenta e sete mil pessoas foram controladas pelo monitoramento eletrônico desde 1989 (LEAL, 2011). Ao realizar uma abordagem crítica sobre a utilização do controle eletrônico de condutas, Lisa Rousso (2008, p. 131) revela que

a experiência dos Estados Unidos com o uso de monitoramento eletrônico tem sido positiva. O programa oferece aos infratores mais flexibilidade para servir suas sentenças, o que aumenta a sua capacidade de retornar à sociedade após o período de encarceramento. Porém cuidados devem ser tomados para garantir que o governo não viole direitos limitados dos infratores à privacidade durante o monitoramento. O programa voluntário, conforme administrado em Illinois, oferece várias garantias tanto para o direito dos infratores à privacidade quanto para os direitos à privacidade das outras pessoas que moram na residência do infrator durante o programa de monitoramento. O sistema de monitoramento de infratores sexuais opera apenas enquanto o infrator está sujeito ao período obrigatório de supervisão pós-soltura. Embora essas garantias ajudem na proteção dos direitos à privacidade, atenção especial deve ser dada regularmente no sentido de garantir o bom funcionamento do programa de monitoramento eletrônico que proteja tanto o público quanto os direitos dos participantes do programa.

No contexto territorial norte-americano, merece destaque, igualmente, o

---

<sup>105</sup> A tecnologia utilizada no *Logan Correctional Center* foi desenvolvida pela empresa *Technology Systems International*, com sede no Arizona (LEAL, 2011).

Canadá, país que adota o controle eletrônico de conduta desde 1987, em diversas modalidades: sanção alternativa à privação da liberdade, medida intermédia entre a prisão e a restrição de direitos e, ainda, como controle suplementar à execução de uma pena principal (VACHERET; GENDROU, 2008).

A postura inicial do monitoramento eletrônico canadense foi restritiva, com aplicação apenas aos casos de condenações com limite máximo de noventa dias ou de infrações relacionadas ao excesso de velocidade no trânsito. De acordo com as lições de César Barros Leal (2011), atualmente, as hipóteses de utilização do controle eletrônico no Canadá foram ampliadas, alcançando situações de embriaguez na direção de veículos, ou mesmo de condução de veículos sem a devida habilitação, nos casos de suspensão condicional da pena, livramento condicional, saída temporária, limitação de fim de semana, condenados anciãos ou gestantes.

O sistema federal canadense não prevê a utilização do monitoramento eletrônico, sendo aplicado, portanto, de acordo com a legislação provincial<sup>106</sup>. A Colúmbia Britânica inaugurou a experiência canadense em 1987, com a utilização da medida destinada a garantir as restrições impostas nos casos de suspensão condicional da pena, como a detenção domiciliar ou o toque de recolher. Com um sistema similar, a província de Ontário começou a utilizar o monitoramento eletrônico, como projeto piloto, entre os anos de 1989 e 1990. Após um período sem aplicação, a tecnologia de controle foi retomada em 1996, em razão do fechamento dos vinte e cinco Centros Residenciais Comunitários ou casas de transição, estabelecimentos destinados àqueles que estavam em período de prova do livramento condicional<sup>107</sup>. A medida eletrônica foi empregada, ainda, nos casos de saída temporária e, ainda, como instrumento apto a substituir o encarceramento de forma paulatina. Em Saskatchewan, os programas de monitoramento eletrônico

---

<sup>106</sup> Consoante lições de Marion Vacheret e Josiane Gendrou (2008, p. 112), “o Canadá é composto de 10 províncias e de 3 territórios. As províncias são, dentro de seus limites, responsáveis pela maior parte dos programas sociais do Canadá, como a administração da saúde ou a educação. Cada província ou território dispõe da sua própria estrutura administrativa e legislativa para a administração da justiça e a gestão de penas não privativas de liberdade, da detenção das pessoas ainda não condenadas às penas de encarceramento inferiores a dois anos. Cada província tem assim a possibilidade de utilizar diversos recursos, métodos e instrumentos para a administração das penas, dentre eles, em algumas circunstâncias, o monitoramento eletrônico.”

<sup>107</sup> Afirmam Vacheret e Gendrou (2008) que, desde 2003, o monitoramento “é aplicável nos casos de condenações a uma pena privativa de liberdade com possibilidade de condicional (com toque de recolher ou com prisão domiciliar); de livramento condicional, ou de limitações de fim de semana, que permitem a ausência temporária.”

foram iniciados em 1990, mas sua implantação ocorreu apenas no ano de 1996. Nessa província canadense, o controle eletrônico é utilizado como substituto da prisão provisória e, ainda, nos casos de suspensão condicional da pena privativa de liberdade. No ano de 1994, a província de Terra Nova e Labrador iniciou o seu programa de monitoramento, associando-o ao livramento condicional com toque de recolher e participação de programas correcionais, à suspensão condicional da pena e à prisão domiciliar, com o objetivo principal de ampliar o controle dos infratores com penas menores ou próximas ao término. A última província canadense a implementar um programa de controle eletrônico foi a de Alberta, na cidade de Edmonton, entre os anos de 2005 e 2007. As hipóteses de utilização alcançaram as situações de limitações de fim de semana, suspensão condicional da pena, prisão domiciliar, além de detenções em instituições de segurança mínima, com desenvolvimento de trabalho externo. Em todas as províncias que utilizam o sistema de monitoramento eletrônico, a tecnologia comumente utilizada é o *Radio Frequency System*, com um bracelete inviolável carregado pelo infrator que envia sinais de rádio a um receptor conectado a uma linha telefônica do domicílio ou outro local informado pelo usuário (VACHERET; GENDROU, 2008).

Em pesquisas específicas, César Barros Leal (2011) anota que o México foi o último país da América do Norte a adotar o sistema de monitoramento eletrônico de conduta. Ainda de forma incipiente, a tecnologia foi utilizada como instrumento de controle de internos que estão na fase final da execução de sua pena, aplicando-se aos pré-liberados e aos presos de baixa periculosidade. A medida foi adotada como uma das formas de amenizar a problema da superlotação carcerário. No ano de 2003, o Estado de Chihuahua implantou o Programa de Vigilância Eletrônica, sendo considerado, por essa razão, como exemplo para os demais estados, de acordo com a Recomendação 11, de 25 de janeiro de 2006, da Comissão Nacional dos Direitos Humanos<sup>108</sup>, que dispõe sobre a concessão de benefícios de liberdade antecipada aos internos nos centros de reclusão da República Mexicana:

En el estado de Chihuahua se ha implementado un programa de monitoreo electrónico a distancia mediante un dispositivo transmisor que permite la ubicación continua del reo, en virtud del cual, a juicio de la autoridad ejecutora, los internos sentenciados por delitos del

---

<sup>108</sup> A Recomendação 11, de 25 de janeiro de 2006, está disponível no site oficial da Comissão Nacional dos Direitos Humanos (CNDH).

fueo común, con excepción de quienes cometan ilícitos considerados graves por la legislación penal de esa entidad federativa, podrán gozar de una libertad vigilada cuando, entre otros requisitos, hayan cumplido una cuarta parte de la pena de prisión impuesta, observado los reglamentos del establecimiento y demuestren “su readaptación social” o hayan sufrido “consecuencias graves en su persona”, o cuando por su senilidad o precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena. Sin embargo, lamentablemente éste y otros casos de métodos alternativos de prisión no son utilizados con la frecuencia debida.

O controle eletrônico foi adotado, ainda, no Distrito Federal do México, a partir do ano de 2006, com a vigência do Regulamento que dispõe sobre o benefício de reclusão domiciliar mediante o programa de monitoramento eletrônico à distância. Pilar Otero González (2008) anota que o sistema de controle apenas pode ser aplicado nos casos de delinquência primária, com penas de sete a dez anos e, ainda, quando faltar, ao menos, dois anos para alcançar metade do seu total. O programa, portanto, não alcança condenados pela prática de crimes graves e de foro federal<sup>109</sup>.

Outros dois estados mexicanos adotaram o sistema de controle eletrônico. No Estado do México, foi desenvolvido um programa com tecnologia israelita, com duração de um ano de monitoramento, alcançando apenas os condenados que possuíssem condições de custear o dispositivo eletrônico, além de possuírem linha telefônica convencional fixa e ativa no domicílio e com cobertura de telefonia celular. Não poderiam ser beneficiados pelo programa aqueles que estivessem sujeitos a processo pendente por outro motivo e, ainda, com penas a cumprir. No Estado de Veracruz, foi desenvolvido o projeto Liberdade Viglada para Adolescentes Infratores – Livad – com o objetivo de controlar o cumprimento de medida sancionadora diversa da privação de liberdade imposta a adolescentes infratores<sup>110</sup>. O sistema é

---

<sup>109</sup> César Barros Leal (2011, p. 111) informa que “no período 2006-2009, foram beneficiados 218 ofensores, havendo sido adquiridos 100 braceletes (*algemas eletrônicas*), para uso no tornozelo.”

<sup>110</sup> De acordo com as lições de César Barros Leal (2011, p. 115/116), “com o GPS se garante um monitoramento sem interrupções e uma resposta imediata em casos de emergência. Quando o adolescente sai de sua casa sem autorização, é-lhe enviada uma mensagem (exemplo: *Você está fora de sua zona de inclusão e deve regressar a seu domicílio*), comunicando-se o fato às pessoas responsáveis por sua tutela. Caso não retorne ao domicílio se entrará em contato de imediato com a polícia mais próxima e informar-se-á o evento ao juiz de execução de medidas sancionadoras. São três unidades básicas, feitas com material resistente: o bracelete – cingindo o pulso ou o tornozelo, a critério do menor –, a unidade móvel de GPS (*Star Unit*) e a unidade GPS domiciliar (*Home Unit*). O bracelete mostra sensibilidade aos movimentos e não pode ser retirado facilmente. A unidade móvel de GPS (*Star Unit*) envia informações através do satélite e pode receber mensagens textuais



utilizado nos casos de prisão domiciliar, servindo, ainda, como forma de controle de frequência a um centro especializado, de proibição de frequentar determinados locais e conduzir veículo automotor, e de prestação de serviços à comunidade (LEAL, 2011).

Na América Central, dois países adotaram programas de monitoramento eletrônico de condutas. César Barros Leal (2011) leciona que, no Panamá, um projeto foi aprovado em 2005, todavia, em razão da escassez de recursos, foi interrompido, sendo retomado no ano de 2007. Nessa região, o sistema de controle eletrônico alcançou sentenciados por crimes de menor potencial ofensivo, sem risco à sociedade, além de ser implantado com a natureza de medida cautelar diversa da detenção preventiva, como prisão domiciliar, reclusão em centro de saúde e licença laboral e escolar estabelecida em lei. Os objetivos precípuos do programa panamense foram a diminuição da população carcerária, a promoção da reabilitação dos usuários e a eficiência da aplicação das medidas cautelares<sup>111</sup>. Seguindo a experiência do Panamá, A República Dominicana iniciou, em 2008, um programa experimental com duração de três meses e, atualmente, a direção do programa é de responsabilidade da Comissão Nacional de Execução da Reforma Processual Penal e da Procuradoria Geral da República (LEAL, 2011).

A experiência do tecnovigilância foi verificada, igualmente, em países da América do Sul, como Argentina, Chile, Brasil e Colômbia. Em razão das peculiaridades do programa nacional de monitoramento eletrônico, o histórico e as características da tecnologia no Brasil serão abordados em ocasião específica,

---

(advertências e/ou informações). A unidade GPS domiciliar, por sua vez, amplia o sinal satelital do bracelete a uma distância de cerca de cinquenta metros ao redor de sua casa.” (destaques no original)

<sup>111</sup> A Resolução n.º 3, de 7 de janeiro de 2009, da Procuradoria Geral da Nação – Ministério Público – República do Panamá, dispõe sobre a ampliação do Plano Piloto sobre a implementação do sistema de localização telemática através de bracelete eletrônico de monitoramento para garantir o cumprimento de medidas cautelares. Ao considerar que “*este sistema de vigilancia electrónica es una alternativa de desprisonalización y garantiza el cumplimiento de medidas cautelares aplicadas por los Agentes de Instrucción, permitiendo al sindicado permanecer en su ámbito socio – familiar y laboral circunstancia que favorece la indemnización de las víctimas del delito, con plena garantía de los derechos humanos*”, a Procuradoria Geral da Nação resolveu “*Elegir para hacer más eficiente la aplicación de medidas cautelares con la utilización del brazalete electrónico de monitoreo a: 1. El sindicado primario; que desee participar voluntariamente en el programa y sea consciente de las obligaciones que ello implica. 2. El enfermo cuyo estado de salud no pueda ser atendido bajo indicaciones médicas en el centro penitenciario. 3. La mujer embarazada y madre con niños dentro de los primeros seis (6) meses de edad, con excepción de aquella que represente peligrosidad contra el niño o el lactante. 4. El privado de libertad que se le ordene casa por cárcel y que no sea potencialmente peligroso. 5. El sindicado por delito susceptible de fianza de excarcelación, notificando a la víctima de la decisión que se adopte. 6. El sindicado con permiso laboral. 7. El sindicado con permiso escolar.*”

mesmo em razão da ampla influência do modelo argentino, considerado como pioneiro no continente.

A Argentina iniciou sua experiência com o monitoramento eletrônico no ano de 1997, apenas na província de Buenos Aires, com a contratação de um programa de controle de prisão domiciliar pelo governo local. No ano seguinte, o novo Código Processual Penal da Província de Buenos Aires – Lei 11.922/1998 – apresentou, em seu artigo 159, o controle eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva, quando não houvesse necessidade de evitar a fuga ou a ocultação de provas por meio mais gravoso. Nesse caso, seriam impostos limites territoriais<sup>112</sup>, com notificação ao monitorado sobre a interrupção da alternativa no caso de seu descumprimento. Havendo condenação ao final do processo, o período de vigiância é detraído da pena a ser cumprida. O mesmo instrumento normativo introduziu, em seu artigo 163, o monitoramento eletrônico como mecanismo suplementar à prisão domiciliar, diminuindo as medidas de coerção, o que possibilitou a ampliação das hipóteses de prisão domiciliar, bem como de medidas de encarceramento com permissão para saídas de trabalho ou para reforço de vínculos familiares e, ainda, para ingresso em instituição terapêutica ou educacional (GARIBALDI, 2008).

A ampliação do controle eletrônico de condutas é notória na Argentina. César Barros Leal (2011) observa que os sistemas ativo e passivo são utilizados na fase final do cumprimento da pena, alcançando condenados pela prática de crimes de natureza patrimonial ou mesmo contra a pessoa, fraudes, porte de drogas, condução de veículos automotores após ingestão de álcool, além de delitos contra a administração e segurança públicas.

No Chile, o controle eletrônico de conduta ainda é embrionário, com previsão, no ano de 2005, do Projeto de Lei 3846, que apresentou o monitoramento como mecanismo suplementar nos casos de prisão domiciliar preventiva, ressalvada as hipóteses de crimes de sangue. A tecnologia seria desenvolvida por um

---

<sup>112</sup> Ao investigar a aplicação do monitoramento em Buenos Aires, Gustavo E.L. Garibaldi (2008, p. 137) anotou que aquela província argentina “empregou equipamentos que monitoram a presença em determinado endereço do sujeito incorporado ao programa. O sistema se encontra ligado a telefones de rede fixa. Possibilita detectar o afastamento do prisioneiro em regime domiciliar por meio de um sinal no monitor de controle enviado por uma tornozeleira colocada no controlado. As possibilidades para afastamento do telefone se adaptam de acordo com as dimensões da residência em questão, de maneira que aquele que tem maior dimensão habilita um raio de movimento maior. O monitorado tem, por sua vez, a possibilidade de comunicar-se por telefone com o agente de controle, para avisar sobre qualquer contingência particular que obrigue um afastamento não autorizado. De fato, tais contatos são frequentes e resolvidos em função da urgência da situação, de acordo com os critérios de bom senso.”

microprocessador de identificação pessoal localizável através do *Global Positioning System* (GPS), custeado pelo próprio processado. O *brazetele electrónico* foi apresentado como instrumento de execução da detenção domiciliar, havendo uma ampla discussão no parlamento chileno<sup>113</sup> (GOYENA, 2005).

A Colômbia iniciou sua experiência com o monitoramento eletrônico no ano de 2005, como medida alternativa à pena privativa de liberdade prevista no Decreto 2.636, de 19 de agosto. Julio César Espinoza Goyena (2005) leciona que a tecnologia foi apresentada no novo Código de Processo Penal, como medida de coerção pessoal de vigência progressiva. Em razão do alto custo da medida, quando o sentenciado não é capaz de assumir as despesas com a tecnologia, o Estado o fará, de acordo com sua capacidade orçamentária (LEAL, 2011). Em fevereiro de 2008, o Decreto 177 passou a estabelecer requisitos mínimos para a adoção da tecnovigilância. Dessa forma, o juiz da execução, antes de aplicar o monitoramento eletrônico, deverá observar o limite máximo de oito anos da pena de prisão. O programa terá utilização vedada nos casos de crimes de genocídio, contra o Direito Internacional Humanitário, extorsão e extorsão mediante sequestro, tortura, desaparecimento e deslocamento forçados, tráfico de migrantes, tráfico de pessoas, crimes contra a liberdade, a integridade e opções sexuais, associação qualificada para delinquir, lavagem de ativos, terrorismo e seu financiamento, administração de recursos referentes a atividades terroristas e delitos relacionados com o tráfico de estupefacientes (YEPES y GUSMÁN, 2010). De igual forma, a medida de vigilância eletrônica não pode ser direcionada a pessoas que foram condenadas por crimes dolosos ou preterintencional nos últimos cinco anos. O juiz da execução verificará, ainda, se o condenado possui desempenho pessoal, laboral, familiar ou social que permita observar a não colocação da sociedade em situação de risco e a sua disciplina, demonstrando que não se evadirá durante o cumprimento da medida. Do mesmo modo, o sentenciado deverá adimplir a pena de multa, reparar o dano no prazo fixado pelo magistrado e garantir, mediante caução, o cumprimento das

---

<sup>113</sup> Julio César Espinoza Goyena (2005, p. 3) informa que “*el 20 de abril de 2005 ingresó a trámite en el parlamento chileno el Proyecto de Ley 3846 resentado por el diputado Maximiano Errázuriz cuyo texto señala lo siguiente: ‘Artículo único.- Las personas sometidas a proceso por delitos que no sean de sangre, podrán permanecer en sus domicilios, en prisión preventiva hasta la condena, contando con un microprocesador de identificación personal localizable a través del Global Positioning System (GPS) de un satélite u otro sistema que permita u monitoreo electrónico. El costo será de cargo del procesado, el que podrá optar por permanecer en un centro de detención preventiva u otro establecimiento del Estado si no pudiere absolver el costo del equipo destinado a fiscalizar su ubicación en su domicilio’.*”

obrigações constantes num termo de compromisso<sup>114</sup>. Ainda na Colômbia, foi implantado o Centro de Monitoramento de Bogotá, como uma das propostas do Plano Estratégico 2009-2010 do Ministério do Interior e da Justiça, com a finalidade de amenizar o problema da superlotação carcerária (LEAL, 2011).

Na Oceania, a Nova Zelândia e a Austrália se destacaram na utilização do monitoramento eletrônico de condutas. No primeiro país, a tecnovigilância foi empregada nos casos de condenações com limite máximo de dois anos de privação de liberdade, nos três últimos meses de sua pena, como espécie de liberdade condicional vigiada eletronicamente (*idem*, 2011). A experiência australiana, ao seu turno, foi verificada a partir de legislações específicas em duas jurisdições, quais sejam, *Northen Territory's Sentencing Act 1995* e *Western Australia's Sentence Administration Act 1995*. Nos anos seguintes, apesar de não prevista expressamente, a tecnologia foi expandida para outras localidades, com o *Crimes (Sentencing Procedure) Act 1999*, e, de igual forma, o *Tasmanian Sentencing Act 1997*, o *New South Wales Crimes (Administration of Sentences) Act 1999*, o *Queensland Corrective Services Act 2000* e, mais recentemente, com o *Rehabilitation of Offenders (Interim) Act 2001* (SMITH, 2003).

No ano de 2004, foi iniciado um programa de controle eletrônico como pena substitutiva à prisão de liberdade, com limite máximo de doze meses. O monitoramento foi utilizado, ainda, como medida suplementar à prisão domiciliar, sendo vedada sua aplicação nos casos de tráfico de drogas e crimes perpetrados com emprego de violência e de armas (LEAL, 2011). Lecionam Matt Black e Russel G. Smith (2003) que vigilância por meio eletrônico pode ser utilizado em diversas situações, seja no momento antecedente à sentença, como medida cautelar, nas hipóteses complementares às medidas restritivas de direitos ou, ainda, na fase final da pena privativa de liberdade.

