

ALCEU CORRÊA JUNIOR

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO
DE PENAS E ALTERNATIVAS PENAIS**

TESE DE DOUTORADO EM DIREITO
Professor Orientador Sérgio Salomão Shecaira

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP

São Paulo – 2012

ALCEU CORRÊA JUNIOR

MONITORAMENTO ELETRÔNICO
DE PENAS E ALTERNATIVAS PENAIS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de DOUTOR em Direito Penal, sob a orientação do Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP

São Paulo – 2012

ALCEU CORRÊA JUNIOR

MONITORAMENTO ELETRÔNICO
DE PENAS E ALTERNATIVAS PENAIIS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de DOUTOR em Direito Penal, sob a orientação do Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Presidente: Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira

Examinador: _____

Examinador: _____

Examinador: _____

Examinador: _____

São Paulo, _____ de _____ de 2012.

*Dedico essa obra para minha esposa Erika e
minha filha Luísa. Companheiras de sempre e
razão de tudo.*

AGRADECIMENTO

Agradeço especialmente ao Professor Titular Orientador Sérgio Salomão Shecaira, pelo longo período de convivência, amizade e parceria, pela disponibilidade e confiança depositada desde os primeiros estudos acadêmicos na Universidade Estadual Paulista – UNESP, pelo apoio prestado em momentos importantes da vida profissional, pelos ensinamentos desprendidos de dogmas e orientações equilibradas, enfim, pelo exemplo de pesquisador acadêmico sério e de professor brilhante e amigo.

Agradeço também aos meus pais pela base familiar sólida e harmoniosa.

“A verdade em torno da reclusão – pelo menos como deveria ser, e não, infelizmente, como é – está absolutamente invertida pelo modo de pensar comum: *a pena deve servir não para tirar mas para dar a liberdade*”.

Francesco Carnelutti, *O Problema da pena*.

RESUMO

A busca por alternativas à prisão é antiga, e a vigilância eletrônica surgiu como uma solução tecnológica. O contexto cultural dos Estados Unidos no fim do século XX propiciou o surgimento do monitoramento eletrônico, influenciado também pelo utilitarismo e pela cultura do controle do delito. O monitoramento deve respeitar os princípios do Estado Democrático de Direito (dignidade humana) e estar vinculado aos fins preventivos da pena (prevenção especial positiva). Por si só não reduz a população carcerária e não diminui a reincidência, mas as vantagens econômicas e os bons resultados obtidos por outros países não podem ser desprezados. Assim, a experiência estrangeira revela bons resultados no uso da vigilância junto a programas de acompanhamento social. No Brasil, o monitoramento eletrônico foi introduzido por lei na execução penal e como medida cautelar. Interessante seria que fosse estabelecido como modo de execução da prisão (alternativa aos estabelecimentos penitenciários). Poderia ser previsto ainda para a execução das penas restritivas de direitos que demandam fiscalização, consolidando um sistema alternativo de penas capaz de promover a prevenção e substituir o cárcere para delitos menores. O monitoramento eletrônico restringe direitos fundamentais e, assim, deve ser previsto em lei, limitado à restrição imposta, aplicado se necessário e com a menor visibilidade possível.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoramento eletrônico. Vigilância eletrônica. Prisão virtual. Pena. Execução penal. Alternativa penal. Sistema penitenciário. Finalidades da pena.

ABSTRACT

The search for alternatives to prison is old, and electronic surveillance has emerged as a technological solution. The cultural context of the United States at the end of the twentieth century has propitiated the emergence of electronic monitoring, also influenced by utilitarianism and by the culture of offense control. Monitoring should respect the principles of Democratic Rule of Law (human dignity) and to be linked to the preventive purposes of sentence (positive special prevention). By itself it does not decrease the prison population and it does not reduce recidivism, but the economic gains and the good results obtained by other countries can not be ignored. Thus, foreign experience shows good results in the use of surveillance along with programs of social support. In Brazil, the electronic monitoring was introduced by law in criminal enforcement and as a precautionary measure. It would be interesting if it could be established as a way of prison enforcement (alternative to prisons). It could be also expected to enforce restrictive penalties of rights that require monitoring, consolidating an alternative system of penalties that can promote prevention and replace the prison for minor offenses. The electronic monitoring restricts fundamental rights and thus it should be provided by law, limited to the restriction, applied when it is necessary with the least visibility.