Na Europa, o monitoramento eletrônico de condutas foi implantado, inicialmente, com uma fase experimental. Os Estados pioneiros foram a Inglaterra e

---

<sup>114</sup> De acordo com as lições de César Barros Leal (2011, p. 106), constarão do termo “todas as obrigações a cumprir no final da pena imposta mediante sentença judicial ou da providência que impôs a detenção preventiva, e aqueles compromissos inerentes à modalidade do mecanismo de vigilância eletrônica que se lhe vai aplicar, nos quais se consignarão deveres de adequada utilização e custódia do mecanismo de segurança eletrônica, advertindo-se que a destruição por qualquer meio do mecanismo de segurança, além das sanções penais a que dê lugar, constitui um descumprimento dos deveres do condenado ou acusado e será motivo de revogação do benefício concedido. O descumprimento de ditas obrigações implicará a revogação da medida.”

o País de Gales que, em 1989, iniciaram os seus programas de tecnovigilância. Todavia, apenas no ano de 1991, com o *Criminal Justice Act*, o sistema passou a ter previsão legal em ambos os países. A finalidade inicial era evitar o aumento da população carcerária, aplicando-se a vigilância eletrônica de forma isolada ou cumulativa à uma pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade. Em 1997, o *Crime Sentences Act* foi responsável pela ampliação do sistema de monitoramento (REIS, 2004). Após dois anos, o programa de *Home Detention Curfew* foi criado, com uma perspectiva *back-door*, funcionando como mecanismo de transição dos condenados à pena privativa de liberdade à comunidade, com a liberação do cárcere dois meses antes do término do cumprimento da pena, mediante utilização do controle eletrônico (JAPIASSÚ, 2008), alcançando dezesseis mil presidiários, o que represou um dos maiores planos de monitoramento já implantados no mundo (DODGSON, 2007).

A ampliação do programa de monitoramento inglês foi percebida ainda no ano de 1999, quando se possibilitou sua utilização nos casos de reincidentes em crimes sexuais e de criminalidade juvenil, vale dizer, a situações de atos infracionais praticados por menores a partir de doze anos de idade, conforme preleciona Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008). Nos anos seguintes, vários testes com a tecnovigilância foram realizados, com destaque às áreas de *Greater Manchester*, *Hampshire* e *West Midlands*, quando se observou a utilização do sistema<sup>115</sup> para o controle de condenados por crimes violentos, sexuais, domésticos e mutirreincidentes. Nas palavras de Stephen Shute (2008, p. 66), “os objetivos eram: ganhar experiência prática na tecnologia de rastreamento; aprender como implementar e direcionar o rastreamento de modo eficaz; e introduzir uma nova pena”<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 20) informa que “uma tornozeleira eletrônica e um dispositivo portátil que recebia os sinais de *Global Positioning System* (GPS) foram utilizados. O monitoramento era feito baseado em informações sobre a presença do condenado em zonas de exclusão monitoradas eletronicamente ou acerca de sua movimentação em qualquer localidade, sendo que, em alguns casos, tais informações eram fornecidas conjuntamente. A forma mais barata de monitoramento via satélite podia ser utilizada com ou sem a definição de uma zona de exclusão, consistindo na transmissão, uma ou mais vezes durante o dia, de dados armazenados na memória do dispositivo atrelado ao condenado para a empresa de monitoramento. O outro tipo experimentado apresentava a diferença, em relação ao primeiro, de que permitia transmitir, em tempo real, um alerta para o centro de vigilância em caso de qualquer violação, podendo ser usado apenas com a definição de uma zona de exclusão.”

<sup>116</sup> Stephen Shute (2008, p. 66), professor de Direito Penal e Justiça Penal na Faculdade de Direito de Birmingham, observou que “o rastreamento via satélite representa uma nova geração de monitoramento eletrônico que utiliza tecnologia de satélites (e, em alguns casos, tecnologia de

Em agosto de 1994, foi aprovado o programa de monitoramento eletrônico na Suécia<sup>117</sup>, apresentando-se, inicialmente, na vertente *front-door*, nos casos de substituição de pena privativa de liberdade de até três meses, notadamente, a autores de crimes de trânsito. Após três anos, a tecnologia foi estendida a todo o país e, no ano de 2001, passou a ser utilizada em situações de infrações relativas à evasão fiscal, fraude e tráfico de drogas, quando, então, os condenados passavam a ser vigiados por um período máximo de quatro meses. A vigilância eletrônica foi aplicada em conjunto com outras medidas restritivas, a exemplo do que ocorria nas situações de condenação por crimes relacionados ao uso de drogas ou direção sob influência de álcool, com a imposição de participação em cursos de orientação e de abstinência durante a execução do programa (LEAL, 2011). Em estudo comparado do sistema de tecnovigilância sueco, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 21) observa que

desde 1994, 17.000 penas privativas de liberdade foram substituídas pela supervisão eletrônica, sendo que 10 unidades prisionais com capacidade para 400 internos foram fechadas no país. Ainda, a partir de 2001, começou-se a permitir que condenados a penas maiores de dois anos por tráfico de drogas, fraudes e sonegação fiscal pudessem ter os quatro meses restantes de encarceramento substituídos pelo monitoramento eletrônico.

A Espanha iniciou seu programa de monitoramento no ano de 1996, aplicando-o nos casos de condenados a cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto, substituindo, dessa forma, a permanência ou o período de cárcere noturno. Em Madrid, foi criado um projeto de tecnovigilância para indivíduos que cometeram delitos sem alarme social e que possuíam bom comportamento na unidade prisional. Posteriormente, a tecnologia de controle passou a ser utilizada de forma associada à pena privativa de liberdade leve, cumprida na própria casa ou lugar determinada na sentença condenatória (LEAL, 2011). Ressalta Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008) que há um destaque da utilização da vigilância eletrônica com o objetivo de fiscalizar o cumprimento de medidas protetivas aplicadas ao

---

telefonia celular) para monitorar a localização de presos. O projeto foi conduzido, de setembro de 2004 a junho de 2006, em três áreas da Inglaterra: Grande Manchester, Hampshire e West Midlands.”

<sup>117</sup> Conforme informação apresentada por César Barros Leal (2011, p. 95/96), o programa sueco é “público e requer que os participantes sejam voluntários, tenham domicílio, luz elétrica e um telefone fixo – sem secretária eletrônica, fax, impressora, etcétera, com as faturas em dia, exigência similar para a luz –, estudem ou exerçam um trabalho e em geral assumam parcialmente as despesas.”

agressor nas situações de violência doméstica, como a proibição de frequentar determinados lugares ou mesmo a determinação de manter distância ou contato com a vítima.

No direito francês, o monitoramento eletrônico – *surveillance électronique* – foi introduzido pela lei de 19 de dezembro de 1997, conforme anota Jean-Paul Céré (2008). As finalidades da tecnovigilância eram a redução da população prisional, a possibilidade de evitar os efeitos dessocializadores do cárcere e a individualização correta da sanção penal<sup>118</sup>. Inicialmente, o programa alcançou pessoas que não poderiam ser beneficiadas com a liberdade condicional, servindo, portanto, como medida suplementar. Nesse caso, sua aplicação estaria condicionada ao consentimento do sentenciado e à imposição de medidas restritivas, de acordo com as condições pessoais do indivíduo monitorado<sup>119</sup>. No ano de 2000, a medida foi ampliada aos casos de prisão provisória, sendo readequada pela lei de 9 de setembro de 2002, que passou a utilizá-la para o cumprimento de sanções penais curtas e, ainda, na fase final da execução de uma pena (FEVRIER, 2008). Após três anos, foi implantado o monitoramento eletrônico móvel, por meio da Lei n.º 2005-1.549, de 12 de dezembro de 2005, alcançando condenados com periculosidade acentuada, como medida de segurança, a partir da utilização de um bracelete que possibilita o acompanhamento do indivíduo por GPS, como leciona César Barros Leal (2011). Adverte Jean-Paul Céré (2008) que, de acordo com entendimento exarado pelo Conselho Constitucional francês, o monitoramento eletrônico móvel apenas pode ser aplicado na fase da execução penal, no âmbito de uma vigilância judicial ou mesmo de uma liberdade condicional<sup>120</sup>, respeitando-se o limite máximo

---

<sup>118</sup> Nesse aspecto, observa Jean-Paul Céré (2008, p. 92) que “o monitoramento eletrônico permite que um indivíduo que está sendo processado, que foi condenado a uma pena privativa da liberdade de curta duração ou que está em fim de cumprimento de pena, evite o recolhimento à prisão e/ou cumpra a sua pena ou parte dela como prisão domiciliar. Por isso, tem sido encarado como uma medida que evita, ao mesmo tempo, os efeitos dessocializantes do encarceramento e permite conservar (ou reencontrar) uma vida social e profissional. Também, é conveniente mencionar os objetivos do monitoramento eletrônico: lutar contra a superpopulação prisional, diminuir o custo de pessoas encarceradas e reduzir o risco de reincidência, favorecendo ao mesmo tempo a reintegração do indivíduo em questão.”

<sup>119</sup> Leciona César Barros Leal (2011, p. 94) que entre as medidas restritivas, podem ser citadas: “não usar armas, reparar o dano causado, participar de um programa formativo, não ingressar em determinados lugares nem tampouco se aproximar de certas pessoas.”

<sup>120</sup> Seguindo a construção jurídica do Conselho Constitucional, Jean-Paul Céré (2008, p. 93/94) distingue três situações em que o monitoramento eletrônico poderia ser imposto, observando-se a constatação antecipada de um estado de periculosidade do infrator: “no âmbito de um acompanhamento sócio-judicial que teria sido decidido pelo órgão jurisdicional que decretou a pena de prisão. Em segundo lugar, um delinquente pode ser colocado sob monitoramento eletrônico móvel

de dois anos e, em situações de delitos de menor gravidade, sua duração poderia alcançar o patamar dos seis anos.

A Itália, ao seu turno, passou a adotar o monitoramento eletrônico de condutas a partir do ano de 2001, com o uso do *braccialeto elettronico* como forma de fiscalização e controle da prisão domiciliar e como alternativa à prisão provisória e ao cumprimento de pena privativa de liberdade de curta duração, exigindo-se, para tanto, o consentimento dos alcançados pelo sistema (LEAL, 2011). Em Portugal a experiência com a tecnovigilância foi iniciada com utilização da medida como substituto à prisão processual. No ano 2003, foi iniciado um projeto com o objetivo de ampliar a vigilância eletrônica, passando a servir como alternativa às penas de prisão de curta duração (JAPIASSÚ, 2008). A finalidade do programa reside, ainda, de acordo com as lições de César Barros Leal (2011), em ampliar a fiscalização da Obrigação de Permanência na Habitação (OPH), sendo denominado de monitorização telemática posicional. O sistema é desenvolvido a partir da utilização de uma pulseira de identificação pessoal, que transmite sinais codificados a uma unidade de monitoração local instalada na casa e conectada com as Unidades Operacionais para a Vigilância Eletrônica<sup>121</sup>.

Na Alemanha, o programa de monitoramento foi desenvolvido como instrumento fiscalizatório na prisão domiciliar, substituto à prisão processual e, ainda, modalidade de sanção principal quando da aplicação da suspensão condicional da pena (RÍO; PARENTE, 2006). Em 1996, foi iniciada, na Bélgica, a experiência de prisão domiciliar supervisionada eletronicamente, como uma das medidas redução da população carcerária, numa espécie de liberdade vigiada aplicada pelo período de trinta a noventa dias antecedentes ao término da pena (LEAL, 2011). Após três anos, a tecnovigilância foi apresentada como instrumento de fiscalização e controle da presença do condenado em determinados lugares ou locais previamente estabelecidos e, ainda, como substituto à pena privativa de liberdade. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008) anota que a vigilância permanente por meio de

---

no âmbito de uma decisão de monitoramento judicial. Terceiro, o MEM pode ser incluído em um processo de aplicação de uma liberdade condicional.”

<sup>121</sup> Informa, ainda, César Barros Leal (2011, p. 91) que “o sistema permite saber se o vigiado se encontra ou não em casa, se está tentando danificar ou retirar o bracelete ou a UML [Unidade de Monitoração Local], se a bateria do transmissor está descarregada. Nesses casos o alarme é disparado e rapidamente entram em ação as unidades operacionais. Caso se comprove que houve intenção de danificar o equipamento, de produzir sabotagens, impedindo ou obstruindo a vigilância, o benefício será revogado.”



bracelete eletrônico era aplicada aos reincidentes, enquanto os primários estavam sujeitos a um sistema de controle aleatório de reconhecimento vocal por telefone. O sistema foi ampliado e, no ano de 2000, passou a ser adotado nas situações de penas privativas que possibilitavam a liberdade condicional ou não superiores a três anos (CÉRÉ, 2006).

Um projeto oficial de vigilância eletrônica foi iniciado no ano de 1995 nos Países Baixos e, no ano de 2000, o Ministério da Justiça holandês apresentou um programa que previa a imposição do monitoramento por sentença. Leciona César Barros Leal (2011) que a medida de controle é aplicada, especialmente, às condenações às penas curtas, vale dizer, com duração máxima de um ano, ou mesmo na fase final do cumprimento da sanção penal. A possibilidade de sua utilização foi verificada, ainda, na suspensão condicional da pena (RÍO; PARENTE, 2006). Experiência idêntica àquela desenvolvida no *Logan Correctional Center*, em Illinois foi desenvolvida no Centro de Detenção Lelystad, na Holanda, como instrumento de rastreamento intermuros, conforme anota Edmundo Oliveira (2007, p. 4-5):

Em cada cela, ocupada por seis infratores, há um microfone para emitir os sons que são repassados em tempo real para o Centro de Controle, onde está instalado um *software* que reconhece o nível de emoção da pessoa pelo ritmo e volume da fala. No caso de briga, por exemplo, o programa dispara um alarme de aviso aos inspetores. Ao lado da cama há uma tela sensível ao toque com a indicação da agenda diária do recluso: horário de alimentação, de trabalho, de recreação, de aulas (como prevenção do uso de drogas) e o momento de ingresso na cela. As câmaras de vigilância são limitadas aos espaços abertos, não incluindo camas e banheiros.

Embora o monitoramento eletrônico de conduta, seja em sua vertente *front-door* ou mesmo em sua aplicação *back-door*, constitua experiência recente no âmbito jurídico-penal, é possível constatar sua generalização em diversos países<sup>122</sup>, como se permitiu observar na construção teórica apresentada. A franca expansão da

---

<sup>122</sup> Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 24), ao citar as lições de Jean-Paul Céré (2006) salienta que “embora a utilização do monitoramento eletrônico no continente europeu ainda seja embrionária, diversos outros países estão começando a experimentar as suas diversas modalidades de aplicação, demonstrando que a tendência é de generalização não só na Europa, mas em diversos outros cantos do mundo. Com efeito, além de França, Bélgica, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, Escócia, Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, Holanda, Suíça, Suécia, Hungria, Andorra e Argentina, atestam a expansão do monitoramento eletrônico países como Austrália, Nova Zelândia, Israel, Singapura e África do Sul.”

tecnovigilância demonstra a real necessidade de respostas diferenciadas ao fenômeno da criminalidade, em razão do colapso verificado nos mecanismos tradicionais de controle. Dessa forma, vários programas alternativos foram experimentados no âmbito internacional, revelando uma abertura às tecnologias contemporâneas.

#### **5.4 O monitoramento eletrônico no Brasil: evolução histórica e perspectivas**

No ano de 2008, o Brasil passou a fazer parte dos países que adotavam o monitoramento eletrônico de condutas. O estado de São Paulo foi o primeiro a apresentar uma lei estadual que regulamentou a tecnovigilância. A Lei estadual 12.906, de 14 de abril de 2008, determinou que o Poder Executivo<sup>123</sup> implantasse e provesse a manutenção da vigilância eletrônica nos casos de determinação de prisão domiciliar, proibição de frequentar determinados locais, concessão de livramento condicional, autorização de saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, ou a prestação e trabalho externo, sujeitando sua aplicação à oitiva do Ministério Público e o consentimento do apenado.

A lei paulista apresentou a vigilância eletrônica como medida de controle por meio do uso da telemática e de mecanismos que permitissem observar, à distância, a presença ou ausência do monitorado em determinado local e por período de tempo fixado em determinação judicial, respeitando a dignidade da pessoa humana. De acordo com aquele instrumento normativo, a medida deveria alcançar as situações de condenação pela prática de crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, crimes decorrentes de ações praticadas por quadrilha, bando, organizações ou associações criminosas de qualquer espécie ou, ainda, pela prática de crimes hediondos<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> César Barros Leal (2011) informa que a vigilância eletrônica ficaria a cargo da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP).

<sup>124</sup> De acordo com a Lei 8072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), eram considerados hediondos à época da vigência da lei paulista os seguintes crimes: 1. Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado

Ao prever a aplicação do monitoramento eletrônico, a Lei paulista 12.906/2008 submeteu o condenado às condições fixadas na decisão judicial, impondo o dever de receber visitas periódicas do servidor responsável pela vigilância eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; abster-se de comportamento que de alguma forma comprometesse o funcionamento regular do equipamento utilizado para a vigilância; informar as possíveis falhas no aparelho durante a vigência da medida. Caso o apenado descumprisse um dos deveres, sem apresentar justo motivo, seria revogado o controle por tecnovigilância e, de forma consecutória, o livramento condicional, a saída temporária ou a prestação de trabalho externo, além de ser recolhido em estabelecimento pena comum<sup>125</sup>.

Ainda no ano de 2008, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul aprovou um projeto de lei que estabelecia o controle por vigilância eletrônica de condenados nos regimes semiaberto e aberto, em prisão domiciliar e de condenados ao cumprimento de pena restritiva de direitos que determinasse a proibição de frequentar determinados locais. A tecnologia utilizada foi desenvolvida por pulseiras ou tornozeleira com radiofrequência ou GPS, exigindo-se, para sua implementação, prévia autorização judicial, após oitiva do Ministério Público (LEAL, 2011). A Lei 13.044/2008 do estado rio-grandense determinou a utilização da vigilância eletrônica nos mesmos casos apresentados pela lei paulista e mesmo em situações em que a cautela exigisse a aplicação da medida, como salientam Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012).

No Nordeste do País, três estados foram pioneiros no ensaio com o monitoramento eletrônico de condutas, com destaque à Paraíba, onde se registrou a primeira experiência com a tecnovigilância no Brasil. Sob a supervisão do Instituto de Metrologia da Paraíba, cinco sentenciados ao cumprimento de pena em regime semiaberto participaram, de forma voluntária, do projeto desenvolvido pela Vara de Execuções Penais, na cidade de Guarabira, localizada a noventa e oito quilômetros de João Pessoa, capital daquele Estado. Foram utilizadas tornozeleira com

---

(art. 121, §2º, I, II, III, IV e V); 2. Latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*); 3. Extorsão qualificada pelo resultado morte (art. 158, §2º); 4. Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); 5. Estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); 6. atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); 7. Epidemia com resultado morte (art. 267, §1º); 8. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §1º, §1º-A e § 1º-B, com a r, dação dada pela Lei federal 9677, de 02.07.1998); Genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei federal 2889, de 01.10.1956, tentado ou consumado.

<sup>125</sup> Artigos 4º, 6º e 7º, da Lei 12.906, de 14 de abril de 2008 – Estado de São Paulo.

transmissores, com a tecnologia *satellite tracking* (GPS). No ano de 2008, o Estado de Alagoas iniciou seu programa de monitoramento para presos em regime semiaberto, administrado pela Intendência Geral do Sistema Penitenciário, alcançando três condenados e um agente prisional. O objetivo do projeto foi a diminuição dos custos com o sistema carcerário em mais de cinquenta por cento. Durante a execução do programa, foram utilizados braceletes de polipropileno, resistentes à água e ao calor, com detecção de rupturas e violações do lacre, e leves, fornecidos pela empresa Monitore Vigilância Eletrônica. Em Pernambuco, o monitoramento eletrônico foi utilizado para reclusos em regime semiaberto, sendo a medida restrita aos casos de crimes menores e condenados com bom comportamento. O projeto piloto foi desenvolvido na Penitenciária Agroindustrial São Joao, na Ilha de Itamaracá, abrangendo apenas cinco sentenciados (LEAL, 2011).

A Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso informou a utilização do sistema de controle eletrônico nas situações de saídas temporárias e em regime semiaberto, com a finalidade de minorar os custos com a execução penal e de tornar efetiva a vigilância do condenado (BARBANT, 2008). Em Minas Gerais, o um programa foi desenvolvido para alcançar os reclusos em regime aberto e semiaberto que não respondem a outros processos e que não possuem histórico de faltas graves no regime fechado. O objetivo do Governo, de igual forma, direcionou-se à redução dos custos com o sistema prisional, além de garantir maior eficiência à fiscalização. As regras para a implantação do sistema de controle foram anunciadas durante uma audiência pública, com posterior publicação do edital de licitação para aquisição de tornozeleiras eletrônicas (LEAL, 2011). Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012) anotam que, no ano de 2011, a Lei estadual n.º 19.478 alterou a Lei n.º 11.404, de 25 de janeiro de 1994, estabelecendo a competência da Comissão Técnica de Classificação para opinar sobre a utilização do monitoramento eletrônico de conduta como instrumento de fiscalização do cumprimento de medidas fixadas em decisão judicial na saída temporária no regime semiaberto, na prisão domiciliar e em casos em que se considerasse necessário o uso da medida de controle<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> De acordo com informações apresentadas por Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012), o monitoramento eletrônico passou a ser intensificado após a celebração do Termo de Cooperação e Normatização Conjunta entre a Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG).

O Estado de Goiás, igualmente, apresentou um projeto de monitoramento de sentenciados que estavam em regimes semiaberto e aberto, com a primeira experiência desenvolvida no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, utilizando-se, para tanto, braceletes e unidades portáteis GPS, após consentimento do condenado e aquiescência do Ministério Público e da autoridade judiciária competente<sup>127</sup>. César Barros Leal (2011) observa que a Superintendência do Sistema de Execução Penal da Secretaria de Segurança Pública do Estado informou que haveria uma redução dos custos com a manutenção de um preso em até cinquenta por cento.

No Estado do Espírito Santo, por sua vez, foi aprovada a Lei estadual n.º 9.217/2009, disciplinando, de forma suplementar, a execução penal, ao apresentar o monitoramento eletrônico como mecanismo de controle e fiscalização. Nessa unidade federativa, a Defensoria Pública Estadual ajuizou uma ação civil pública, com a finalidade de impugnar a validade do ato normativo, em razão da possível inconstitucionalidade em relação à competência legislativa<sup>128</sup> do Estado-membro para abordagem da matéria de direito penitenciário (OLIVEIRA; AZEVEDO, 2012). A discussão sobre essa matéria foi estendida para além da previsão legal do monitoramento na lei capixaba, de forma que Carlos Eduardo Rios Amaral (2009, p. 1) advertiu que os Estados-membros deveriam ser impedidos de “legislar sobre matéria geral de execução penal, ao arrepio da Constituição Federal de 1988,

---

<sup>127</sup> César Barros Leal (2011, p. 103/104), em referência específica ao programa goiano, informou que “o monitoramento em tempo real, nas 24 horas do dia, será feito por servidores públicos, treinados para esse fim, com computadores instalados na Secretaria e na Vara de Execuções Penais. Os braceletes, postos no pulso ou no tornozelo, não tóxicos nem inflamáveis, resistentes a choques e à prova d’água, serão alugados na fase inicial da implantação do programa. Um grupo de agentes garantirá o acompanhamento externo, pronto para atuar em casos de violação dos dispositivos, ingresso em áreas de restrição, previamente fixadas, ou falhas no sistema.”

<sup>128</sup> A discussão sobre a inconstitucionalidade da lei estadual tomou com fundamento o inciso I, *caput* e §3º do art. 24 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe sobre as competências legislativas concorrentes, exercidas pela União, Estados-membros e Distrito Federal. *In verbis*: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.” (grifamos) Ao se referir às questões de ordem constitucionais relacionadas ao monitoramento, Pierpaolo Cruz Bottini (2008, p. 170) leciona que “é indispensável sua previsão em lei federal, em observância ao princípio da legalidade. Como medida pena, a matéria é de competência privativa da União (CF, art. 22, I), sendo inconstitucionais as normas estaduais que dispuserem sobre o tema. É bem verdade que o art. 24 da Constituição federal estabelece que assuntos penitenciários serão legislados concorrentemente entre Estados e a União. Desta forma, se considerarmos o monitoramento como instituto atrelado ao direito penitenciário, a competência concorrente tornaria legítima sua regulamentação por norma estadual, na ausência de norma geral federal sobre o assunto, nos termos do §3º do dispositivo citado.”

prestigiando-se, por este modo, o caro pacto federativo, que não pode receber abalos em suas conquistas”. Ao que se apresenta, é possível afirmar que o debate parece estar vencido, na medida em que já se verifica, no ordenamento jurídico nacional, a existência de lei de natureza federal regulamentando essa matéria, o que possibilita a sua abordagem legislativa suplementar pelos Estados.

No âmbito federal, vários projetos de lei foram desenvolvidos no Senado e na Câmara dos Deputados. No ano de 2007, foram apresentados os Projetos de Lei n.º 165 e n.º 175, que tratavam da utilização do monitoramento eletrônico nos casos em que a lei especificasse. Os textos aprovados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, recebidos sob o n.º 1.295 de 2007 e n.º 1.288 de 2007, e destinados à revisão pela Câmara dos Deputados. A proposta do primeiro projeto consistia na alteração dos artigos 35, 36 e 85 do Código Penal, do artigo 312 do Código de Processo Penal e, ainda, dos artigos 37, 66, 115, 123 e 132 da Lei de Execução Penal, além de acrescentar os artigos 146-A a 146-G ao Diploma Executório. O segundo projeto, ao seu turno, pretendia a alteração do artigo 36 do Código Penal, bem como dos artigos 66, 115, 122 e 132 da Lei de Execução Penal. Na Câmara dos Deputados, outras propostas foram apresentadas: Projeto de Lei n.º 337 de 2007, dispondo sobre o monitoramento eletrônico como instrumento de controle dos condenados, ao alterar o artigo 36 do Código Penal; Projeto de Lei n.º 510 de 2007, que acrescentaria o art. 155-A à Lei de Execução Penal, estabelecendo a vigilância eletrônica nos casos em que estivesse o preso em liberdade por força de determinação judicial; Projeto de Lei n.º 641 de 2007, que objetivou alterar os artigos 35, 36 e 83 do Código Penal, bem como os artigos 50, 122, 124 e 151 da Lei de Execução Penal; Projeto de Lei n.º 1.440 de 2007, cuja proposta se direcionava à alteração dos artigos 33, 34, 35, 36, 43, 48, 77, 81, 83 e 86 da Norma Substantiva, dos artigos 312, 408 e 594 do Diploma Adjetivo, e, ainda, dos artigos 37, 50, 66, 115, 117, 120, 123, 132 e 151 da Lei de Execução Penal, além do artigo 89 da Lei 9.099/95, no sentido de implementar a vigilância eletrônica de condenados e de réus sujeitos à liberdade provisória ou à suspensão condicional do processo; Projeto de Lei n. 1.288 de 2007, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com a proposta de alterar o Código Penal e a Lei de Execução Penal, fazendo inserir em seus textos a utilização de equipamento para rastreamento eletrônico do condenado (JAPIASSÚ, 2008).

Dentre as propostas apresentadas, mereceu destaque o Projeto de Lei n.º 1.288, em que o relator foi o Deputado Flávio Dino. Com a pretensão de abranger o conteúdo alvitado nos anteriores, a finalidade delineada no texto legislativo foi direcionada à redução da população carcerária, com utilização nos casos de cumprimento de pena em liberdade ou de restrições de direito. Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Mariath (2009) que, a bem da verdade, todos os projetos perseguiram dois objetivos comuns, revelados na diminuição da população carcerária, substituindo-se a prisão provisória e aplicando a vigilância eletrônica no regime aberto e, igualmente, o retorno harmônico do condenado ao meio social, ainda durante o cumprimento da pena, sem privar, no entanto, o Estado de seu poder de vigilância e controle.

No ano de 2009, foram apresentadas propostas de planos de reforma da justiça criminal pátria, por intermédio do Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, aprovado pelo plenário do Conselho Nacional de Justiça, após realização de consulta pública num período de sessenta dias. O mencionado documento incluiu entre as indicações de alteração legislativa o monitoramento eletrônico para o cumprimento da pena em regime domiciliar, conforme observam Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012).

Apesar de todas as discussões acerca dos projetos de lei que previam a tecnovigilância no contexto federal, apenas no ano de 2010 o monitoramento eletrônico foi inserido no ordenamento jurídico, por meio da Lei 12.258, de 15 de junho, com previsão da utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nas hipóteses de saída temporária no regime semiaberto e de prisão domiciliar no regime aberto<sup>129</sup>. A referida Lei introduziu a possibilidade de monitoramento eletrônico na Seção VI, do Capítulo I (Das Penas Privativas de Liberdade), no Título V (Da Execução das Penas em Espécie), da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). Conforme lições apresentadas por Neemias Moretti Prudente (2012), apesar de representar uma inovação no cenário jurídico-penal pátrio, a Lei afastou a possibilidade de aplicação do controle eletrônico nas hipóteses de penas restritivas de direito, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena.

---

<sup>129</sup> Artigo 146-B, incisos II e IV, da Lei 7.210/1984 (texto inserido pela Lei 12.258/2010).

O artigo 146-C da Lei de Execução Penal passou a prever a necessidade de o condenado observar determinados deveres, além dos cuidados com o aparelho<sup>130</sup> de monitoramento eletrônico. Assim, de acordo com previsão legal, o monitorado deve receber visitas periódicas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, respondendo aos seus contatos e cumprindo suas orientações; e abster-se de remover, violar modificar ou danificar, de qualquer forma, o dispositivo de monitoração, ou mesmo permitir que outrem o faça. O descumprimento de qualquer das condições impostas poderá resultar, de acordo com o entendimento do juiz da execução<sup>131</sup>, após oitiva do Ministério Público e da defesa, a regressão de regime, a revogação da autorização da saída temporária, a revogação da prisão domiciliar ou mesmo advertência por escrito, caso entenda o magistrado pela não aplicação das medidas anteriores<sup>132</sup>.

A Lei 12.258/2010 inseriu o artigo 146-D na Lei de Execução Penal, prevendo as situações em que o monitoramento eletrônico será revogado, alcançando as hipóteses de desnecessidade ou inadequação da medida, ou mesmo quando o acusado ou condenado violar os deveres a que está sujeito durante a vigência do controle ou cometer falta de natureza grave<sup>133</sup>. O juiz da execução deverá, em momento anterior a sua decisão, ouvir o Ministério Público e a defesa, numa audiência de justificação, à simetria do que ocorre nas hipóteses do parágrafo único, do artigo 146 do mesmo instrumento normativo, homenageando, dessa forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse aspecto, Neemias Moretti Prudente (2012, p. 150) adverte que

embora não tenha constado expressamente, sua aplicação resultará de uma decisão judicial motivada, nos termos do art. 93, IX, da CF/88

---

<sup>130</sup> César Barros Leal (2011, p. 101) informa que, dentre as empresas que começaram a atuar no Brasil para o desenvolvimento da tecnologia do aparelho, está a companhia israelita *Elmo-Tech-Electronic Monitoring Technologies*, que foi criada no ano de 1994.

<sup>131</sup> Nesse aspecto, entende Luís Carlos Valois (2012, p. 134) que “descumpridas as regras da saída temporária no regime semiaberto, não há que se falar em imediata regressão, visto que a própria lei, nos casos de saída temporária com monitoramento eletrônico, portanto nos casos tidos como mais graves, adotou a possibilidade de o juiz não determinar a regressão, podendo inclusive aplicar somente pena de advertência (art. 146-C, parágrafo único, VII). Dentro deste raciocínio, o preso do regime semiaberto que goza do direito à saída temporária pode não regredir de regime quando descumprir eventualmente uma das regras de saída, visto que a partir da Lei 12.258/10 há forma de cumprimento de saída temporária mais grave, aquela com monitoramento eletrônico. O juiz não deve mais revogar automaticamente a saída temporária, porque tem a opção de agravá-la incluindo o monitoramento como novo requisito.”

<sup>132</sup> Artigo 146-C, parágrafo único, incisos I, II, IV e VII, da Lei 7.210/1984 (texto inserido pela Lei 12.258/2010).

<sup>133</sup> Artigo 146-D, incisos I e II, da Lei 7.210/1984 (texto inserido pela Lei 12.258/2010).



e o uso do aparelho deve ser autorizado (ou dispensado) pelos juízes das Varas de Execuções Penais. Não se pode perder de vista, também, embora silente a lei, que o ME só se aplica aos presos que a ele desejam se submeter (por adesão voluntária), o qual também pode desistir de usar o equipamento quando quiser. É dizer, só pode ser realizado com expressa autorização do preso, o que a nosso ver, seja correto, já que encara o indivíduo como uma pessoa dotada de autonomia moral e titular de direitos fundamentais.

Luiz Flávio Borges D'Urso (2010), em comentários críticos à Lei 12.258/2010, ressalta que o referido instrumento legislativo serve como um mecanismo de humanização no cumprimento da pena, possibilitando a ressocialização do condenado, ao permitir o monitoramento eletrônico de detentos em prisão domiciliar ou durante a saída temporária no regime semiaberto. De forma diversa, Luís Carlos Valois (2012) leciona que o legislador não agiu corretamente ao omitir a aplicação da vigilância eletrônica no caso de trabalho externo do preso em regime fechado, quando o monitoramento se tornaria mais eficiente no que se refere à cautela contra fuga naquela situação.

De forma semelhante, Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012) observam que a intervenção do governo federal, a partir do veto presidencial de muitos dispositivos da Lei 12.258/2010<sup>134</sup>, restringiu a possibilidade

---

<sup>134</sup> Foram vetados os seguintes dispositivos do Projeto de Lei n.º 175, de 2007 (n.º 1.288/07 na Câmara dos Deputados): "Alínea 'i' do inciso V do art. 66 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, modificado pelo art. 2º do projeto de lei: i) a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando julgar necessário; Caput do art. 115 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, modificado pelo art. 2º do projeto de lei: Art. 115. O juiz poderá estabelecer condições especiais para concessão do regime aberto, entre as quais a monitoração eletrônica do condenado, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: Alínea 'd' do § 2º do art. 132 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, modificado pelo art. 2º do projeto de lei: d) utilizar equipamento de monitoração eletrônica. Art. 146-A da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, modificado pelo art. 2º do projeto de lei: Art. 146-A. O juiz pode determinar a vigilância indireta para a fiscalização das decisões judiciais, desde que haja disponibilidade de meios. Parágrafo único. A vigilância indireta de que trata o caput deste artigo será realizada por meio da afixação ao corpo do apenado de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica que, a distância, indique o horário e a localização do usuário, além de outras informações úteis à fiscalização judicial. Incisos I, III e V e parágrafo único do art. 146-B da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, modificados pelo art. 2º do projeto de lei: I - aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes; III - aplicar pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de horários ou de frequência a determinados lugares; V - conceder o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena. Parágrafo único. Os usuários da monitoração eletrônica que estiverem cumprindo o regime aberto ficam dispensados do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga. Inciso III do art. 146-C da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, modificado pelo art. 2º do projeto de lei: III - informar, de imediato, as falhas no equipamento ao órgão ou à entidade responsável pela monitoração eletrônica. Incisos III, IV e V do parágrafo único art. 146-C da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, modificados pelo art. 2º do projeto de lei: III - a revogação da suspensão condicional da pena; V - a revogação do livramento condicional; V - a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade."

de utilização do monitoramento eletrônico de forma mais eficaz, em situações diversas dos casos de saída temporária no regime semiaberto e de prisão domiciliar. Nas lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012), as razões do veto<sup>135</sup> presidencial apontam para a uma contrariedade da vigilância eletrônica no livramento condicional e na suspensão condicional na sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico pátrio, não corroborando, portanto, com necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. A segunda justificativa se direcionou às questões relativas ao aumento dos custos do programa, pois não serviria à redução da população carcerária.

A implementação da monitoração eletrônica nos casos previstos pela Lei 12.258/2010 foi atribuída ao Poder Executivo, que deveria regulamentá-la, de acordo com previsão expressa no artigo 3º daquele Diploma Legislativo. Nesse sentido, constitui imperativo registrar que, no dia 25 de novembro de 2011, entrou em vigência o Decreto n.º 7.627, que regulamentou a monitoração eletrônica de pessoas prevista no inciso IX do art. 319 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e nos arts. 146-B, 146-C e 146-D da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal.

O Decreto Presidencial considerou como monitoração eletrônica a vigilância realizada por meio de controle eletrônico telemático posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou mesmo de condenadas por sentença transitada em julgado, executada por instrumentos técnicos que permitam indicar a sua localização. O instrumento normativo garante ao monitorado o conhecimento acerca de seus direitos e os deveres a que estará sujeito, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração, de forma clara e expressa, o respeito a sua integridade física, moral e social, além do sigilo dos seus dados e informações, que serão restritos aos servidores expressamente autorizados que tenham necessidade de conhecê-los em virtude de suas atribuições<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Razões de veto: "A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso." (Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem 310, de 15 de junho de 2010).

<sup>136</sup> Artigos 2º, 3º, 5º, 6º e 7º, do Decreto n.º 7.627, de 24 de novembro de 2011 (Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos).

A administração, a execução e o controle do monitoramento eletrônico são de responsabilidade dos órgãos de gestão penitenciária, que, além de verificarem o cumprimento dos deveres legais e das condições especificadas na decisão judicial que autorizar a monitoração eletrônica, deverão encaminhar, periodicamente ou a qualquer tempo, quando determinado ou quando as circunstâncias assim o exigirem, relatório circunstanciado sobre a pessoa monitorada ao juiz competente. O Decreto ainda determinou outras atribuições, como adequação e manutenção de programas e equipes multiprofissionais de acompanhamento e apoio ao monitorado condenado, a sua orientação no cumprimento das obrigações e auxílio na reintegração social, se for o caso, e, ainda, a comunicação imediata à autoridade competente sobre fato que possa ensejar a revogação da medida ou modificação das condições da medida de vigilância eletrônica<sup>137</sup>.

No ano seguinte à inserção do monitoramento eletrônico na esfera da legislação federal, a tecnovigilância foi apresentada como medida cautelar na Lei 12.403, de 04 de maio de 2011<sup>138</sup>. O novo instrumento normativo previu alterações no sistema processual pátrio, dentre as quais se destaca a utilização da monitoração eletrônica como mecanismo de fiscalização de indiciados ou acusados, ampliando as hipóteses da tecnologia no País.

Com o objetivo singular de impedir o encarceramento, aquele Diploma Legislativo alterou o Código de Processo Penal, nele inserindo o inciso IX, do artigo 319, no rol das medidas cautelares diversas da prisão<sup>139</sup>, a vigilância eletrônica

---

<sup>137</sup> Artigo 4º, incisos I, II, III, IV e V, do Decreto n.º 7.627, de 24 de novembro de 2011 (Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos).

<sup>138</sup> O referido Diploma Legislativo altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

<sup>139</sup> O artigo 319 do Código de Processo Penal passou a estabelecer as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: "I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - *monitoração eletrônica*." (grifamos)

como alternativa ao cárcere processual, seja em relação ao indiciado ou mesmo do acusado em fase anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vale dizer, durante a fase investigativa e, igualmente, da ação penal. Consoante a lógica jurídico-positiva, poderá o magistrado, diante da inovação apresentada pela Lei 12.403/2011, impor, de forma autônoma ou cumulativa<sup>140</sup>, o monitoramento eletrônico, conferindo à prisão processual, portanto, um caráter de subsidiariedade. Por esse sentido, a tecnovigilância assume uma posição de substituto à prisão, servindo à diminuição da população carcerária. Nesse sentido, destaca André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca (2011, p. 4) que é possível notar,

com a *novatio legis*, a preocupação do legislador em buscar fazer com que a prisão cautelar, extremamente drástica e invasiva, eis que implementada sem uma condenação definitiva, seja utilizada apenas quando não houver a possibilidade de ser substituída por outra medida cautelar descrita no art. 319 do CPP. [...] O certo é que com a introdução do monitoramento eletrônico como medida de cunho cautelar teremos significativa diminuição de presos processuais, o que, sem dúvida, vem a minimizar a dessocialização advinda com a prisão, proporcionando ao réu uma maior integração social, por meio do trabalho e pelo contato direto e imediato com sua família, sem que, mesmo sem condenação, seja submetido ao cerceamento de sua liberdade.

Insta salientar que o contingente prisional no País alcançou, no mês de dezembro de 2011, o número de 514.582 presos, dentre os quais, mais de quarenta e dois por cento (217.146) são considerados presos provisórios, quando a capacidade máxima seria de 100.955 vagas para essa espécie de encarceramento, segundo informações fornecidas pelo Infopen<sup>141</sup>, o que demonstra a necessidade emergencial de criação de alternativas às prisões processuais.

---

<sup>140</sup> Valter Kenji Ishida (2011) entende que a monitoração eletrônica sempre deve ser aplicada de forma cumulativa às medidas que impliquem limitação do deslocamento do indiciado ou acusado, como mecanismo apto a garantir sua efetividade.

<sup>141</sup> De acordo a página eletrônica oficial do Ministério da Justiça, “o InfoPen é um programa de computador (software) de coleta de Dados do Sistema Penitenciário no Brasil, para a integração dos órgãos de administração penitenciária de todo Brasil, possibilitando a criação dos bancos de dados federal e estaduais sobre os estabelecimentos penais e populações penitenciárias. É um mecanismo de comunicação entre os órgãos de administração penitenciária, criando ‘pontes estratégicas’ para os órgãos da execução penal, possibilitando a execução de ações articuladas dos agentes na proposição de políticas públicas.” O seu objetivo se delinea na perspectiva de “oferecer à União informações confiáveis, subsidiárias à administração do Sistema Penitenciário Nacional e para o direcionamento de políticas públicas neste mesmo âmbito”, além de “interligar todos os estabelecimentos prisionais (estaduais e federais) com o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. Obter um panorama atualizado sobre a situação prisional e processual dos presos e Internados no território brasileiro. Processar outros informes estratégicos que nortearão a adoção de posturas públicas dentro do contexto penitenciário nacional.”

Em análise específica das reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011, Guilherme de Souza Nucci (2011) adverte que a lei processual não fornece parâmetros para utilização da medida cautelar de monitoração eletrônica, deixando a critério de cada magistrado a regulamentação acerca de suas condições e seus limites. Para além dessa omissão, está o problema da necessidade de disponibilizar dispositivos eletrônicos e implantação de centrais de monitoramento em várias regiões do País. Ao final, questiona se haverá verba e interesse para instalar essas centrais, o que influencia diretamente na viabilidade prática desse instrumento eletrônico de controle.