KEY WORDS: Electronic monitoring/Tagging. Electronic surveillance. Virtual prison. Penalty. Criminal enforcement. Alternative sentence. Prison system. Purposes of sentencing.

SINTESI

La ricerca di alternative al carcere è antica, e la sorveglianza elettronica è emersa come una soluzione tecnologica. Il contesto culturale degli Stati Uniti alla fine del secolo XX ha spinto l'emergere del monitoraggio elettronico (ME), influenzato anche dall'utilitarismo e dalla cultura del controllo del crimine. Il ME deve rispettare i principi dello Stato di diritto (dignità umana) ed essere legato alle finalità della punizione preventiva (prevenzione speciale positiva). Da solo non riduce la popolazione carceraria oltre la recidiva, ma i vantaggi economici ed i buoni risultati ottenuti da altri paesi non possono essere ignorati. Pertanto, l'esperienza all'estero dimostra buoni risultati nell'utilizzo di programmi di sorveglianza insieme a programmi di sostegno sociale. In Brasile, il ME è stato introdotto per legge nell'esecuzione penale e come misura precauzionale. Sarebbe interessante stabilirlo come un modo di esecuzione della prigione (in alternativa al carcere). Potrebbe, ancora, essere destinato all'esecuzione di sanzioni che limitano i diritti e che richiedono un controllo, consolidando un sistema alternativo di sanzioni che può promuovere la prevenzione e sostituire il carcere per reati minori. Il ME restringe i diritti fondamentali e quindi dev'essere previsto dalla legge, limitato alla restrizione imposta, applicato in caso di necessità e con la minima visibilità possibile.

PAROLE CHIAVE: Monitoraggio elettronico. Sorveglianza elettronica. Prigione virtuale. Pena. Esecuzione delle pene. Alternativa penale. Sistema carcerario. Finalità della punizione.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 NOTÍCIA HISTÓRICA E CONTEXTO SOCIOCULTURAL	18
2.1 <i>Breve história da pena privativa de liberdade e dos sistemas penitenciários</i>	18
2.2 <i>A vigilância e seus efeitos na sociedade contemporânea</i>	25
2.3 <i>O surgimento da vigilância eletrônica nos Estados Unidos</i>	32
2.4 <i>As raízes filosóficas e criminológicas da vigilância eletrônica</i>	36
2.4.1 <i>Utilitarismo: o Panóptico de Jeremy Bentham e a análise de Michel Foucault</i>	37
2.4.2 <i>Cultura do controle: a análise de David Garland</i>	44
2.5 <i>Avanço tecnológico e aplicação penitenciária</i>	49
3 EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS E NACIONAIS	56
3.1 <i>Estados Unidos</i>	56
3.2 <i>Canadá</i>	64
3.3 <i>México</i>	67
3.4 <i>Inglaterra e País de Gales</i>	70
3.5 <i>Escócia</i>	79
3.6 <i>Suécia</i>	81
3.7 <i>Holanda</i>	85
3.8 <i>Bélgica</i>	89
3.9 <i>Alemanha</i>	91
3.10 <i>Suíça</i>	92
3.11 <i>França</i>	93
3.12 <i>Espanha</i>	101
3.13 <i>Itália</i>	107
3.14 <i>Portugal</i>	108
3.15 <i>Austrália</i>	110
3.16 <i>Nova Zelândia</i>	113
3.17 <i>Singapura</i>	114
3.18 <i>Argentina</i>	114