Ainda na linha de desenvolvimento crítico, advertem Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012, p. 113) que a aplicação da tecnovigilância “a suspeitos em situações em que não há fundamentos para a decretação de uma prisão preventiva constitui-se em sério risco”, o que infere na necessidade de observar aquela medida cautelar com o máximo de prudência, em razão da possibilidade de expansão do controle punitivo estatal.

No ano de 2009, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado de n.º 156<sup>142</sup>, denominado como Reforma do Código de Processo Penal, aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no ano de 2010, e remetido à Câmara dos Deputados, onde aguarda a regular tramitação. A proposta legislativa apresenta o monitoramento eletrônico como medida cautelar pessoal<sup>143</sup> inserida Código de Processo Penal, no Título II, do Livro III, que regulamenta as medidas cautelares, em seu artigo 533, inciso IV.

No Projeto de Lei n.º 156 de 2009, foi reservada uma seção ao controle por meio da vigilância eletrônica, a partir do artigo 591, seguindo até o artigo 594, do Diploma Processual. De acordo com o texto da proposta, é facultado ao magistrado aplicar o sistema de monitoramento eletrônico que permita a imediata localização do investigado ou acusado, nos casos de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade *in abstracto* seja igual ou superior a quatro anos, dependendo, no entanto, de prévia aquiescência do possível monitorado. A preocupação com o

---

<sup>142</sup> No dia 23 de março de 2011, o Projeto de Lei do Senado n.º 156, de autoria do Senador José Sarney, foi remetido, para revisão, à Câmara dos Deputados, nos termos do art. 65 da Constituição Federal de 1988.

<sup>143</sup> Lecionam Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012) que a adoção da medida de controle eletrônico deve seguir o mesmo parâmetro das demais cautelares, observando os critérios de necessidade, adequação e vedação ao excesso, de acordo com a análise de cada caso.

emprego da tecnologia é evidenciada, na medida em que o Projeto de Lei veda a utilização de equipamentos eletrônicos que, de alguma forma, possua um aspecto aviltante ou ostensivo, ou mesmo que coloque em risco a saúde do investigado ou acusado, responsabilizando o Estado por eventual dano causado ao vigiado. Ao final, o dispositivo legal considera como descumprimento da medida cautelar as situações em que o monitorado ou acusado danifica, rompe, adultera ou ludibria o dispositivo eletrônico, desrespeita os limites territoriais fixados na decisão judicial, ou mesmo, deixa de manter contato regular com a central de monitoração eletrônica ou não atende à solicitação de presença<sup>144</sup>.

Neemias Moretti Prudente (2012) adverte que o Projeto de Lei do Senado n.º 156 não apresenta o monitoramento eletrônico como uma medida cautelar propriamente dita, mas apenas como um instrumento diferenciado de cumprimento das prisões processuais já existentes, mesmo porque, na análise contida do texto da proposta, não há menção aos requisitos ou fundamentos para a aplicação do sistema de vigilância eletrônica, com indicação tão-somente do critério quantitativo, revestindo-se, portanto, de um caráter de contracautela<sup>145</sup>.

O monitoramento eletrônico de conduta ainda é considerado como um programa tímido no contexto jurídico nacional. Conforme se depreende do estudo comparado da aplicação prática da tecnologia de vigilância em diversos países, observa-se que o legislador pátrio apenas iniciou um ensaio da utilização do sistema aproximadamente vinte e sete anos após as primeiras experiências no mundo<sup>146</sup>. É inconcusso que as iniciativas estaduais influenciaram sobremaneira na elaboração de uma lei de natureza federal em 2010 – Lei 12.258, ampliando as hipóteses de emprego da tecnovigilância no ano seguinte, a partir da vigência da Lei 12.403/2011,

---

<sup>144</sup> Artigos 591, 592, 593 e 594 da Redação Final do Projeto de Lei do Senado n.º 156 de 2009.

<sup>145</sup> Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012, p. 113) observam que a medida de vigilância eletrônica no Brasil possui “sistematização similar àquela havida em outros países, como Portugal, em que, ao lado da prisão preventiva, há um vasto conjunto de medidas de coação, constituindo-se a prisão preventiva como última alternativa dentro do rol das medidas a serem aplicadas, quando as menos gravosas mostrarem-se inadequadas ou insuficientes, no caso concreto.”

<sup>146</sup> Nesse aspecto, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 35) considera prudente “que houvesse no Brasil investimentos em programas experimentais de monitoramento eletrônico, à semelhança dos projetos pilotos desenvolvidos por países que já implementaram em seus de justiça criminal, ao invés de simplesmente introduzir-se a medida na ordem jurídica, por imposição legal, sem maiores reflexões acerca de sua real eficácia em território nacional.” Ao final, adverte que “é sempre bom destacar que o monitoramento não constitui panacéia para todos os males do sistema penal e nem se pode esperar que qualquer medida possa ter esta eficácia. Deve ser apenas mais uma medida para tornar o sistema pena mais humano e tentar se aproximar das finalidades pretendidas, sobretudo no que se refere à reinserção social.”

de tal forma que, atualmente, verifica-se a aplicação das vertentes *front-door* e *back-door* no cenário jurídico penal.

Com efeito, não há previsão na legislação nacional acerca da aplicação do monitoramento eletrônico de conduta como resposta penal autônoma, substitutiva à pena privativa de liberdade ou de forma cumulativa a uma pena restritiva de direitos. Igualmente, o País ainda não adotou a experiência internacional de utilização da tecnovigilância como mecanismo suplementar às medidas protetivas cautelares nos casos de violência doméstica ou familiar, ao livramento condicional, à suspensão condicional do processo ou da pena, às medidas socioeducativas direcionadas aos adolescentes em conflito com a lei, ou mesmo em relação aos casos de controle específico de determinadas modalidades de infrações penais, como nos crimes de trânsito praticados sob a influência de álcool ou de outras substâncias de efeitos psicoativos ou entorpecentes análogos e delitos relacionados às drogas. Por conjectura, as inovações legislativas poderão inserir tais hipóteses no ordenamento jurídico pátrio, como aconteceu em diversos países que adotaram programas iniciais com aplicação restrita a casos específicos, mas que, posteriormente, ampliaram as situações de emprego vigilância eletrônica.

## **5.5 A oposição ao monitoramento eletrônico de conduta: aspectos negativos do controle**

A tecnologia do monitoramento eletrônico de condutas tem criado uma dissonância ímpar na história da evolução das respostas penais, lembrando o período da Ilustração, quando as ideias inovadoras de Cesare Beccaria (2002) acirraram os ânimos de toda uma época. A aversão às novas propostas, somada ao receio em dispor de novos bens jurídicos para a proteção de outros, numa espécie de substituição polar, conduziu alguns teóricos a comentarem o tema com uma cautela que lhes é peculiar, valorizando a proteção dos direitos personalíssimos intangíveis.

Os principais argumentos contrários à implementação do controle eletrônico

se fundamentam na defesa dos princípios constitucionais e na possível impropriedade do mecanismo no alcance dos fins preventivos da pena, revelando um caráter meramente retributivo. Nesse aspecto, a utilização da tecnovigilância seria incapaz de gerar nos indivíduos alcançados pela medida a consciência acerca da necessidade de respeitar os valores tutelados pelas normas jurídicas penais, conforme observação de Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008), ao fazer referência aos argumentos teóricos contrários ao monitoramento.

Com compreensão idêntica, César Barros Leal (2011) ressalta que há um equívoco em considerar o monitoramento como resposta à massificação carcerária ou mesmo como medida apta à reabilitação do apenado. Ao contrário, poderá ferir o princípio da intranscendência da pena, na medida em que afeta os familiares e outras pessoas que fazem parte do seu círculo de convivência<sup>147</sup>.

O bracelete e a tornozeleira de controle poderiam conduzir a uma discriminação ainda maior em relação aos sentenciados, provocando-lhes um processo de estigmatização, o que serviria como obstáculo a sua reintegração ao convívio social. Além do caráter vexatório suportado pelo indivíduo monitorado, o aparelho passaria a servir como óbice à reinserção social, podendo, inclusive, gerar situações de agressão por outras pessoas. Não se pode olvidar, ainda, da inconveniência na utilização do equipamento, em função das dificuldades encontradas em permitir maior mobilidade aos vigiados, que se veriam impedidos de frequentar determinados locais, como praias ou piscinas, ou mesmo seriam submetidos a situações constrangedoras em avaliação médica, participação em disputas esportivas, entrada numa agência bancária, dentre outras inúmeras situações (WEIS, 2008).

Numa interpretação particular da Norma Suprema de 1988, seria possível vislumbrar a presumida inconstitucionalidade material do controle eletrônico ao atingir gravemente a dignidade da pessoa humana, o direito de ir e vir, de intimidade<sup>148</sup> e privacidade, ainda mais na hipótese em que é necessário instalar equipamentos eletrônicos na residência do monitorado e permitir a entrada de

---

<sup>147</sup> Afirma César Barros Leal (2011, p. 65) que “sobre eles se aplica o castigo, de forma indireta, pois têm que suportar as restrições impostas, as chamadas telefônicas e as visitas do pessoal de acompanhamento.”

<sup>148</sup> Carlos Weis (2008, p. 148) entende que “o sistema constitui meio degradante de punição, incompatível com o princípio da reintegração social como finalidade moderna da pena e violador da intimidade do ser humano, assim conflitando com diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.”



servidores técnicos do programa de monitoração, mesmo sem ordem judicial, violando o domicílio (LEAL, 2011). O argumento encontra fundamento e se solidifica no artigo IX da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e, ainda, no artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que garantem, respectivamente, a inviolabilidade do domicílio e a proteção contra ingerências arbitrárias ou abusivas na vida privada do cidadão<sup>149</sup>.

No veemente combate ao controle eletrônico, Maria Lúcia Karam (2008) afirma que a medida se constituiria um verdadeiro atentado ilegítimo à privacidade, por ser meio invasivo e insidioso destinado a fazer do condenado um objeto a ser acessado pela via virtual, devendo, portanto, ser freado pelas diretrizes garantidoras dos direitos fundamentais e das Constituições democráticas. Na verdade, o monitoramento significaria apenas uma forma de expansão do poder punitivo e de controle<sup>150</sup>, legitimado pelo discurso da segurança (PANDOLFO, 2012). Por essa análise, adverte César Barros Leal (2011) que tecnologia eletrônica é apontada como símbolo de uma era de informações, com uma clara tendência do controle expansionista, ao que denomina *net-widening*, a partir da aplicação de novas sanções aos infratores. Observa, ainda, que

num porvir próximo, com a disseminação de outros mecanismos cibernéticos análogos, os artefatos de acompanhamento se implantarão ordinariamente no corpo do condenado, subjugando-o por completo, ensanchando-se assim seu poder controlador (a liberação desfrutada macula o princípio *pro libertate*, pois nada mais seria do que uma pseudoliberdade) e a atuação de um Estado Policial, de um Estado Totalitário, com sua visão panopticista, seus *longus oculus*, desprovido de condicionamentos éticos quanto à liberdade e ao direito de privacidade (*the right of privacy, le droit à l'avie privée*) dos cidadãos (LEAL, 2011, p. 61).

A problemática parece encontrar o ápice da crítica, ao vislumbrar um

---

<sup>149</sup> Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Artigo IX. Toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio.” Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

<sup>150</sup> Nesse sentido, concluem Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2012, p. 125) que “o monitoramento aparece como mais um recursos simbólico de endurecimento penal, incentivado pela demanda punitiva, sem que sejam realizados estudos e análises sobre a sua real efetividade e utilidade.”

possível retorno ao Estado totalitário, sem limites éticos, a exemplo do sentimento do povo alemão que fundamentou um regime antidemocrático que culminou no Holocausto. Com a nova tecnologia trazida ao sistema penal, o controle estaria por toda a parte, quando o Estado terá o panóptico além das instituições penais: a própria sociedade seria uma prisão (FOUCAULT, 2005). Isso poderia permitir a proliferação de medidas de vigilância pessoal com a violação total da liberdade individual e privacidade de todos os cidadãos.

Por tal juízo, o controle eletrônico efetivaria uma agressão à dignidade da pessoa humana, e, tangencialmente, aos demais direitos fundamentais. Essa afirmação encontra alicerce nas construções teóricas de Fábio Konder Comparato (1989, p. 46), ao lecionar que “o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa”, destacando a posição desse princípio em relação aos demais. Nesse aspecto,

os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em "princípios constitucionais especiais", que seriam a "densificação" (Canotilho) ou "concretização" (embora em nível extremamente abstrato) daquele "princípio fundamental geral", de respeito à dignidade humana. Dele, também, se deduziria o já mencionado "princípio da proporcionalidade", até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos fundamentais estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as "colisões" entre eles, quando então, recorrendo a esse princípio, se privilegiaria, circunstancialmente, alguns direitos fundamentais em conflito, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu conteúdo essencial (GUERRA FILHO, 2005, p. 62-63).

Outra circunstância que se apresenta como uma problemática suscitada pelos teóricos contrários ao controle eletrônico é o possível processo de reificação ou coisificação da pessoa. Nesse diapasão, o homem deixaria de ser considerado como pessoa, e passaria a ser um objeto controlado pelo próprio Estado, afastando-se, paulatinamente, seus direitos enquanto cidadão. Por esse raciocínio, o monitoramento em muito se assemelharia com o controle de animais em determinadas zonas de proteção ambiental ou mesmo situações similares, e, ao ser utilizado no homem, transformá-lo-ia em mais um objeto pertencente ao Estado. A fundamentação desse discurso avesso foi encontrada nas ideias de Immanuel Kant, quando apresentou o liame diferencial entre os seres racionais e os irracionais,

pensados como coisas. Dessa forma,

os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (KANT, 1995, p. 65).

A tecnologia do controle eletrônico, de acordo com as observações até então delineadas, além de reificar o homem, apresentaria a ideia de dignidade em sinonímia a preço, quando de sua total oposição. Os estudiosos desfavoráveis ao monitoramento afirmam que se se considerar que o homem possui dignidade, conforme interpretação à luz da Constituição, inadmissível seria coisificá-lo com uma marca estigmatizante<sup>151</sup> de controle a partir da implementação de uma tecnologia eletrônica, devendo este ato ser declarado inconstitucional à medida que conferisse ao homem um preço, atingindo-lhe em sua dignidade.

Em relação à fiscalização dos apenados que estão em liberdade vigiada, o controle eletrônico não seria a melhor alternativa, mas a ação efetiva da polícia, com uma melhor execução da pena, o que tornaria dispensável a utilização daquela tecnologia para esse propósito. Leciona César Barros Leal (2011) que o Estado possui meios adequados e menos gravosos, com medidas fundadas na autodisciplina e na autorresponsabilidade. Ainda que os investigados, acusados ou condenados optem por tal alternativa, numa possível escolha, não se autorizaria pensar essa questão sob a sua ótica, como afirma Maria Lúcia Karam (2008, p. 1):

Por mais paradoxal que possa parecer o discurso daqueles que são contra a utilização do monitoramento eletrônico por meio de braceletes, pulseiras ou tornozeleiras, é notório que tal prática concretiza a sombria perspectiva do controle total do Estado sobre os indivíduos. Dessa forma, não se pode pensar a questão sob os

---

<sup>151</sup> Nesse aspecto, adverte Luís Carlos Valois (2012, p. 130), que, “além das cicatrizes do próprio processo penal e de suas passagens por cadeias e penitenciárias, levará em seus braços ou pernas uma corrente moderna, para que todos vejam e saibam de onde vem e para onde vai. Se ele e sua família passam fome, não têm assistência médica, educacional e nem moradia digna, como muitos brasileiros, a situação não mudará, mas tão somente será acrescido um aparelho caro, eletrônico, na sua vida de miséria: maior desproporcionalidade impossível.”

efeitos do desespero de quem está preventivamente privado de sua liberdade, pois, nessa condição, qualquer esmola de liberdade dada ao sujeito é uma dádiva. [...] Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da sociedade de risco, os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem intencionados reformadores do sistema penal, não percebem os contornos da nova disciplina social, não percebem as sombrias perspectivas do controle na era digital, não percebem a nítida tendência expansionista do poder punitivo em nosso pós-moderno mundo. Não percebem que a pós-moderna diversificação dos mecanismos de controle não evita o sofrimento da prisão. Ao contrário, só expande o poder punitivo em seu caminho paralelo ao crescimento da pena de liberdade.

A adoção de medidas de controle por vigilância eletrônica pode conduzir a uma redução da aplicação de sanções restritivas de direito menos gravosas ao indivíduo e custosas ao Estado<sup>152</sup>. Não se desconsidera que, em comparação à pena privativa de liberdade, a monitoração oferece vantagens, todavia, quando confrontada com outras medidas restritivas, acaba por revelar um caráter punitivo mais invasivo, ainda mais em sua vertente *front-door*, vale dizer, utilizada como instrumento processual de controle (LEAL, 2011). Sob o argumento de reduzir o contingente de presos provisórios, a tecnovigilância poderia ser disseminada, revelando uma punição antecipada que, para além de afrontar outras garantias, atingiria o núcleo essencial da presunção de não-culpabilidade<sup>153</sup>, razão que conduziu Carlos Weis (2008) à conclusão de que, nesse aspecto, a medida de controle eletrônico seria inconstitucional.

Em relação aos custos gerados pela utilização da tecnologia do controle eletrônico, o cenário que se apresenta é de verdadeira dissonância<sup>154</sup>. As despesas

---

<sup>152</sup> Carlos Weis (2008, p. 153) afirma que, “diante do monitoramento eletrônico, as penas e medidas alternativas mostram-se mais vantajosas, visto que são muito mais baratas.” Em análise contida sobre os aspectos negativos do monitoramento, César Barros Leal (2011, p. 65) informa que “os custos não são tão baixos. Os modelos que utilizam a tecnologia GPS (controle satelital), são mais dispendiosos que os demais. Mais: a busca de lucros por parte de uma indústria que pretende naturalmente ser rentável, apesar do pequeno número de vigiados, faz com que os equipamentos fornecidos sejam de custo muito alto. Os críticos asseveram que os gastos da implantação e manutenção das centrais de monitoramento, assim como do acompanhamento pelas equipes externas de controle, não são em geral computados, sendo, por conseguinte, irrealistas as cifras exibidas.”

<sup>153</sup> “Neste ponto, creio inconstitucional o emprego do monitoramento eletrônico, tal como hoje se apresenta, visto que significa a criação de um grave constrangimento à liberdade de pessoa meramente suspeita da prática de crime, protegida pelo manto constitucional inviolável da presunção de inocência.” (WEIS, 2008, p. 149)

<sup>154</sup> Em comentários críticos, Daniela Félix Teixeira (2012, p. 89) afirma que o monitoramento eletrônico “é assim como todos os demais aparatos tecnológicos e gerenciais das populações consideradas de risco, uma funcionalidade cara às Políticas Criminais contemporâneas.”

originadas com o monitoramento podem variar, levando em consideração a espécie de sistema a ser implantado, a quantidade de pessoas que serão alcançados e, ainda, o capital humano a ser despendido para tal fim. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008) adverte que não é suficiente comparar o valor do equipamento com o montante que se gasta com um dia de encarceramento, em razão de tais despesas não considerarem outros fatores, como os meios humanos e financeiros que geram custos indiretos. Neste diapasão, pode o monitoramento eletrônico não apresentar vantagem financeira quando utilizado para substituir medidas menos custosas. Direcionando os estudos à experiência canadense, Marion Vacheret e Josiane Gendrou (2008) ressaltam que as medidas de vigilância eletrônica não reduzem os custos do sistema penal, pois não são capazes de promover uma diminuição do encarceramento, constituindo, ao contrário, uma expansão do sistema, com acréscimo de despesas para sua manutenção.

No que se refere às questões técnicas, o monitoramento eletrônico encontraria uma série de obstáculos, ainda mais num território de dimensões continentais como o Brasil, gerando um ceticismo judicial quanto ao sistema punitivo nacional (WEIS, 2008). As imperfeições tecnológicas não raramente podem ser observadas, o que se demonstra com a possibilidade de lentidão no funcionamento do sistema, da fragilidade do equipamento<sup>155</sup>, das invasões do programa por *hackers*, dos alarmes falsos, da existência de zonas escuras ou áreas de sombra, com falhas de cobertura, como em interiores de edifícios ou metrô, além do desconhecimento sobre risco potencial de efeitos nocivos do equipamento<sup>156</sup>, de forma a causar danos à saúde do condenado (VIANNA, 2012). Somadas a essa problemática estão a insuficiência de oficiais controladores, bem como de sua capacitação, as dificuldades de operação do sistema, por alcançarem pessoas de baixa escolaridade, e, ainda, a incerteza em saber se o descumprimento da medida

---

<sup>155</sup> Sobre a experiência argentina, Gustavo E.L. Garibaldi (2008, p. 138) assinala que “a incorporação de monitoramento via satélite de foragidos não apresenta vantagens efetivas no sistema empregado para monitorar a presença em certo endereço, uma vez que a tornozeleira é um elemento facilmente removível.”

<sup>156</sup> Aduz César Barros Leal (2011, p. 66) que, “à semelhança dos celulares, desconhece-se até esta data se há incidência de efeitos adversos (danos potenciais à saúde) das radiações eletromagnéticas emitidas pelo equipamento em alguém monitorado. As sequelas de ordem psicológica, detectáveis ocasionalmente, não podem ser menosprezadas, máxime quando o monitoramento se aplica num grande número de pessoas de diferentes idades e procedências. De igual modo tem-se informação da virulência de processos alérgicos que produzem reações cutâneas e exigem um permanente controle do material utilizado.”

ocorreu de forma involuntária ou se o monitorado o fez por dolo (LEAL, 2011). A tecnologia de controle eletrônico é apta a informar a localização do indivíduo vigiado, no entanto, não é capaz de evitar que a pessoa sujeita à medida pratique novos crimes<sup>157</sup>. Vale dizer, é possível afirmar onde se encontra o monitorado, mas não o que está fazendo<sup>158</sup>.

O desenvolvimento da tecnologia do controle está sob o domínio do setor privado. Nesse aspecto, conforme ressalta César Barros Leal (2011), a monitoração eletrônica estaria inserida num processo de mercantilização da atividade por empresas que possuem como objetivo principal a realização do lucro, o que pode interferir, de forma negativa, na qualidade do serviço e na preparação do pessoal, numa clara demonstração da prevalência do interesse econômico sobre os interesses do monitorado e da sociedade, além de violar o direito exclusivo do Estado de aplicar a sanção penal, como salienta Carlos Weis (2008).

As experiências em outros países não podem servir de modelo à realidade nacional, em que o monitoramento se transformaria em mais um instrumento de manipulação e corrupção (AMATO, 2008). Dessa forma, a simples transferência de tecnologia, de acordo com os programas implantados em territórios estrangeiros, importaria numa incoerência de ordem fática e jurídica, na medida em que se observa que o problema da criminalidade no Brasil exige uma resposta penal peculiar, com o desenvolvimento de medidas de política criminal que não apenas amenizem as consequências das infrações, mas, solucionem os seus fatores causais.

---

<sup>157</sup> No intuito de demonstrar a falibilidade do controle eletrônico, César Barros Leal (2011, p. 68) apresenta situações reais em que, mesmo monitorado, o indivíduo perpetrou ações criminosas: “Em Buenos Aires, Ángel Fernández, portador de uma tornozeleira, em prisão domiciliar, foi acusado do assassinato de um casal (Mansilla) e seus dois filhos, de 8 e 12 anos (um quádruplo crime que causou um comoção nacional e reavivou o debate sobre o perfil dos sujeitos destinatários). Soube-se que ele burlou o controle com a interrupção da linha telefônica por falta de pagamento e o uso de um *software* que lhe custou 500 pesos. [...] Há registro de alguém que pôs a pulseira magnética no braço de sua mulher ou de um amigo, enquanto um terceiro a colocou no pulso de seu filho menor; ambos atuavam assim a fim de pudessem sair para comer, divertir-se e roubar. Outro homem, de nome Héctor Ojeda, conquanto levasse posto um bracelete, tentou, à mão armada, roubar seis pessoas. Em Pontevedra, Espanha, em circunstâncias semelhante, um vigiado, de nacionalidade equatoriana, depois de retirar o mecanismo, assassinou sua parceira, de uns 25 anos, tentou matar sua esposa, que o havia denunciado por maus tratos – por esta razão havia uma ordem judicial de distanciamento (*exclusion order*) –, e feriu gravemente várias pessoas, inclusive um policial.”

<sup>158</sup> Carlos Weis (2008, p. 152) explica que “o sistema permite, quando muito, saber ONDE se encontra a pessoa, mas, jamais, saber O QUE ela está fazendo ou com quem está se relacionando. Logo, não há garantia alguma de que a pessoa que esteja em livramento condicional, saída temporária, regime aberto etc. deixará de cometer nova infração penal pelo fato de estar portando o equipamento. Assim, mesmo que um crime ocorra nas proximidades e horário em que um monitorado ali se encontrasse, isso não faz dele um suspeito.”

## **5.6 Incursões teóricas e pragmáticas sobre os aspectos positivos do controle eletrônico de conduta**

Após as considerações sobre os aspectos negativos, torna-se necessária uma abordagem em relação aos argumentos que sustentam a defesa do monitoramento eletrônico de condutas, na tentativa de construir um entendimento sobre o tema ora apresentado, a partir da dialética dos juízos. É por essa razão que se afirma, desde logo, que o receio das inovações pode servir como obstáculo ao desenvolvimento do sistema penal, sendo fundamental identificar os verdadeiros problemas e vantagens com a utilização de novas tecnologias na seara criminal. Nesse sentido, Túlio Vianna (2012, p. 188) assinala que os posicionamentos contrários à tecnovigilância surgem em razão do medo ao que se apresenta como novo, o que culmina com a rejeição ao “progresso que a ciência pode proporcionar, simplesmente por não conseguirem localizar e isolar os reais óbices do novo invento.”

A sustentação da concordância do controle eletrônico se consubstancia, inicialmente, na possibilidade de redução da população carcerária, quando do caráter substitutivo da pena privativa de liberdade nos crimes de menor gravidade (LEAL, 2011). A análise é respaldada na afirmação de que o sistema carcerário brasileiro alcançou sua falência nitidamente demonstrada pela realidade das instituições destinadas ao aprisionamento. De acordo com os dados fornecidos no sistema oficial do Governo, o InfoPen, o Brasil possui uma população prisional de mais de quinhentos mil presos. Por contrassenso, existem apenas pouco mais de trezentas e seis mil vagas. Na vertente teórica que defende o sistema eletrônico de controle, a construção de novas penitenciárias não seria uma alternativa suficiente para diminuir a criminalidade e os índices de violência. Por outro lado, a fiscalização eletrônica poderia ter impactos imediatos na redução do contingente carcerário, atingindo um elevado número de presos no País. Por esse aspecto, leciona Alessandro Baratta (1991, p. 254) que

qualquer passo que possa se dar para fazer menos dolorosas e menos danosas as condições de vida no cárcere, ainda que só para um condenado, deve ser visto com respeito quando esteja realmente

inspirado no interesse pelos direitos e pelo destino das pessoas detidas, e provenha de uma vontade de mudança radical e humanista, e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções sejam as de legitimar, através de qualquer melhoramento, a instituição carcerária em seu conjunto.

Os riscos reais e iminentes oferecidos pelo cárcere são maiores quando comparados com os possíveis efeitos da vigilância eletrônica. Essa é a razão que conduz Neemias Moretti Prudente (2012) a concluir que qualquer solução que afaste a possibilidade de encarceramento com a finalidade de reintegrar o indivíduo à sociedade deve ser acatada, ainda que de forma experimental. O monitoramento seria uma alternativa viável ao aprisionamento, que poderia possibilitar a humanização da pena e evitar o confinamento dos apenados e suas consequências, além de representar uma economia para os cofres públicos<sup>159</sup>. Nesse aspecto, lecionam Miguel Angel Iglesias Ríó e Juan Antonio Pérez Parente (2006, p. 2) que

en primer plano, desde una perspectiva prioritariamente pragmática, se sostiene que la vigilancia electrónica contribuye a una disminución de la población carcelaria y a un ahorro de costes ligados a la administración penitenciaria. En segundo lugar, desde una perspectiva político-criminal, el control electrónico evita o reduce la privación de libertad en prisión, por lo que contribuye a favorecer y acelerar el proceso de resocialización del condenado, evitando al mismo tiempo los efectos negativos inherentes a la prisionalización.

Os custos na execução penal com o controle eletrônico chegariam a alcançar uma diminuição sensível da metade do que o Estado despense com a manutenção de um condenado no presídio (PIMENTEL, 2010). No mesmo sentido, Luiz Flávio Borges D'Urso (2010, p. 6) anota que uma grande vantagem do sistema está na economia gerada pela adoção da monitoração, afirmando que “o custo mensal de cada preso hoje, na cadeia, gira em torno de R\$ 1,5 mil. Com a nova tecnologia, a expectativa é de que esse gasto caia, em média, para um terço – R\$ 500/mês.”

---

<sup>159</sup> César Barros Leal (2012, p. 80) ressalta que, na avaliação dos gastos com o monitoramento, deve-se considerar: “a) os custos tendem a se tornar mais baratos com o aumento do contingente de implicados, a duração da medida, o tipo de tecnologia empregada, as condições do contrato e a queda sucessiva de preços; b) seu valor dependerá de outras variáveis, entre as quais: compra ou aluguel dos equipamentos; uso intermitente ou contínuo durante as 24 horas do dia etc.; c) em alguns países (Estados Unidos, Bélgica e Suécia), os custos são com frequência assumidos pelos infratores; em outros (a França é um exemplo) se paga uma taxa mensal que se incrementa na hipótese de reincidência; d) é uma opção barata à fiscalização, feita muitas vezes por um numeroso grupo de policiais, do cumprimento da prisão domiciliar de pessoas envolvidas no crime organizado.”



Para além de considerar a economia financeira, é importante ressaltar o custo social, na medida em que o indivíduo que permanece em liberdade, a partir da monitoração eletrônica, permanecerá no seu núcleo familiar, desenvolvendo atividades laborais, havendo, portanto, condições prover a manutenção de sua família e, se for o caso, indenizar a vítima, reparando-lhe o dano que causou com a prática do ilícito (JAPIASSÚ, 2008).

Com efeito, a liberdade vigiada com a utilização do monitoramento eletrônico é apta ao cumprimento das funções preventivas das penas, ao permitir ao condenado o retorno ao convívio com seus familiares e sua reinserção social – prevenção especial positiva – e, concomitantemente, ao ser comunicado da necessidade do respeito às normas, funcionaria como a demonstração da vigência do dispositivo legal, realizando a prevenção geral positiva (D'URSO, 2010). No mesmo sentido, Marcius Alexandros Antunes de Almeida (2010) pondera que o sistema de vigilância eletrônica, além de evitar os efeitos criminógenos da prisão, possibilita ao apenado a preservação dos laços familiares<sup>160</sup>.

Aos críticos que se opõem ao controle eletrônico, fundamentando seu juízo na ideia de ser este um instrumento de mitigação da intimidade, da privacidade e de locomoção, nasce um argumento contrário quando se afirma que tais garantias já são restringidas com a aplicação da pena privativa de liberdade que, além desses, alcançam outros direitos fundamentais em detrimento da ordem social. A bem da verdade, a execução prática de uma pena implica, necessariamente, na relativização de determinados direitos pelo Estado<sup>161</sup>. Conforme assinalado por Túlio Vianna (2012), o caráter aflitivo é característica inerente a qualquer pena. Assim, desaparecia o pretense caráter absoluto de determinadas garantias, tornando-as relativas e passíveis de restrição, a partir da existência de um fato contrário à norma, autorizando a execução penal. Por tais entendimentos, não haveria que se falar em maior mitigação de garantias fundamentais com a utilização do sistema de

---

<sup>160</sup> Nesse mesmo entendimento, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008, p. 16) ressalta que “a retirada do condenado do contato carcerário, bem como os benefícios advindos do trabalho e da manutenção de uma vida social e familiar, concorrem para a diminuição do risco de recidivas. Ressalta-se que existe a possibilidade de instituição de cobrança de uma taxa elevada do condenado em caso de reincidência.”

<sup>161</sup> Nesse aspecto, deve-se observar que é impossível esquecer que o monitoramento se trata de “alternativa à prisão e, por isso mesmo, a pessoa monitorada não está imune a privações. Ressalta-se que a restrição à privacidade daí decorrente não pode sequer ser comparada com os prejuízos físicos, psíquicos e emocionais ensejados pelo cárcere, o qual não resguarda qualquer privacidade ao preso.”

monitoramento eletrônico de presos, quando, na verdade, o modelo atual da execução penal já o faz, e não de forma primordial, mas consequencial (BOTTINI, 2008).

Os braceletes, as pulseiras e as tornozeleiras eletrônicos são dispositivos discretos, podendo, facilmente, ser ocultados. Esse seria um contra-argumento à estigmatização, uma vez que o apenado não seria exposto a qualquer tipo de constrangimento (PIMENTEL, 2010). Busca-se, portanto, preservar a imagem dos condenados, atendendo plenamente a princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição. Nesse sentido, ressalta César Barros Leal (2011, p. 86) que “os fabricantes, aliás, querem fazê-los – e o estão logrando – cada vez menos antiestéticos, mais discretos e miniaturizados.”

Para a utilização de tal inovação, é possível invocar o princípio da proporcionalidade, valorando, qualitativamente, determinado direito em face de outro. Assim, se a pena privativa de liberdade restringe essa garantia, além do direito de ir e vir, impossibilitando a verdadeira ressocialização, o controle eletrônico, em oposição, mitigaria a privacidade, mantendo, todavia, aquele direito, além de permitir ao apenado o convívio social, onde poderia buscar oportunidades de reeducação. No que se refere à dignidade da pessoa humana, César Barros Leal (2011) leciona que sua violação ocorre com maiores frequência e intensidade no interior das unidades prisionais, principalmente nos sistemas carcerários da América Latina.

A tecnovigilância pode oferecer uma maior possibilidade de fiscalização nos casos de livramento condicional, suspensão condicional do processo ou da pena, medidas protetivas, saídas temporárias, prisão domiciliar<sup>162</sup>, trabalho ou estudo externos nos regimes fechado e semiaberto, demonstrando a pluralidade de opções de uso<sup>163</sup>. Apesar de considerada como medida gravosa, a vigilância eletrônica se revela como instrumento necessário para o controle quando da concessão de

---

<sup>162</sup> Fabiano Pimentel (2010, p. 57) conclui que “vivemos uma nova era, uma mudança de paradigmas...A prisão física cede lugar para a prisão virtual, muito mais simples e mais barata para o Estado. Com isso, o condenado livra-se das barras de ferro, livra-se também do ambiente fétido das masmorras, entretanto permanece preso à sua própria consciência.”

<sup>163</sup> “O catálogo é enorme seja como modalidade de pena ou como ferramenta de controle: prisão domiciliar, preventiva ou não; execução de penas curtas; detenção de fim de semana; proibição de frequentar determinados lugares ou de se aproximar de certas pessoas; última etapa da condenação; regime semiaberto; regime aberto; liberdade condicional; *probation* (tradicional ou de supervisão intensiva); trabalho externo; frequência a cursos superiores; saída temporária etc.”

determinados benefícios penais, como aqueles ora citados. César Barros Leal (2011) salienta que, numa perspectiva prática, é possível afirmar, inclusive, o aumento dos casos de liberdade vigiada, prejudicados em razão da ausência de mecanismos de fiscalização. Fernando da Costa Tourinho Neto (2009, p. 57-58) anota, ainda, que

a prisão virtual pode *encerra* o condenado em sua própria residência. Prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Aí teremos, no futuro, o fim das penitenciárias. O preso está livre das grades de ferro, mas é prisioneiro em sua própria casa, uma vez que a liberdade de ir e vir está cerceada, com o controle inclusive das visitas.

Na reserva da sua natureza cautelar, o monitoramento demonstraria sua eficácia prática, na medida em que evitaria o contato de presos provisórios com aqueles que foram condenados definitivamente<sup>164</sup>. O mesmo argumento serve à justificativa de sua adoção enquanto resposta penal autônoma ou substitutiva à pena privativa de liberdade. No mesmo sentido, Túlio Vanna (2007) afirma ser recomendável a aplicação da vigilância eletrônica como medida substitutiva às prisões processuais.

Apesar de tal sistema se apresentar como uma nova medida punitiva, não se poderia fazer alusão ao controle eletrônico como mecanismo de afronta à ordem democrática, em razão de não atingir os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito. A ordem constitucional pátria está alicerçada na dignidade da pessoa humana e este princípio pode ser salvaguardado pelo controle eletrônico, por ser este sistema um possível garantidor da liberdade e de outros direitos inerentes à condição humana.

O consentimento<sup>165</sup> do monitorado para a utilização do controle eletrônico revela uma nova fase da justiça penal, onde se observa um processo de

---

<sup>164</sup> Nesse aspecto, adverte Neemias Moretti Prudente (2012, p. 156) que, “como é sabido hoje, nas prisões cautelares os presos provisórios devem ficar separados dos presos definitivamente condenados – em celas distintas, todavia, diante da nossa desestruturada realidade carcerária, poucas vezes se tem garantido esta separação, igualando o suspeito ao condenado e sujeito ambos a tratamento desumano.”

<sup>165</sup> Leciona Nuno Caiado (2012, p. 176) que “o consentimento do vigiado não significa um reforço do delinquente mas antes um esforço de acordo e da sua responsabilização. Ele plasma um compromisso no uso dos equipamentos que são colocados no seu corpo e na cooperação que deve prestar à boa execução da pena ou medida. Deste modo, o que aparenta ser uma concessão ao vigiado torna-se num instrumento da maior utilidade no processo de vinculação do vigiado à decisão de ME e, conseqüentemente, no seu sucesso.”

humanização da resposta estatal, em detrimento da degradação percebida com o modelo meramente punitivo. César Barros Leal (2011, p.73) considera a medida eticamente correta, na medida em que não é imposta, ao contrário, “aplica-se pela autoridade judiciária, com anuência prévia do Ministério Público e o assentimento livre, sem qualquer espécie de coação, do potencial usuário, a quem cabe dar plena e pormenorizada informação, ordinariamente por escrito, do sistema.”

Os defensores do monitoramento eletrônico de condutas apresentaram, ainda, como fator positivo, as experiências estrangeiras, revelando uma possível eficácia do controle eletrônico, quando da redução da criminalidade, da reincidência<sup>166</sup> e, principalmente, da população carcerária. Consoante as lições de Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008), a vigilância eletrônica se apresentaria como uma alternativa interessante, já que recorre à tecnologia e à experiência comparada, considerando que já existem ensaios positivos em diversos países do mundo. Ramón Abarca (2004) pontua que, de acordo com o Ministério do Interior britânico, apenas uma porcentagem mínima, não passando de dois por cento, dos monitorados volta a praticar crimes, sendo, em sua maioria, infrações de trânsito, o que, destarte, serve como demonstrativo da efetividade da tecnovigilância. Neemias Moretti Prudente (2012) anota que, nos países em que se adotou o monitoramento como substituto da pena privativa de liberdade, houve uma sensível diminuição dos gastos públicos.

Na França, a utilidade da medida foi demonstrada quando se verificou que entre os anos de 2000 e 2003, apenas quinze casos de reincidência foram registrados, num total de mil cento e trinta e seis medidas de monitoramento eletrônico aplicadas (CÉRÉ, 2006). O efeito da adoção do controle eletrônico na Suécia foi ainda maior, ao se constatar que desde 1994, quando a tecnovigilância começou a ser utilizada, dezessete mil penas privativas de liberdade foram substituídas, culminando no fechamento de dez unidades prisionais com capacidade para quatrocentos internos, como aponta Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2008).

O monitoramento concorre para o benefício do Estado, dos investigados,

---

<sup>166</sup> Sobre a atenuação da reincidência, César Barros Leal (2011, p. 76) conclui que, “ao evitar a danosa convivência entre muros, o monitoramento torna-se um mecanismo de asseguramento da não dessocialização do usuário e da diminuição de vulnerabilidade, pois lhe permite permanecer no espaço de seu lar, ao lado do cônjuge e filhos, assim como no grupo social, mantendo seu trabalho e participando, em alguns casos, de cursos ou programas educativos. Na medida em que coadjuva na readaptação social (por si mesmo não tem este efeito e efetivamente não é um objeto prioritário), os índices de reincidência propendem a diminuir.”

acusados ou condenados<sup>167</sup> e da sociedade como um todo, na medida em que se preservaria a segurança pública a partir do rastreamento dos monitorados. Observa César Barros Leal (2011) que os usuários do programa de controle eletrônico se sentiriam intimidados a sair da zona de inclusão determinada pelo magistrado em decisão judicial, ou mesmo a praticar novos delitos, em razão de possuírem o conhecimento de que tais atos resultariam na sua entrada ou regresso à prisão. Seria possível utilizar a tecnologia de vigilância, inclusive, como instrumento probatório da inocência, quando acusados de cometerem algum delito.

Ainda em relação ao monitorado, a vigilância eletrônica assegura um acompanhamento individualizado, considerado essencial no processo de reinserção do indivíduo na sociedade. Pilar Otero González (2008) considerou a tecnologia benéfica quando utilizada sob a orientação de uma política penitenciária alicerçada na humanização das penas.

À crítica que se despontou em relação às falhas operacionais da tecnologia de vigilância eletrônica surgiram respostas que sustentam a viabilidade do monitoramento. Nas lições de César Barros Leal (2011), a avaliação contínua das irregularidades e das falhas de rastreamento é capaz de sanar tais problemas, com desenvolvimento de sistemas mais eficientes, como o *Global System Mobile Communications*. Os possíveis processos alérgicos podem ser resolvidos com a alteração do material. Sobre a dificuldade de compreensão sobre a forma de utilização do equipamento, podem ser criados meios de orientação mais simplificados aos usuários<sup>168</sup>. Com efeito, o atual estágio de desenvolvimento tecnológico<sup>169</sup> revela a possibilidade de criação de mecanismos menos invasivos e mais discretos, evitando um possível constrangimento pelo uso. Como conclui Túlio Vianna (2012), as principais críticas ao monitoramento eletrônico não alcançam as

---

<sup>167</sup> Ressalta César Barros Leal (2011, p. 80) que foi criado um mito sobre a agressão em público dos monitorados: “desconhecem-se registros de relatos de agressão em público (se os há, são numericamente desprezíveis) em virtude do uso dos adminículos, até naqueles países onde se empregam com mais frequência (como Estados Unidos), inclusive por autores de crimes graves.”