3.19 Colômbia	115
3.20 Outros países estrangeiros	116
3.21 Brasil	117
4 NATUREZA JURÍDICA	121
4.1 Monitoramento eletrônico e medida cautelar: monitoramento processual	127
4.2 Monitoramento eletrônico e consequência jurídica da infração penal: monitoramento-sanção	134
4.3 Monitoramento eletrônico e medida de segurança	146
4.4 Monitoramento eletrônico e o regime especial para menores de idade	148
4.5 Monitoramento eletrônico como instrumento de combate à criminalidade	150
5 JUSTIFICATIVAS E OBJETIVOS: AS FINALIDADES DA PENA	156
5.1 Justificativas e objetivos iniciais	156
5.2 O fundamento da pena: justificação ou legitimação da punição	157
5.2.1 Teorias absolutas ou retributivas	160
5.2.2 Teorias relativas ou preventivas	165
5.2.3 Teorias mistas ou unificadoras	175
5.3 As finalidades da pena e o monitoramento eletrônico	178
5.3.1 Monitoramento eletrônico como alternativa penal: fundamento e finalidades específicas das penas alternativas	181
5.3.2 Diminuição da reincidência criminal: prevenção especial	189
5.4 Outras finalidades e objetivos	196
5.4.1 Superpopulação carcerária	196
5.4.2 Redução dos custos	200
5.4.3 Interesses da vítima: reparação do dano	207
6 PROBLEMATIZAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO E PERSPECTIVAS DE POLÍTICA CRIMINAL	210
6.1 Confronto com os direitos fundamentais: liberdade, intimidade (privacidade), dignidade humana e igualdade	212
6.1.1 Monitoramento eletrônico e liberdade	215
6.1.2 Monitoramento eletrônico e intimidade (e privacidade)	217
6.1.3 Monitoramento eletrônico e dignidade humana	222

6.1.4 Monitoramento eletrônico e igualdade	226
6.2 <i>A constitucionalidade da pena de monitoramento eletrônico</i>	228
6.3 <i>Aplicação do monitoramento eletrônico: desencarceramento ou ampliação da intervenção penal (net-widening)?</i>	231
6.3.1 O risco do controle totalitário	243
6.4 <i>A privatização do controle</i>	247
6.5 <i>Outras críticas</i>	254
7 REGIME JURÍDICO BRASILEIRO	258
7.1 <i>Medida cautelar de monitoração eletrônica</i>	258
7.2 <i>Monitoração eletrônica na execução penal: saída temporária do regime semiaberto e prisão domiciliar do regime aberto</i>	259
7.2.1 Deveres do monitorado	261
7.2.2 Violação dos deveres e revogação da monitoração eletrônica	262
7.3 <i>Monitoração eletrônica na legislação vigente: finalidades da pena e conveniência de política criminal</i>	264
8 CONCLUSÕES	266
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	273

1 INTRODUÇÃO

É antiga a percepção de crise no sistema penitenciário, e a busca por soluções e alternativas sempre gerou divergências entre os especialistas. O sistema penitenciário brasileiro tem problemas diversos e não se vislumbra a possibilidade de solução em médio prazo. Entre os principais problemas podem ser citados a carência de vagas no sistema, o cumprimento de pena em estabelecimento prisional inadequado, a falta de estrutura física compatível com a dignidade da pessoa encarcerada e a promiscuidade entre condenados por delitos de natureza diversa.

Tais problemas impedem o cumprimento da Lei de Execução Penal, inviabilizam o cumprimento de parte das finalidades preventivas da sanção penal e geram os conhecidos efeitos criminógenos da prisão. A situação descrita exige a reforma do sistema penitenciário e a busca por alternativas penais, mormente em relação aos delitos de menor gravidade e praticados sem violência contra a pessoa.

A busca por alternativas penais, entretanto, não se justifica apenas pelas carências do sistema penitenciário, mas também pelo indispensável respeito à dignidade humana. A dignidade humana é estabelecida no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 como fundamento da República brasileira, o que revela uma decisão política fundamental em relação à posição da pessoa humana no centro do Estado e da sociedade. Decorre daí o princípio da humanidade das penas, o qual não só impede o Estado de aplicar penas cruéis e desumanas, como também exige uma constante humanização da punição estatal. Faustino Gudín Rodríguez-Magariños¹ acrescenta que a prisão é um mal necessário e que esta natureza contraditória nos obriga a adotar uma postura dinâmica e reformista em relação à sanção penal.