<sup>168</sup> Nuno Caiado (2012, p. 177) ressalta a importância do esclarecimento da pessoa vigiada e, em certa medida, dos coabitantes, em relação ao monitoramento, considerando que se trata de uma “necessidade para o sucesso da pena ou medida e pressuposto indispensável na satisfação da ética.”

<sup>169</sup> Observa César Barros Leal (2011, p. 82) que “empresas norte-americanas e europeias têm *know-how* suficiente para garantir a viabilidade técnica do monitoramento eletrônico.” Além disso, “empresas brasileiras estão aperfeiçoando um equipamento inteiramente nacional, com tornazeleira e unidades portáteis de rastreamento (UPR) e uma estação de acompanhamento eletrônico.” Vale salientar que “a eficácia e a confiabilidade dos grilhões eletrônicos são constatadas em inúmeras nações de médias e altas receitas com tradição de operatividade e respeito aos direitos e garantias individuais. Não por outra razão continuam evoluindo e se expandindo, com êxitos indubitáveis.”

características essenciais da tecnologia de controle, direcionando seus argumentos apenas às questões de ordem formal, que podem ser resolvidas conforme as necessidades locais.

Com efeito, o controle eletrônico de condutas se apresenta como instrumento de efetividade nos processos fiscalizatórios dos cumprimentos das medidas impostas por decisão judicial, seja em sua vertente *front-door*, ou mesmo *back-door*. Sua natureza permite a diversificação das hipóteses em que pode ser utilizado, revelando-se como substituto de medidas cautelares mais gravosas ou, ainda, de respostas penais mais invasivas, como a privação da liberdade. Nesse sentido, não se autoriza desconsiderar as perspectivas que se delineiam com a sua implementação no sistema jurídico, como medida de política criminal que serve ao melhor desenvolvimento da gestão da segurança e da justiça penal.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do Direito Penal é marcada por progressos e retrocessos que se apresentaram de forma ímpar, confundindo-se, contudo, com o próprio aspecto valorativo da sociedade. Assim, abandonou-se a punição do infrator da norma com respostas ao seu corpo, e passou-se à era da humanização e da razão Iluministas, responsáveis pela idealização e materialização do cárcere como alternativa às barbáries praticadas em nome da Justiça.

O período da Ilustração, bem representado por Cesare Beccaria, no auge de sua obra “Dos delitos e das penas”, foi um marco ao subsistema jurídico que invoca para si o título de ciência da *ultima ratio*. Os princípios da dignidade da pessoa humana e do respeito ao condenado, concedendo-lhe uma série de direitos e garantias fundamentais, foram erguidos como estandarte de um novo controle social. A pena privativa de liberdade se apresentou como um substituto dos castigos e suplícios medievais, trazendo a teorização dos objetivos na aplicação de uma sanção pelo Estado: retribuição, prevenção e restauração, em suas mais diversas vertentes, formaram a tríade que sustentaria a pena e, mais, o próprio fim do Direito Penal.

O sistema prisional, tão enaltecido pelos teóricos da Era das Luzes, transformar-se-ia no instrumento estatal que, apesar de apresentar falhas evidentes, perdura por séculos, refletindo a derrocada do homem em razão da falência do cárcere: são diversos os problemas, entre os quais, a superlotação, que é manancial de tantos outros agravantes que provam a ineficácia do sistema penal moderno. Tais problemas colidem com os direitos e garantias fundamentais do homem, conflitando com a própria existência e manutenção do Estado Democrático de Direito.

O século XXI representa o ápice da revolução cognitiva. Em vários ramos das ciências, o avanço tecnológico se tornou um aliado à resolução de diversos problemas. Destarte, o Direito, como sistema de evolução que acompanha o desenvolvimento da sociedade, deverá se utilizar de mecanismos apresentados pela tecnologia para aperfeiçoamento de sua atuação. Não há que se falar em manutenção de uma tradição jurídica quando do aparecimento de técnicas que podem facilitar o acesso à Justiça, promovendo a celeridade que a própria

Constituição da República Federativa do Brasil apresenta em seu artigo 5º, Inciso LXXVIII, com a devida proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, no subsistema jurídico criminal não poderia ser diferente, onde as inovações, ainda que causadoras de polêmicas, devem ser pensadas como alternativas para a humanização das penas, com a finalidade precípua de alcançar aqueles objetivos. Dessa forma, aparecem diversos instrumentos tecnológicos, como a oitiva de partes e testemunhas por vídeoconferência e a gravação de depoimentos em vídeos. É justamente nesse contexto que está inserido o monitoramento eletrônico de presos.

A tecnovigilância se apresenta como alternativa constitucional e eficaz à pena privativa de liberdade, alcançado, deveras, outros institutos do Direito Penal. Em primeiro plano, a sua constitucionalidade é verificada quando da manutenção e proteção do princípio fundamental de sustentação do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana, prevista constitucionalmente no artigo 1º, inciso III, da Norma Suprema. Não há que se falar em mitigação desse princípio, pois o controle eletrônico possibilita a ressocialização do apenado, além de oferecer-lhe condições para reinserção familiar, social e econômica, através de oportunidades de trabalho e manutenção do sua condição de liberdade.

Muitos teóricos manifestaram opinião contrária à implementação do programa, afirmando ser este um mitigador da liberdade e da privacidade do apenado. Todavia, deve-se observar que tais direitos já são restringidos quando do cometimento de algum ilícito que enseje uma condenação penal em que há privação da liberdade. Há, portanto, um pressuposto para a aplicação da pena, não importando a sua natureza, almejando-se, todavia, uma alternativa menos gravosa como sanção. Nesse sentido, a discricção do aparelho de monitoramento, seja um bracelete, uma tornozeleira ou mesmo uma pulseira, atende a esse objetivo, retirando do sentenciado parcela de sua liberdade e sua privacidade, permitindo, contudo, sua ressocialização. Para essa conclusão, é imperativo invocar a proporcionalidade contrastante dos princípios, encontrando no controle eletrônico o resultado ponderado, adequado e necessário a sua aplicação. Diante de tais considerações, infere-se que o monitoramento eletrônico de condutas é uma alternativa constitucional à pena privativa de liberdade.

Uma vez demonstrado o aspecto constitucional do programa, resta, ainda,



analisar sua viabilidade e sua eficácia. Nesse sentido, deve-se suscitar as hipóteses de aplicabilidade do controle: como instrumento de fiscalização, o monitoramento se apresenta capaz de oferecer maior segurança ao Estado e à sociedade. Na liberdade vigiada, característica própria dos regimes aberto e semiaberto, do livramento condicional, e de outros benefícios, constata-se a sua efetividade, na medida em que possibilita maior controle executório da medida e, de forma consecutória, aumenta as hipóteses de concessão de benefícios penais. Destarte, o controle eletrônico pode proporcionar essa ação estatal, além de oferecer aos apenados que foram beneficiados com tais institutos, segurança para provar sua inocência quando da suspeita de cometimento de delitos enquanto estavam sob a execução penal. O mesmo controle poderá ser efetivado no regime fechado, seja internamente, evitando fugas, seja no momento de realização de trabalhos externos.

O Código Penal pátrio apresenta uma série de tipos penais que representam crimes de menor potencial ofensivo, culminando a estes, pena privativa de liberdade. A substituição dessa espécie de pena pelo monitoramento poderá representar um movimento gradativo na diminuição dos meios invasivos de controle, devolvendo ao Direito Penal a sua característica principal: *a ultima ratio*. Dessa forma, o controle eletrônico representará um instrumento que, ao ser aplicado a crimes de menor gravidade, promoverá a materialização da proporcionalidade no subsistema jurídico criminal.

Com efeito, os projetos de lei desenvolvidos no País apresentou outra hipótese de aplicabilidade do controle eletrônico, considerando-o como medida cautelar a ser adotada em substituição da prisão processual. Trata-se de uma mera substituição desse instituto que retira, provisoriamente, a garantia da liberdade, por outro que alcança a privacidade, evitando os efeitos deletérios do cárcere.

Ademais, as experiências internacionais demonstraram a eficácia do programa de monitoramento e, antes que se apresente o argumento de que os Estados Unidos e a Europa são realidades bem distantes da brasileira, observa-se o sucesso do controle eletrônico em países com configuração socioeconômica próxima daquela delineada no Brasil. Na maioria dos países que adotaram o sistema, verificou-se uma baixa nos índices de criminalidade e reincidência.

Salienta-se, todavia, que a implementação do monitoramento eletrônico de conduta dependerá de cada caso concreto, devendo atender aos requisitos próprios

que possibilitem sua aplicabilidade, além da manifestação expressa e inequívoca do apenado em optar pela privação de sua liberdade ou pela restrição de seu direito à privacidade.

Diante das considerações apresentadas, torna-se possível entender o monitoramento eletrônico de condutas como alternativa constitucional e eficaz à pena privativa de liberdade, e sua aplicabilidade poderá conduzir, irrefragavelmente, aos objetivos precípuos do Direito Penal, além de promover uma alteração estrutural na história do sistema punitivo. O controle eletrônico de condutas descortina uma nova realidade, dando as boas-vindas aos arautos de inovação do Século XXI, além de corroborar com a solidificação de um sistema penal que garanta a existência e o desenvolvimento de um Estado Democrático-Constitucional de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABARCA, Ramón. *La experiencia británica con 27.000 presos*. El Mundo. A. XV, n. 5.148, 12 jan. 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Marcius Alexandros Antunes de. *Monitoramento eletrônico como alternativa ao cárcere na prisão preventiva*. In: Processo pena contemporâneo. Nereu José Giacomolli; André Machado Maya (orgs.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

AMELUNG, Knut. *O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos*. In: O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANGÓN, Oscar Celador. *Libertad religiosa e revoluciones ilustradas*. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I. El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución. Gregorio Perces-Barba Martínez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. RANGEL DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

AYOS, Emilio Jorge. *Delito y pobreza: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Superlotação do cárcere: um problema para o estado?* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 37 (ago./set.2010). Porto Alegre: Magister, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. en Revista Doctrina Penal, año 8, nº 29. Buenos Aires: Argentina, 1985.

\_\_\_\_\_. *Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. In: Sistema Penal para o Terceiro Miênio: atos do Colóquio Marc Ancel. João Marcello de Araújo Junior (org.). Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Trimestral. Ano 8. n. 29. janeiro-março de 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no estado democrático de direito*. In: Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas. Gimar Ferreira Mendes. Pierpaolo Cruz Bottini. Eugenio Pacelli. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, Steven W. *O efeito das novas tecnologias no sistema de justiça criminal: críticas à experiência dos Estados Unidos*. In: Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Temas atuais de direitos fundamentais*. 2. ed. Ilhéus – Bahia: Editora da UESC, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito penal. Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Individualização da pena*. In: *Crítica à Execução Penal*. Salo de Carvalho (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico*. In: *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penca à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAIADO, Nuno. *Monitoramento eletrônico e ética – um olhar prático*. In: *Monitoramento Eletrônico em Debate*. Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPARRÓS, José E. Sáinz-Cantero. *La codeliuencia em los delitos imprudentes en el código penal de 1995*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CARRILLO, Jerónimo Betegón. *Los precedentes intelectuales de la humanización del derecho penal y procesal em los siglos XVI y XVII*. In: *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad Siglos XVI y XVII*. Gregorio Perces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CÉRÉ. Jean-Paul. *As novas tecnologias a serviço do direito penal: monitoramento eletrônico estático e móvel*. In: *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONTE, Christiany Pegorari. *Execução penal e o direito pena do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de presos*. Revista dos Tribunais. Ano 9, n. 894. São Paulo: RT, 2010.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DALBORA, José Luiz Guzmán. *La "individualización" de la pena: contenido, trayectoria histórica y crítica del concepto*. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v.35 (abr./maio 2010). Porto Alegre: Magister, 2010.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Coleção a obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DUMOULIN, Laurence; LICOPPE, Christian; THOENIG, Jean-Claude; FROMENT, Jean-Charles; MOUHANNA, Christian. *Les technologies dans la justice: genèses et appropriations*. PACTE-IEP de Grenoble, 2007.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Lei do monitoramento eletrônico: avanço na execução penal*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 37 (ago./set.2010). Porto Alegre: Magister, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

FALCON Y TELLA, María José. FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿um derecho a castigar?* Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FEUERBACH, P.J.A.. *tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Tradución de Zaffaroni/Hagemeier de la 14.ª ed. alemana de 1847. Buenos Aires (Hammurabi), 2007.

FEVRIER, François. *Monitoramento eletrônico na França. Enfoque institucional e profissional*. In: *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge e ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora, 1997.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*. v. I, t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código pena e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FROMENT, Jean-Charles. *O monitoramento eletrônico. Inovações e permanências*. In: Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

GARIBALDI, Gustavo E.L. prisão domiciliar controlada mediante monitoramento eletrônico. Aplicação prática. In: Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2 – n. 6 – abril-junho, 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal*. In: O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HERKENHOFF, João Batista. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. 3. ed. Aparecida – São Paulo: Editora Santuário, 1997.

HULSMAN, Louk. DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

GONZÁLEZ, Pilar Otero. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Valencia: Tirant o Blanch, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.



\_\_\_\_\_. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?* In: *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *os dilemas do direito penal.* In: *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas.* Gimar Ferreira Mendes. Pierpaolo Cruz Bottini. Eugenio Pacelli. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

JAPIASSÚ. Carlos Eduardo Adriano. MACEDO. Celina Maria. *O brasil e o monitoramento eletrônico.* In: *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil.* Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

KANT, Immanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho.* México: UNAM, 1978.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. *Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, a. 14, n. 170, jan. 2007.

KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas.* Buenos Aires: FCE, 2004.

LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina.* Curitiba: Juruá Editora, 2011.

LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos: um novo "paradigma" de justiça? Análise crítica da lei n.º 21/2007, de 12 de junho.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LISZT, Franz von. *La idea del fin en derecho penal.* Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada: Comares, 1995.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Princípio da legalidade penal. Projeções contemporâneas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *A essência do direito*. São Paulo: Rideel, 2006.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. PORRAS, Javier Dorado. *Derecho, sociedad y cultura em el siglo XVIII*. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I. El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución. Gregorio Peces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. ORTEGA, Manuel Segura. *La filosofía de los límites del poder*. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Peces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Tránsito a la modernidade y derechos fundamentales*. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Peces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

MATHIESEN, Thomas. *Perché il carcere?* Trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Gruppo Abele, 1996.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito penal: sistemas, códigos e microssistemas*. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. In: Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. (org.) Ricardo Augusto Schmitt. Salvador: Edições Podivm, 2007.

\_\_\_\_\_. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona, 1996.

\_\_\_\_\_. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: IBdeF, 2006.

\_\_\_\_\_. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal: constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

\_\_\_\_\_. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução crítica e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. Ciências Criminais. V. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

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

NASSIF, Aramis. NASSIF, Samir Hofmeister. *O apenado, a família, a LEP e a Constituição*. In: *Crítica à Execução Penal*. Salo de Carvalho (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NAUCKE, Wolfgang. *O alcance do direito penal retributivo em Kant*. In: *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NEUMAN, Elías. *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia proveniente do espírito da música*. São Paulo: eBooks, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Prisão e liberdade: reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUÑEZ, Alicia Rodríguez. *Elementos básicos de investigación criminal*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado (UNED). Coord. José Collado Medina. 2007.

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: Monitoramento Eletrônico em Debate. Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OESTREICH, Gerhard. *Pasado y presente de los derechos humanos: la Idea de los derechos humanos a través de la historia*. Madrid: Tecnos, 1990.

ORTEGA, Manuel Segura. *La situación del derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII*. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Perces-Barba Martínez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

PANDOLFO, Alexandre. *Acerca do pensamento criminológico e suas mazelas. Sobre “a pena como vingança razoável”, de Eugenio Raúl Zaffaroni*. In: Monitoramento Eletrônico em Debate. Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIMENTEL, Fabiano. *A prisão invisível*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 38 (out./nov.2010). Porto Alegre: Magister, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRUDENTE, Neemias Moretti. *Sozinho mas não esquecido: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de infratores*. In: Monitoramento Eletrônico em Debate. Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMIREZ, Juan José Bustos y MALARÉE, Hernan Hormozábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. *Lecciones de derechos penal*. Madrid: Ed. Trotta, 1997.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

RIVACOBBA, Manuel de Rivacoba Y, *Introducción al estudio de los principios cardinales de derecho penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n.º 32, 2000.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica: bases para creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

ROLIM, Marcos. *Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil*. In: *Crítica à Execução Penal*. Salo de Carvalho (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

ROUSSO, Lisa. Monitoramento eletrônico doméstico: exemplos e prática nos Estados Unidos. In: *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Española Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t.I.

\_\_\_\_\_. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e controle social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. *Algumas reflexões sobre as funções da prisão da atualidade e o imperativo de segurança: estudos de execução criminal – direito e psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración*. In: *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen II. La filosofía de los derechos humanos. Los rasgos generales de evolución*. Gregorio Perces-Barba Martínez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2001.

\_\_\_\_\_. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Lustel, 2011.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARRULE, Oscar Emilio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal – Abolicionismo o Justificación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *A crise de legalidade na execução penal*. In: *Crítica à Execução Penal*. Salo de Carvalho (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In: *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SHUTE, Stephen. *Rastreamento via satélite de presos: um estudo dos projetos na Inglaterra e no País de Gales*. In: *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária: 2008.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. In: *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas*. Gimar Ferreira Mendes. Pierpaolo Cruz Bottini. Eugenio Pacelli. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Individualização da pena no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

STRATENWERTH, Günter. *Sobre o conceito de “bem jurídico”*. In: O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Luís Greco. Fernanda Lara Tórtina (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. *Ajuris*, ano XXXII, n. 97, mar./2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

TEIXEIRA, Daniela Felix. *O sistema de justiça criminal: para quê e para quem?* In: Monitoramento Eletrônico em Debate. Alexandre Moraes da Rosa e Neemias Moretti Prudente (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire. *Penas substitutivas, o único caminho viável para o direito penal contemporâneo*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v.29 (abr./maio 2009). Porto Alegre: Magister, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Prisão virtual*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. v. 21, n. 9, set. 2009.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VACHERET, Marion. GENDRON, Josiane. *O monitoramento eletrônico no Canadá: retrato de um sistema*. In: Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

VALOIS, Luís Carlos. *Ensaio sobre o monitoramento eletrônico (Lei 12.258/10)*. In: Monitoramento Eletrônico em Debate. Alexandre Moraes da Rosa e Neemias Moretti Prudente (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VELAZQUÉZ, Kenya Margarita Espinoza. CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad*. Habana: Universidad de las Tunas, Ministerio de Educacion Superior. 2007.

VIANNA, Túlio Lima. *Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão*. In: Monitoramento Eletrônico em Debate. Alexandre Moraes da Rosa e Neemias Moretti Prudente (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VIVANCOS, Alejandro Ayuso. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria em España*. Valencia: Nau Libres, 2003.

YEPES, Rodrigo Uprimny. GUZMÁN, Diana Esther. *Políticas de drogas y situación carcelaria em Colombia*. Debates Penitenciarios. N. 14. Diciembre 2010. Instituto de Assuntos Públicos. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Universidad de Chile.

WEIS, Carlos. *Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente*. In: Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito pena brasileiro I: teoria gera do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZULAGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal (parte general)*. Granada: Universidad de Granada, 1991.



## REFERÊNCIAS NORMATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto n.º 7.627, de 24 de novembro de 2011*. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e na Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 2011.

BRASIL. *Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. *Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. *Lei n.º 12.258, de 15 de junho de 2010*. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2010.

BRASIL. *Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana. Bogotá: 1948.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Assembleia Nacional. 1789.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 663 CI (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela Resolução 2.076 (LXII), de 13 de maio de 1977*. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. São José da Costa Rica: 1969.

MÉXICO. *Recomendação n. 11 da Comissão Nacional dos Direitos Humanos*. 25 de janeiro de 2006.

## REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. *Inconstitucionalidade das leis estaduais que dispõem sobre tornozeleiras eletrônicas em presos*. 2009. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/1433074/inconstitucionalidade-das-leis-estaduais-que-dispoem-sobre-tornozeleiras-eletronicas-em-presos>> Acesso em: 05/10/2010.

AMATO, Alessandra. *O monitoramento eletrônico de presos representa um avanço?* Disponível em: <<http://www2.oab.sp.org.br/materias.asp?edicao=111&pagina=3025&tds=7&sub2=0&pgNovo=67>> Acesso em: 28 de abril de 2008.> Acesso em: 20/04/2009.