Por outro lado, o grande desenvolvimento da tecnologia a partir da segunda metade do século XX introduziu novas perspectivas nas discussões dos problemas penais e penitenciários. Além disso, os países mais desenvolvidos também enfrentavam problemas na questão penitenciária e procuravam alternativas para diminuir a população carcerária, reduzir os custos do sistema e viabilizar a efetiva reabilitação do infrator, sem abrir mão da segurança pública. Diante desse contexto e de outras influências políticas, econômicas e sociais, o monitoramento eletrônico surgiu como alternativa ao

¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?* Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Madrid: Slovento, 2005, p. 9.

encarceramento e também como condição de efetividade para alternativas penais já existentes. María Poza Cisneros² afirma que é precisamente no discurso sobre alternativas à pena privativa de liberdade que deve situar-se, do ponto de vista dogmático, o estudo da vigilância eletrônica. Com efeito, acrescenta a autora espanhola, são muitos os autores que atribuem aos métodos de controle eletrônico a virtude de haver reativado o interesse e o debate em torno do velho tema das alternativas à prisão, ainda que seja para denunciar as falácias subjacentes.

A ideia, recente entre nós, é antiga e amplamente utilizada em diversos países, cujas experiências³ podem auxiliar no debate do tema e traçar rumos mais seguros aos estudiosos e também aos intérpretes brasileiros que devem aplicar a novidade legislativa. Com efeito, as primeiras pesquisas surgiram na década de 1960 nos Estados Unidos da América, porém sua utilização efetiva no campo penal verificou-se apenas a partir de 1983.⁴ Atualmente, o monitoramento eletrônico de presos é utilizado também por outros países, como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, País de Gales, Escócia, Alemanha, Suécia, Holanda, Suíça, França, Espanha, Itália, Portugal, Austrália, Nova Zelândia, Singapura, África do Sul, Argentina e outros.

Trata-se do uso de equipamento eletrônico (pulseira, tornozeleira, etc) pelo acusado ou condenado como instrumento de controle e fiscalização das obrigações impostas (ex. permanência na habitação) enquanto submetido a um procedimento penal. O

² POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 65, 2002, p. 63.

³ De modo geral e resumido é possível afirmar que os métodos (caminhos) indicados pela doutrina para o estudo do direito penal referem-se à análise da norma de forma lógica, teleológica e sistemática. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli sustentam que a ciência jurídica não pode desconhecer outras realidades do mundo, bem como não deve cair em um realismo ingênuo, reduzindo-se a um mero conjunto de proposições sociológicas. Segundo os autores, o método mais difundido atualmente no saber penal é o *dogmático*, a ponto de se identificar a ciência penal à dogmática penal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 146). Por outro lado, Sérgio Salomão Shecaira distingue o método criminológico do método jurídico, concluindo que “a abordagem criminológica é empírica, o que significa dizer que seu objeto (delito, delinquente, vítima e controle social) se insere no mundo do real, do verificável, do mensurável, e não no mundo axiológico (como o saber normativo). Vale dizer, ela se baseia mais em fatos que em opiniões, mais na observação que nos discursos ou silogismos” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72). Com efeito, a análise da vigilância eletrônica não deve se limitar à dogmática penal, mas sim invadir as esferas da política criminal e da criminologia para investigar o contexto cultural no qual ela se originou, bem como a experiência empírica no Brasil e nos países estrangeiros, mormente em face das finalidades especiais da sanção penal. Além disso, a vigilância eletrônica aplicada no campo penal e penitenciário caracteriza-se também como um instrumento de controle social e, como tal, devem ser analisados alguns de seus aspectos criminológicos.

⁴ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 64-65; REIS, Fábio André Silva. *Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as)*: Breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca. Disponível em: <<http://www.fasreis.blogspot.com/2004/08/artigo-mep-inglaterra-e-sucia.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.

artefato emite sinais através de radiofrequência, GSM ou GPS que são captados por uma central de monitoramento e permitem, assim, identificar eventual descumprimento das condições (positivas ou negativas) impostas ao agente.