BARBANT, Maria. *Mato Grosso irá testar monitoramento eletrônico de presos*. Mato Grosso. 2008. Disponível em: <<http://www.mt.gov.br/imprime.php?sid=168&cid=39417>> Acesso em: 25/03/2010.

BLACK, Matt. SMITH, Russel G. *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System*. In: Trends and Issues in Crime and Criminal Justice. N. 254. Australian Institute of Criminology: 2003. Disponível em: <<http://www.aic.gov.au/documents/4/6/9/%7B469CBBD4-B204-4F5E-8C73-B9B47C707F05%7Dtandi254.pdf>> Acesso em: 25/02/2010.

CÉRÉ, Jean-Paul. *La surveillance électronique: une réele innovation dans le process penal?* Rio de Janeiro, 8 de jun. 2006. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, n. 8. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/RevIstas/Revista08/Artigos/JeanCere.pdf>> Acesso em: 20/03/2008.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Recomendación General n.º 11: sobre el otorgamiento de beneficios de libertad anticipada a los internos en los centros de reclusión de la República Mexicana. México, D. F., a 25 de enero de 2006. Disponível em: <<http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Recomendaciones/Generales/011.pdf>> Acesso em: 15/10/2012.

DODGSON, Kath *et al.* *Electronic monitoring of released prisoners: an evaluation of the home detention curfew scheme*. Londres, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.serco.com/instituteresource/market/justice/monitoring/indez.asp>> Acesso em: 10/08/2008.

FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. *A monitoração eletrônica como medida cautelar no processo penal brasileiro*. 2011. Disponível em: <[http://www.tjpa.jus.br/juizes/ANDRE\\_FILO\\_CREAO/artigos/O\\_MONITORAMENTO\\_ELETRONICO\\_COMO\\_MEDIDA\\_CAUTELAR.pdf](http://www.tjpa.jus.br/juizes/ANDRE_FILO_CREAO/artigos/O_MONITORAMENTO_ELETRONICO_COMO_MEDIDA_CAUTELAR.pdf)> Acesso em: 25/01/2012.

GOYENA, Julio César Spinoza. *Brazalete electrónico, a propósito de la detención domiciliaria*. Publicado en el diario El Peruano. Peru, 2005. Disponível em: <[www.incipp.org.p](http://www.incipp.org.p)> Acesso em: 25/03/2008.

ISHIDA, Valter Kenji. *Medidas cautelares pessoais e a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011: uma abordagem prática*. Disponível em: <[www.eduardo-viana.com](http://www.eduardo-viana.com)>. Acesso em: 10/04/2012.

LACTEC – Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento. *LACTEC e SPACECOM desenvolvem equipamento para monitoramento de presos*. Mai.2007. Disponível em <<http://sistemas.lactec.org.br/%5C/%5CImpreDestques%5Csac%5CNewsletter%5C05%5Cn01.html>> Acesso em: 25/03/2012.

MAMPAEY, Luc. RENAUD, Jean-Phillipe. *Prison Technologies: an appraisal of technologies of political control*. Luxembourg, July 2000. Disponível em: <<http://www.grip.org/bdg/pdf/g1772.pdf>> Acesso em: 15/01/2008.

MARIATH, Carlos Roberto. *Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada*. Ministério da Justiça. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/main.asp>>. Acesso em: 20/12/2010.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, O tríplice influxo dos princípios e regras constitucionais no direito penal. 24.04.2001. Disponível em: < [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)> Acesso em 01/08/2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias Infopen. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos: todas UF's. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 25/10/2012.

REPÚBLICA DE PANAMÁ. MINISTERIO PÚBLICO. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución n.º 3 (De 7 de enero de 2009). Que amplía el Plan Piloto sobre la Implementación del Sistema de Localización Telemática a través del Brazalete Electrónico de Monitoreo para garantizar el cumplimiento de Medidas Cautelares. Disponível em: <[http://ministeriopublico.gob.pa/minpub/Portals/0/Pdfs/resoluciones/Res\\_03\\_09.pdf](http://ministeriopublico.gob.pa/minpub/Portals/0/Pdfs/resoluciones/Res_03_09.pdf)> Acesso em: 25/03/2012.

REIS, Fábio André Silva. *Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as): breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca*. Salvador, 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/cibercon.pdf>> Acesso em: 25/05/2008.

RÍO, Miguel Angel Iglesias. PARENTE, Juan Antonio Pérez. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*. México. 2006. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr21.pdf>> Acesso em: 10/05/2008.

RONDINELLI, Vincenzo. *Tracking humans: the electronic bracelet in a modern world*. Canadá, 1997. Criminal Lawyers' Association. Disponible em: <<http://www.criminallawyers.ca/newslett/aug97/rondinelli.htm>> Acesso em: 20/10/2008.

SPACECOM COMUNICAÇÕES E TECNOLOGIA. *Tornozeleira para presos vira alternativa em lei, mas para poucos*. Jul. 2007. Disponible em < <http://www.spacecom.com.br/?s=not&id=0020>> Acesso em: 25/03/2012.

VITORES, Anna; DOMÈNECH, Miquel. *Tecnología y poder. Un análisis foucaultiano de los discursos acerca de la monitorización electrónica*. In: Forum: Qualitative Social Research. Sozialforschung. Volumen 8, n. 2. Art. 2. Mayo 2007. Disponible em: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/250/552>> Acesso em: 20/10/2012.

## ANEXOS



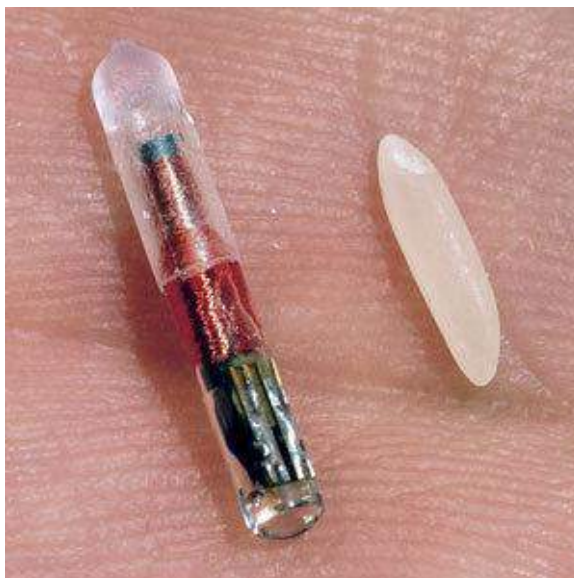
**Ilustração 1:** Tornozeleira Eletrônica.  
**Fonte:** Jornal O Estado de São Paulo, 2008.



**Ilustração 2:** Tornozeleira Eletrônica.  
**Fonte:** Redesul, 2008



**Ilustração 3:** Tornozeleira Eletrônica 3.  
**Fonte:** Spacecom, 2012.

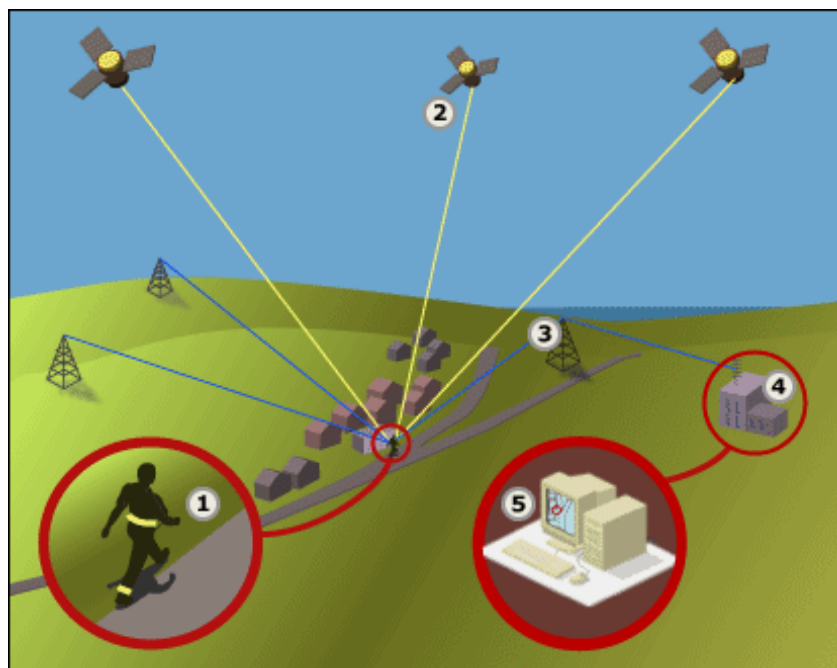


**Ilustração 4:** Chip de monitoramento eletrônico.  
**Fonte:** Alexandre Atheniense – Aristóteles Atheniense Advogados, 2008.



**Ilustração 5:** Incisão cirúrgica para introdução de chip de monitoramento eletrônico.  
**Fonte:** Alexandre Atheniense – Aristóteles Atheniense Advogados, 2008.





- 1: O condenado usa dispositivo de monitoramento em cinto, com conexão sem fios, e tornozeleira eletrônica;
- 2: O dispositivo envia sinais GPS aos satélites;
- 3: Os dados de localização são transferidos do dispositivo de cinto para a central;
- 4: Os dados enviados são controlados pela central que é alertada se o ofensor entra em zona de exclusão. O alarme de frequência de rádio também envia um alerta se o monitorado tenta tirar a tornozeleira;
- 5: A posição do condenado é mostrada como rastros de localização em mapa de computador.

**Ilustração 6:** Sistema de Monitoramento Eletrônico de Condutas  
**Fonte:** HardMob Fórum, 2008.

# Monitoramento de Sentenciados

Dispositivo de Peça Única



**Ilustração 7:** Monitoramento de Sentenciados – Peça Única

**Fonte:** Spacecom, 2012.

# Monitoramento de Sentenciados

Dispositivo de 2 peças



Central de Monitoramento



Internet



Servidores Spacecom



Rede de Telefonia Celular



UPR



Tornozeleira

**Ilustração 8:** Monitoramento de Sentenciados – Dispositivos de 2 peças

**Fonte:** Spacecom, 2012

## Monitoramento de Aproximação



**Ilustração 9:** Monitoramento de Aproximação  
**Fonte:** Spacecom, 2012

## Monitoramento Interno em Presídios



**Ilustração 10:** Monitoramento Interno em Presídios  
**Fonte:** Spacecom, 2012

**TOTAL BRASIL - Novembro 2000**

**NO SISTEMA PRISIONAL**

Vagas - por regime de condenação			
Regime	Homens	Mulheres	Total
Aberto	3.743	236	3.979
Semi-Aberto	18.301	679	18.980
Fechado	102.639	4.207	106.846
Med. Segurança	5.682	223	5.905
<b>Total</b>	<b>130.365</b>	<b>5.345</b>	<b>135.710</b>

**Número de Estabelecimento - Por Tipo**

Tipo de Estabelecimento	Quantidade
Cadeia Pública ou similar	462
Casa do Albergado	31
Centro de Observação	5
Colônia Agríc., Ind., Similar	19
Hospital de Custódia e Trat. Psiquiátrico	28
Penitenciária	348
<b>Total</b>	<b>893</b>

**População Carcerária - por regime de condenação**

Regime	Homens			Mulheres			Total de Presos
	Condenados	Provisórios	Total	Condenados	Provisórios	Total	
Aberto	5.151	372	5.523	237	36	273	5.796
Semi-Aberto	22.519	101	22.620	624	4	628	23.248
Fechado	97.270	37.555	134.825	3.240	1.123	4.363	139.188
Med. Segurança	2.652	3.759	6.411	243	94	337	6.748
<b>Total</b>	<b>127.592</b>	<b>41.787</b>	<b>169.379</b>	<b>4.344</b>	<b>1.257</b>	<b>5.601</b>	<b>174.980</b>

**FORA DO SISTEMA PRISIONAL**

Presos na Polícia								
Tipo de Estabelecimento	Vagas	Homens			Mulheres			Total de Presos
		Condenados	Provisórios	Total	Condenados	Provisórios	Total	
Delegacia	15.987	13.842	28.911	42.753	1.389	1.304	2.693	45.446
Cadeias Públicas	11.116	3.808	6.563	10.371	997	821	1.818	12.189
Outros	6	8	132	140	0	0	0	140
<b>Total</b>	<b>27.109</b>	<b>17.658</b>	<b>35.606</b>	<b>53.264</b>	<b>2.386</b>	<b>2.125</b>	<b>4.511</b>	<b>57.775</b>

**TOTAL GERAL**

População Carcerária Total (No Sistema Prisional e na Polícia)						
Homens			Mulheres			Total de Presos
Condenados	Provisórios	Total	Condenado	Provisórios	Total	
145.250	77.393	222.643	6.730	3.382	10.112	232.755

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**  
**DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**  
**Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen**

**Quadro Geral**

**F1 - Total Populacional no Sistema Penitenciário**

**F2 - Déficit da População no Sistema Penitenciário**

Valores marcados com '-' não foram informados pelos Estados.

Valores sublinhados referem-se a dez/2004.

Referência:12/2005

UF	Fechado		Semi-Aberto		Aberto		Med. Seg. - Internação		Med. Seg. - Tratamento		Provisório		F1	Vagas - Sistema		F2	Presos da SSP		Vagas - Polícia	
	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.		Masc.	Fem.		Masc.	Fem.	Masc.	Fem.
AC	862	26	269	7	284	13	5	0	1	1	1.004	76	2.548	983	46	1.519	16	1	0	0
AL	721	27	485	9	205	23	29	4	32	4	958	44	2.541	1.501	66	974	117	13	0	0
AM	783	53	197	19	184	18	4	0	0	0	1.614	140	3.012	1.232	120	1.660	643	18	0	0
AP	530	33	226	4	173	1	0	0	0	0	579	28	1.574	748	94	732	5	5	18	6
BA	896	79	644	21	112	73	80	3	0	0	5.066	170	7.144	4.978	278	1.888	0	0	0	0
CE	3.608	151	1.636	38	553	32	36	0	112	0	3.781	169	10.116	5.769	134	4.213	<u>1.014</u>	<u>0</u>	0	0
DF	3.562	189	1.975	26	116	0	55	3	0	0	1.251	122	7.299	5.296	383	1.620	0	0	50	0
ES	2.062	117	206	<u>12</u>	0	0	<u>63</u>	<u>4</u>	0	0	2.479	278	5.221	3.473	207	1.462	1.796	37	952	-
GO	3.400	98	450	35	200	30	20	3	0	0	1.900	90	6.226	3.020	147	3.059	3.444	132	3.200	84
MA	1.398	42	415	7	49	0	0	0	0	0	1.019	34	2.964	1.457	40	1.467	2.096	96	480	19
MG	3.385	123	1.136	47	335	13	5	2	36	-	1.121	86	6.289	3.051	6	3.232	<u>16.242</u>	<u>779</u>	-	-
MS	3.969	469	577	17	487	29	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>0</u>	1.911	432	7.891	2.961	721	4.209	382	<u>420</u>	-	-
MT	2.563	178	197	2	18	0	28	5	4	2	3.951	273	7.221	4.001	180	3.040	0	0	0	0
PA	1.874	47	493	7	72	0	76	0	0	0	3.386	121	6.076	5.159	108	809	1.222	0	0	0
PB	2.913	79	598	13	312	15	<u>90</u>	<u>4</u>	0	0	1.978	116	6.118	3.973	123	1.928	<u>0</u>	<u>0</u>	-	-
PE	3.879	166	1.107	29	855	40	284	20	-	-	9.051	386	15.817	7.954	244	7.619	2.428	73	-	-
PI	478	18	153	1	44	1	16	2	0	0	1.038	34	1.785	1.970	135	-320	0	0	<u>300</u>	-
PR	7.259	397	990	22	288	18	0	0	0	0	1.712	131	10.817	6.975	410	3.432	7.297	601	2.123	40
RJ	12.536	779	2.527	8	291	9	0	0	1.389	0	5.213	302	23.054	<u>19.767</u>	-	3.287	4.592	109	<u>0</u>	-
RN	1.070	57	277	16	119	2	29	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>0</u>	640	33	2.243	1.257	108	878	1.431	114	<u>869</u>	-
RO	2.134	138	392	16	172	31	34	20	12	6	1.047	122	4.124	1.987	111	2.026	438	6	233	0
RR	249	37	73	1	71	1	0	0	0	0	509	31	972	462	0	510	25	0	8	0
RS	9.463	420	4.030	118	1.588	69	443	26	-	-	6.153	311	22.621	15.646	391	6.584	0	0	0	0
SC	4.470	294	926	24	629	25	121	0	0	0	2.788	293	9.570	6.659	489	2.422	515	23	470	10
SE	565	23	113	0	247	13	29	2	-	-	1.102	48	2.142	1.129	20	993	588	2	240	10
SP	66.908	3.375	12.755	450	-	-	-	-	623	78	36.412	-	120.601	85.717	3.275	31.609	12.610	4.905	-	-
TO	261	16	54	6	13	0	0	0	0	0	559	24	933	1.598	0	-665	243	5	<u>239</u>	-
<b>Total</b>	<b>141.798</b>	<b>7.431</b>	<b>32.901</b>	<b>955</b>	<b>7.417</b>	<b>456</b>	<b>1.447</b>	<b>98</b>	<b>2.209</b>	<b>91</b>	<b>98.222</b>	<b>3.894</b>	<b>296.919</b>	<b>198.723</b>	<b>7.836</b>	<b>90.360</b>	<b>57.144</b>	<b>7.339</b>	<b>9.182</b>	<b>169</b>

**Total Geral de Presos no sistema e na polícia:**

**361.402**

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**  
**DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**  
**Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen**

**Quadro Geral**

F1 - Total Populacional no Sistema Penitenciário

Data: Dezembro de 2007

UF	Fechado		Semi-Aberto		Aberto		Med. Seg. - Internação		Med. Seg. - Tratamento		Provisório		F1	Vagas Sistema		Presos da SSP		Vagas - Polícia	
	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.		Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.
AC	610	20	357	14	158	2	4	0	1	1	1.149	87	2.403	1.381	54	0	0	0	0
AL	267	5	270	0	13	0	28	4	0	0	877	53	1.517	1.421	90	260	13	0	0
AM	515	20	302	37	196	37	6	0	0	0	1.818	185	3.116	2.125	172	478	26	0	0
AP	447	22	383	10	321	0	0	0	0	0	649	38	1.870	756	96	0	0	0	0
BA	2.755	54	1.446	77	196	13	50	3	0	0	3.511	155	8.260	6.394	710	5.411	248	-	-
CE	4.058	137	2.036	62	621	19	42	0	138	0	4.883	190	12.186	7.715	374	-	-	-	-
DF	2.485	123	3.342	109	0	0	68	4	0	0	1.476	141	7.748	5.537	398	100	0	100	0
ES	2.331	170	697	69	39	2	35	5	0	0	2.243	403	5.994	4.142	322	2.591	73	1.083	73
GO	3.052	109	1.609	83	422	21	23	2	1	1	3.260	224	8.807	4.929	399	782	35	3.232	0
MA	777	22	554	22	70	4	2	1	1	0	1.422	49	2.924	1.644	72	2.298	78	-	-
MG	7.091	267	3.444	137	641	13	164	21	0	0	9.089	686	21.553	15.469	1.152	14.822	979	8.255	0
MS	3.772	352	1.652	248	445	42	31	0	1	0	2.418	343	9.304	3.453	901	1.354	205	0	0
MT	2.158	129	1.301	235	95	1	46	0	7	0	4.939	331	9.242	4.647	180	0	0	0	0
PA	2.172	72	217	8	87	0	38	1	0	0	4.176	203	6.974	5.818	204	1.760	0	0	0
PB	3.918	147	778	37	335	20	0	0	0	0	2.802	67	8.104	4.938	123	-	-	-	-
PE	3.765	174	2.378	95	1.392	74	335	33	72	10	9.985	523	18.836	8.048	250	0	0	0	0
PI	902	28	143	9	46	5	11	2	49	0	1.373	66	2.634	1.970	135	-	-	-	-
PR	6.175	210	1.752	96	8.413	1.095	291	19	0	0	2.523	143	20.717	11.183	492	7.440	695	7.406	590
RJ	10.502	702	4.124	115	428	30	7	0	0	0	6.674	269	22.851	21.905	1.257	3.325	347	3.359	322
RN	956	34	534	64	186	14	48	0	5	0	1.043	92	2.976	2.094	138	-	-	650	0
RO	1.904	105	1.062	66	280	22	25	0	1	0	1.525	138	5.128	2.454	121	13	0	359	0
RR	218	14	312	34	95	6	1	0	0	0	559	62	1.301	426	76	-	-	0	0
RS	10.386	295	6.090	282	2.019	107	468	26	203	31	5.290	405	25.602	13.291	235	0	0	-	-
SC	3.550	133	2.029	168	998	101	99	0	0	0	3.554	283	10.915	10.541	685	0	0	0	0
SE	873	13	353	16	0	0	58	4	0	0	846	56	2.219	1.334	51	784	87	240	10
SP	72.265	5.230	18.106	1.090	0	0	919	105	93	106	43.695	0	141.609	90.127	5.458	7.458	3.989	-	-
TO	685	26	232	2	22	1	10	0	0	0	555	36	1.569	1.608	20	342	21	-	-
<b>Total</b>	<b>148.589</b>	<b>8.613</b>	<b>55.503</b>	<b>3.185</b>	<b>17.518</b>	<b>1.629</b>	<b>2.809</b>	<b>230</b>	<b>572</b>	<b>149</b>	<b>122.334</b>	<b>5.228</b>	<b>366.359</b>	<b>235.350</b>	<b>14.165</b>	<b>49.218</b>	<b>6.796</b>	<b>24.684</b>	<b>995</b>