No Brasil, a discussão sobre o monitoramento eletrônico se intensificou apenas no final da década de 2000, mormente após o encaminhamento de projetos sobre o assunto ao Congresso Nacional (PL nº 165/07 e PL nº 175/07 do Senado, recebidos para revisão na Câmara dos Deputados, respectivamente, como PL nº 1.295/07 e PL nº 1.288/07). Depois de alguma discussão, o Projeto de Lei nº 175/07 do Senado (PL nº 1.288 na Câmara) foi aprovado e encaminhado para sanção presidencial, promulgando-se a Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, com veto parcial ao projeto original. O diploma legal mencionado alterou dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução penal, introduzindo a vigilância eletrônica no âmbito da execução penal.

Além disso, o Projeto de Lei nº 4.208/2001 da Câmara dos Deputados, depois de longa tramitação legislativa e diversas alterações no Senado (PL nº 111/2008 no Senado), inclusive no que concerne à previsão da monitoração eletrônica, foi transformado na Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. A referida lei alterou o Código de Processo Penal e estabeleceu novo regramento sobre prisões processuais, liberdade provisória e outras medidas cautelares, entre estas, a monitoração eletrônica.

Não obstante, *de lege ferenda* o monitoramento eletrônico pode ser utilizado de diversas maneiras, ou seja, pode ser aplicado como pena alternativa, como modalidade de execução de penas (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) e medidas alternativas⁵ em geral ou, ainda, como medida cautelar. É na execução penal, no entanto, que o monitoramento eletrônico deve encontrar maior espaço de aplicação e desenvolvimento, em face das evidentes deficiências do sistema penitenciário brasileiro. De qualquer forma, o monitoramento eletrônico deve estar sempre vinculado às finalidades da pena, assim como o próprio sistema penitenciário em geral.

Antes de tudo, porém, é preciso esclarecer a questão terminológica no tratamento do assunto da vigilância eletrônica, mencionando algumas das expressões normalmente utilizadas pela legislação e pela doutrina especializada. A legislação

⁵ As *medidas penais alternativas* não devem ser confundidas com as *penas alternativas* propriamente ditas, embora ambas possam ser consideradas espécies de alternativas ou substitutivos penais. As penas alternativas são aquelas sanções penais previstas em lei, diversas da pena de prisão, como a prestação de serviços à comunidade, a interdição de direitos, a prestação pecuniária e outras. Por outro lado, as medidas penais alternativas podem ser quaisquer outras medidas, diversas das penas alternativas, que impeçam a aplicação da pena privativa de liberdade, seja suspendendo o próprio processo, seja suspendendo a execução da prisão.

estrangeira utiliza diversas denominações⁶ e os autores também se referem a diferentes expressões para designar a vigilância eletrônica, inclusive com alguns deles apresentando razões relevantes para justificativar a opção. Com efeito, Dick Whitfield⁷ utiliza as expressões *monitoramento eletrônico* e *etiquetagem eletrônica* (*electronic monitoring* e *tagging*), enquanto Christophe Cardet⁸ e Jean-Charles Froment⁹ utilizam *localização sob vigilância eletrônica* (*placement sous surveillance électronique* ou *PSE*) e Escobar Marulanda¹⁰ *monitores eletrônicos* (*monitores electrónicos*). Entre autores italianos¹¹ são comuns também os termos *bracelete* ou *pulseira eletrônica* (*bracciale elettronico*), *corrente* ou *cadeia eletrônica* (*catena elettronica*), *vigilância eletrônica* (*sorveglianza elettronica*) ou também *monitoramento eletrônico* (*monitoraggio elettronico*).

Pilar Otero González,¹² por sua vez, prefere *localização telemática* (*localización telemática*) à expressão mais generalizada *vigilância eletrônica* (*vigilancia electrónica*), pois o termo *vigilância* apresenta um significado com conotações pejorativas, tal como “controle permanente de todos os aspectos da vida de uma pessoa”, enquanto *localização* significa verificar o lugar em que uma pessoa está, fixando limites determinados, ou seja, não abrange a referida dimensão de controle totalitário. Da mesma forma, a autora prefere o adjetivo *telemática* como sistema de controle à distância ao adjetivo *eletrônica*, termo esse mais genérico e que inclui o primeiro.