Total de Presos Sistema Penitenciário Estadual e Polícia	<b>422.373</b>
Penitenciária Federal de Catanduvas -PR	<b>109</b>
Penitenciária Federal de Campo Grande- CG	<b>108</b>
Total de Presos Estadual Federal e Polícia	<b>422.590</b>



## Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos

Todas UF's

Referência:12/2011

<b>Indicadores Automáticos</b>			
População Carcerária:			514.582
Número de Habitantes:			190.732.694
População Carcerária por 100.000 habitantes:			269,79
<b>Categoria: Quantidade de Presos/Internados</b>	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	<b>Total</b>
Indicador: Quantidade de Presos (Polícia e Segurança Pública)	38.617	4.711	43.328
Item: Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP)	38.617	4.711	43.328
Indicador: Quantidade de Presos custodiados no Sistema Penitenciário	441.907	29.347	471.254
Item: Sistema Penitenciário - Presos Provisórios	163.718	10.100	173.818
Item: Sistema Penitenciário - Regime Fechado	190.501	12.945	203.446
Item: Sistema Penitenciário - Regime Semi-Aberto	66.796	4.607	71.403
Item: Sistema Penitenciário - Regime Aberto	17.448	1.201	18.649
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Internação	2.981	266	3.247
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Tratamento ambulatorial	463	228	691
<b>Categoria: Capacidade</b>	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	<b>Total</b>
Indicador: Número de Vagas (Secretaria de Justiça e Seg. Pública)	286.266	20.231	306.497
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Provisórios	85.687	4.184	89.871
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Regime Fechado	139.326	12.038	151.364
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Regime Semi-Aberto	44.924	3.577	48.501
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Regime Aberto	4.509	376	4.885
Item: Sistema Penitenciário Estadual - RDD	308	0	308
Item: Sistema Penitenciário Federal - Regime Fechado	456	4	460
Item: Sistema Penitenciário Federal - RDD	24	0	24
Item: Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP)	11.032	52	11.084
<b>Categoria: Estabelecimentos Penais</b>	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	<b>Total</b>
Indicador: Quantidade de Estabelecimentos Penais (Sec. de Justiça e Segurança Pública)	1.233	79	1.312
Item: Penitenciárias	441	50	491
Item: Colônias Agrícolas, Indústrias	67	3	70
Item: Casas de Albergados	55	10	65
Item: Cadeias Públicas	629	10	639
Item: Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico	27	5	32
Item: Patronato	14	1	15
Indicador: Seções Internas	331	188	519
Item: Creches e Berçários	32	49	81
Item: Módulo de Saúde Feminino (Gestantes/Parturientes)	-	34	34
Item: Módulo de Saúde	33	13	46
Item: Quantidade de Crianças	266	92	358
Indicador: Informações Complementares	29	3	32
Item: Estabelecimentos Terceirizados - Regime Fechado	13	2	15
Item: Estabelecimentos Terceirizados - Regime Semi-Aberto	4	0	4
Item: Centro de Observação Criminológica e Triagem	12	1	13
<b>Categoria: Administração Penitenciária</b>	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	<b>Total</b>
Indicador: Quantitativo de Servidores Penitenciários (Funcionário Públicos na Ativa)	6.482	701	97.212
Item: Apoio Administrativo		9.764	9.764
Item: Agentes Penitenciários		65.794	65.794
Item: Enfermeiros		603	603
Item: Auxiliar e Técnico de Enfermagem		1.999	1.999
Item: Psicólogos		1.103	1.103
Item: Dentistas		436	436
Item: Assistentes Sociais		1.129	1.129
Item: Advogados		467	467
Item: Médicos - Clínicos Gerais		400	400
Item: Médicos - Ginecologistas		16	16
Item: Médicos - Psiquiatras		221	221
Item: Pedagogos		192	192
Item: Professores		1.800	1.800
Item: Terapeutas		74	74
Item: Policial Civil em atividade nos estabelecimentos penitenciários		137	137
Item: Policial Militar em atividade nos estabelecimentos penitenciários		3.610	3.610
Item: Funcionários terceirizados (exclusivo para tratamento penal)		2.284	2.284
Item: Outros	6.482	701	7.183
<b>Categoria: População Prisional</b>	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	<b>Total</b>
Indicador: Quantidade de Presos/Internados provenientes da Polícia/Justiça Federal	9.408	751	10.159
Item: Presos Provisórios	3.846	322	4.168
Item: Regime Fechado	3.177	234	3.411
Item: Regime Semi-Aberto	2.041	123	2.164
Item: Regime Aberto	339	72	411
Item: Medida de Segurança-Internação	5	0	5
Item: Medida de Segurança-Tratamento Ambulatorial	0	0	0
<b>Categoria: Perfil do Preso</b>	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	<b>Total</b>
Indicador: Quantidade de Presos por Grau de Instrução	441.907	29.347	471.254

Item: Analfabeto	24.973	1.461	26.434
Item: Alfabetizado	55.853	2.564	58.417
Item: Ensino Fundamental Incompleto	203.620	13.250	216.870
Item: Ensino Fundamental Completo	55.257	3.844	59.101
Item: Ensino Médio Incompleto	49.309	3.598	52.907
Item: Ensino Médio Completo	33.091	3.262	36.353
Item: Ensino Superior Incompleto	3.291	475	3.766
Item: Ensino Superior Completo	1.680	230	1.910
Item: Ensino acima de Superior Completo	108	44	152
Item: Não Informado	19.076	803	19.879
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária do Estado	-4.351	-184	-4.535
<b>Indicador: Quantidade de Presos por Nacionalidade</b>	<b>441.907</b>	<b>29.347</b>	<b>471.254</b>
Item: Brasileiro Nato	425.434	27.412	452.846
Item: Brasileiro Naturalizado	398	4	402
<b>Grupo: Estrangeiros do Sistema Penitenciário</b>	<b>2.535</b>	<b>832</b>	<b>3.367</b>
<b>Grupo: Europa</b>	<b>517</b>	<b>146</b>	<b>663</b>
Item: Alemanha	21	9	30
Item: Áustria	0	1	1
Item: Bélgica	4	1	5
Item: Bulgária	37	10	47
Item: República Tcheca	6	1	7
Item: Croácia	8	1	9
Item: Dinamarca	0	0	0
Item: Escócia	1	0	1
Item: Espanha	118	45	163
Item: França	17	5	22
Item: Grécia	5	4	9
Item: Holanda	43	10	53
Item: Hungria	1	5	6
Item: Inglaterra	14	6	20
Item: Irlanda	2	0	2
Item: Itália	40	8	48
Item: Noruega	0	1	1
Item: País de Gales	0	0	0
Item: Polônia	14	6	20
Item: Portugal	81	16	97
Item: Rússia	0	1	1
Item: Reino Unido	1	0	1
Item: Romênia	60	12	72
Item: Sérvia	10	0	10
Item: Suécia	2	1	3
Item: Suíça	1	2	3
Item: Outros países do continente Europeu	31	1	32
<b>Grupo: Ásia</b>	<b>75</b>	<b>69</b>	<b>144</b>
Item: Afeganistão	0	0	0
Item: Arábia Saudita	0	0	0
Item: Catar	0	0	0
Item: Cazaquistão	0	0	0
Item: China	9	1	10
Item: Coreia do Norte	0	0	0
Item: Coreia do Sul	6	0	6
Item: Emirados Árabes Unidos	0	0	0
Item: Filipinas	10	28	38
Item: Índia	0	0	0
Item: Indonésia	0	1	1
Item: Irã	0	0	0
Item: Iraque	0	0	0
Item: Israel	5	1	6
Item: Japão	3	0	3
Item: Jordânia	0	0	0
Item: Kuwait	0	0	0
Item: Líbano	28	0	28
Item: Macau	0	0	0
Item: Malásia	7	8	15
Item: Paquistão	0	0	0
Item: Síria	0	0	0
Item: Sri Lanka	0	0	0
Item: Tailândia	0	28	28
Item: Taiwan	0	0	0
Item: Turquia	6	2	8
Item: Timor-Leste	0	0	0
Item: Vietnã	0	0	0
Item: Outro países do continente asiático	1	0	1
<b>Grupo: África</b>	<b>721</b>	<b>230</b>	<b>951</b>
Item: África do Sul	68	63	131
Item: Angola	100	64	164
Item: Argélia	0	0	0
Item: Cabo Verde	3	26	29
Item: Camarões	6	0	6
Item: República do Congo	15	8	23
Item: Costa do Marfim	4	0	4
Item: Egito	1	0	1
Item: Etiópia	3	0	3
Item: Gana	26	0	26

Item: Guiné	12	11	23
Item: Guiné Bissau	35	7	42
Item: Líbia	3	0	3
Item: Madagascar	0	0	0
Item: Marrocos	7	12	19
Item: Moçambique	16	13	29
Item: Nigéria	324	17	341
Item: Quênia	2	0	2
Item: Ruanda	0	0	0
Item: Senegal	3	1	4
Item: Serra Leoa	8	0	8
Item: Somália	3	0	3
Item: Tunísia	3	1	4
Item: Outros países do continente africano	79	7	86
<b>Grupo: América</b>	<b>1.222</b>	<b>387</b>	<b>1.609</b>
Item: Argentina	78	25	103
Item: Bolívia	363	192	555
Item: Canadá	1	0	1
Item: Chile	50	7	57
Item: Colômbia	112	34	146
Item: Costa Rica	0	0	0
Item: Cuba	3	0	3
Item: República Dominicana	5	0	5
Item: Equador	9	2	11
Item: Estados Unidos	12	4	16
Item: Guatemala	0	0	0
Item: Guiana	19	6	25
Item: Guiana Francesa	1	3	4
Item: Haiti	0	0	0
Item: Honduras	2	0	2
Item: Ilhas Cayman	0	0	0
Item: Jamaica	0	2	2
Item: México	4	4	8
Item: Nicarágua	0	0	0
Item: Panamá	1	0	1
Item: Peru	165	31	196
Item: Porto Rico	1	0	1
Item: El Salvador	0	0	0
Item: Suriname	6	3	9
Item: Trindade e Tobago	2	0	2
Item: Uruguai	76	7	83
Item: Venezuela	20	6	26
Item: Outros países do continente americano	9	1	10
Item: Paraguai	283	60	343
<b>Grupo: Oceania</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>
Item: Austrália	0	0	0
Item: Nova Zelândia	0	0	0
Item: Outros países do continente oceania	0	0	0
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária do Estado	13.540	1.099	14.639
<b>Indicador: Quantidade de Presos por Tempo Total das Penas</b>	<b>441.907</b>	<b>29.347</b>	<b>471.254</b>
Item: Até 4 anos	51.002	3.926	54.928
Item: Mais de 4 até 8 anos	79.197	7.483	86.680
Item: Mais de 8 até 15 anos	60.713	3.239	63.952
Item: Mais de 15 até 20 anos	29.393	932	30.325
Item: Mais de 20 até 30 anos	23.172	591	23.763
Item: Mais de 30 até 50 anos	9.448	184	9.632
Item: Mais de 50 até 100 anos	3.112	27	3.139
Item: Mais de 100 anos	605	13	618
<b>Indicador: Quantidade de Crimes Tentados/Consumados</b>	<b>467.551</b>	<b>26.133</b>	<b>493.684</b>
<b>Grupo: Código Penal</b>	<b>327.121</b>	<b>8.575</b>	<b>335.696</b>
<b>Grupo: Crimes Contra a Pessoa</b>	<b>58.827</b>	<b>1.765</b>	<b>60.592</b>
Item: Homicídio Simples (Art 121, caput)	26.097	871	26.968
Item: Homicídio Qualificado (Art 121, Parágrafo 2º)	31.269	832	32.101
Item: Seqüestro e Cárcere Privado (Art 148)	1.461	62	1.523
<b>Grupo: Crimes Contra o Patrimônio</b>	<b>234.673</b>	<b>5.969</b>	<b>240.642</b>
Item: Furto Simples (Art 155)	33.149	1.143	34.292
Item: Furto Qualificado (Art 155, Parágrafo 4º e 5º)	34.024	908	34.932
Item: Roubo Qualificado (Art 157, Parágrafo 2º)	82.790	1.737	84.527
Item: Latrocínio (Art 157, Parágrafo 3º)	13.909	357	14.266
Item: Extorsão (Art 158)	2.168	74	2.242
Item: Extorsão Mediante Seqüestro (Art 159)	2.506	174	2.680
Item: Apropriação Indébita (Art 168)	589	20	609
Item: Apropriação Indébita Previdenciária (Art 168-A)	61	7	68
Item: Estelionato (Art 171)	5.165	277	5.442
Item: Receptação (Art 180)	11.027	289	11.316
Item: Receptação Qualificada (Art 180, Parágrafo 1º)	1.655	41	1.696
Item: Roubo Simples (Art 157)	47.630	942	48.572
<b>Grupo: Crimes Contra os Costumes</b>	<b>19.835</b>	<b>189</b>	<b>20.024</b>
Item: Estupro (Art 213)	11.431	77	11.508
Item: Atentado Violento ao Pudor (Art 214)	7.784	69	7.853
Item: Corrupção de Menores (Art 218)	530	32	562
Item: Tráfico Internacional de Pessoas (Art 231)	47	7	54

Item: Tráfico Interno de Pessoas (Art 231-A)	43	4	47
<b>Grupo: Crimes Contra a Paz Pública</b>	<b>7.790</b>	<b>336</b>	<b>8.126</b>
Item: Quadrilha ou Bando (Art 288)	7.790	336	8.126
<b>Grupo: Crimes Contra a Fé Pública</b>	<b>4.104</b>	<b>187</b>	<b>4.291</b>
Item: Moeda Falsa (Art 289)	430	17	447
Item: Falsificação de Papéis, Selos, Sinal e Documentos Públicos (Art 293 à 297)	963	67	1.030
Item: Falsidade Ideológica (Art 299)	667	43	710
Item: Uso de Documento Falso (Art 304)	2.044	60	2.104
<b>Grupo: Crimes Contra a Administração Pública</b>	<b>1.075</b>	<b>69</b>	<b>1.144</b>
Item: Peculato (Art 312 e 313)	982	65	1.047
Item: Concussão e Excesso de Exação (Art 316)	38	2	40
Item: Corrupção Passiva (Art 317)	55	2	57
<b>Grupo: Crimes Praticados Por Particular Contra a Administração Pública</b>	<b>817</b>	<b>60</b>	<b>877</b>
Item: Corrupção Ativa (Art 333)	540	35	575
Item: Contrabando ou Descaminho (Art 334)	277	25	302
<b>Grupo: Legislação Específica</b>	<b>140.430</b>	<b>17.558</b>	<b>157.988</b>
Item: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13/01/1990)	738	99	837
Item: Genocídio (Lei 2.889 de 01/10/1956)	5	1	6
Item: Crimes de Tortura (Lei 9.455 de 07/04/1997)	135	44	179
Item: Crimes Contra o Meio Ambiente (Lei 9.605 de 12/02/1998)	151	5	156
Item: Lei Maria da Penha - Violência Contra a Mulher (Lei 9.605 de 11.340 de 07/08/2006)	3.062	12	3.074
<b>Grupo: Entorpecentes (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)</b>	<b>108.833</b>	<b>16.911</b>	<b>125.744</b>
Item: Tráfico de Entorpecentes (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343)	103.641	15.897	119.538
Item: Tráfico Internacional de Entorpecentes (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343)	5.192	1.014	6.206
<b>Grupo: Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22/12/2003)</b>	<b>27.506</b>	<b>486</b>	<b>27.992</b>
Item: Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido (Art. 14)	17.641	319	17.960
Item: Disparo de Arma Fogo (Art. 15)	2.342	8	2.350
Item: Posse ou Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (Art. 16)	7.147	148	7.295
Item: Comércio Ilegal de Arma de Fogo (Art. 17)	181	7	188
Item: Tráfico Internacional de Arma de Fogo (Art. 18)	195	4	199
<b>Indicador: Quantidade de Presos por Faixa Etária</b>	<b>441.907</b>	<b>29.347</b>	<b>471.254</b>
Item: 18 a 24 anos	127.005	7.371	134.376
Item: 25 a 29 anos	111.184	6.522	117.706
Item: 30 a 34 anos	79.859	5.128	84.987
Item: 35 a 45 anos	70.686	5.945	76.631
Item: 46 a 60 anos	26.210	2.580	28.790
Item: Mais de 60 anos	4.551	305	4.856
Item: Não Informado	6.780	517	7.297
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária do Estado	15.632	979	16.611
<b>Indicador: Quantidade de Presos por Cor de Pele/Etnia</b>	<b>441.907</b>	<b>29.347</b>	<b>471.254</b>
Item: Branca	156.120	10.490	166.610
Item: Negra	71.386	4.534	75.920
Item: Parda	185.760	12.573	198.333
Item: Amarela	2.051	129	2.180
Item: Indígena	708	63	771
Item: Outras	10.261	548	10.809
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária do Estado	15.621	1.010	16.631
<b>Indicador: Quantidade de Presos por Procedência</b>	<b>332.132</b>	<b>21.231</b>	<b>353.363</b>
Item: Área Urbana - Municípios do Interior	141.338	9.042	150.380
Item: Área Urbana - Municípios em Regiões Metropolitanas	176.176	11.267	187.443
Item: Zona Rural	14.618	922	15.540
<b>Indicador: Situação/Regime (Reincidência)</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>
Item: Presos Provisórios (com apenas um processo/inquérito)	-	-	-
Item: Presos Provisórios (com dois ou mais processos/inquéritos)	-	-	-
Item: Presos Condenados (com apenas uma condenação)	-	-	-
Item: Presos Condenados (com duas ou mais condenações)	-	-	-
Item: Presos Provisórios e Condenados ao mesmo tempo	-	-	-
Item: Presos que têm registro(s) pretérito(s) de prisão	-	-	-
<b>Categoria: Tratamento Prisional</b>	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	<b>Total</b>
<b>Indicador: Quantidade de Presos em Programas de Laborterapia-Trabalho Externo</b>	<b>18.956</b>	<b>1.323</b>	<b>20.279</b>
Item: Parceria com a Iniciativa Privada	9.684	565	10.249
Item: Parceria com Órgãos do Estado	3.814	333	4.147
Item: Parceria com Paraestatais (Sistema S e ONG)	868	25	893
Item: Atividade Desenvolvida - Artesanato	2.992	377	3.369
Item: Atividade Desenvolvida - Rural	437	3	440
Item: Atividade Desenvolvida - Industrial	1.161	20	1.181
<b>Indicador: Quantidade de Presos em Programas de Laborterapia-Trabalho Interno</b>	<b>80.041</b>	<b>9.084</b>	<b>89.125</b>
Item: Apoio ao Estabelecimento Penal	33.195	3.970	37.165
Item: Parceria com a Iniciativa Privada	24.722	3.330	28.052
Item: Parceria com Órgãos do Estado	3.164	413	3.577
Item: Parceria com Paraestatais (Sistema S e ONG)	934	150	1.084
Item: Atividade Desenvolvida - Artesanato	13.092	989	14.081
Item: Atividade Desenvolvida - Rural	851	24	875
Item: Atividade Desenvolvida - Industrial	4.083	208	4.291
<b>Indicador: Quantidade de Leitos</b>	<b>2.614</b>	<b>449</b>	<b>3.385</b>
Item: Leitos para Gestantes e Parturientes		322	322
Item: Leitos Ambulatoriais	881	53	934
Item: Leitos Hospitalares	358	21	379
Item: Leitos Psiquiátricos	1.367	139	1.506
Item: Leitos em Bercários e Creches	8	236	244

<b>Indicador: Quantidade de Presos Envolvidos em Motins ou Rebeliões</b>	<b>398</b>	<b>11</b>	<b>409</b>
Item: Regime Fechado	376	7	383
Item: Regime Semi-Aberto	0	4	4
Item: Regime Aberto	22	0	22
<b>Indicador: Quantidade de Presos em Atividade Educacional</b>	<b>43.906</b>	<b>4.144</b>	<b>48.050</b>
Item: Alfabetização	9.384	653	10.037
Item: Ensino Fundamental	25.879	2.562	28.441
Item: Ensino Médio	7.018	737	7.755
Item: Ensino Superior	78	15	93
Item: Cursos Técnicos	1.547	177	1.724
<b>Indicador: Sáiidas do Sistema Penitenciário</b>	<b>42.475</b>	<b>2.471</b>	<b>44.946</b>
Item: Fugas	801	29	830
Item: Abandonos	2.652	72	2.724
Item: Alvarás de Solturas/Hábeas Corpus	17.402	1.463	18.865
Item: Transferências/Remoções	19.702	779	20.481
Item: Indultos	1.819	120	1.939
Item: Óbitos Naturais	74	5	79
Item: Óbitos Criminais	11	0	11
Item: Óbitos Suicídios	11	0	11
Item: Óbitos Acidentais	3	3	6