⁶ O Ministro do Interior britânico em setembro de 2004, ao anunciar um grande plano de vigilância eletrônica para pedófilos e outros infratores, utilizou a denominação prisão sem grades ou sem barras (*prison without bars*), que logo passou a ser utilizada também pela mídia com frequência. Cf. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 (Colección Los Delitos; 72), p. 89.

⁷ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Winchester: Waterside Press, 2001, p. 9.

⁸ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Paris: L’Harmattan, 2003 (Collection La Justice au quotidien; 19), p. 13.

⁹ FROMENT, Jean-Charles. Le développement du placement sous surveillance électronique en France: mobilization du politique et neutralisation idéologique. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 29.

¹⁰ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 201.

¹¹ DEL RE, Michele C. La prevenzione situazionale del crimine mediante catena elettronica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 30, 1987, p. 116; BARBAGALLO, Isidoro. La sorveglianza elettronica dei detenuti: profili di diritto comparato. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, vol. 11, n. 3-4, 2000, p. 353; MORETTI, Barbara. Day reporting center: un’esperienza integrata di “community service” e monitoraggio elettronico. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, vol. 12, n. 1, 2001, p. 115.

¹² OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008 (Tirant monografias; 534), p. 5.

Faustino Gudín Rodríguez-Magariños¹³ lembra que a denominação *psicotecnologia*, empregada por Ralph Schwitzgebel, parece mais adequada para fazer referência à sua aplicação como elemento de tratamento comportamental. Entretanto, a vigilância eletrônica pode ser utilizada com finalidades diversas, distintas da reabilitação ou reinserção, o que seria incompatível com o conceito mencionado. Além disso, o autor espanhol recomenda descartar também as denominações de braceletes ou pulseiras eletrônicas por serem fragmentárias e imprecisas, mormente quando o futuro sugere o controle através da telefonia móvel digital.

O autor afirma que as denominações mais abrangentes são as de *vigilância eletrônica*, *vigilância telemática* ou *vigilância digital*, porém declara preferência pela denominação de *cárcere eletrônico* (*cárcel electrónica*), que deixa clara a ideia de restrição de liberdade do sujeito. “Não é a mais perfeita, pois não reúne todas as funcionalidades da vigilância eletrônica antes, durante e depois do processo. Sem embargo, revela claramente qual é a sua origem e qual é a sua finalidade: cercear a liberdade”.¹⁴ Nesse sentido, o autor acrescenta que abandonar o termo *cárcere* pode gerar engano aos reclusos, já que os elementos essenciais da prisão estão presentes também na vigilância eletrônica, ou seja, o tratamento e o regime de vida (horários de trabalho, lazer, cursos, repouso, etc). Além disso, o uso do termo *cárcere eletrônico* deixa evidente que seguimos enfrentando um mal necessário e não chegamos a uma solução definitiva, motivo pelo qual a atividade respectiva deve ser orientada por princípios de proporcionalidade e humanidade.

De fato, a expressão *vigilância eletrônica* parece mais abrangente e adequada. O termo *vigilância* é claro e específico em relação à natureza do controle a ser desenvolvido e, ao mesmo tempo, abrange todas as funcionalidades possíveis no âmbito penal e penitenciário. Assim, não há se falar em conotação enganosa ao condenado, mas sim em significado mais próximo possível da real restrição imposta. A conotação negativa referente ao “controle total da vida da pessoa” pode ser mitigada com a especificação do objeto da vigilância, ou seja, *vigilância eletrônica de penas e alternativas penais* e não de pessoas ou de delinquentes. Em outras palavras, a vigilância eletrônica deve fiscalizar as condições e restrições impostas ao infrator em razão da pena ou medida aplicada e não vigiar a vida privada da pessoa ou outros aspectos não atingidos pela decisão judicial.

¹³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica*. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Op. cit., p. 88.

¹⁴ Ibid, p. 88 (tradução nossa).

Além disso, o termo vigilância abrange algumas funcionalidades que não parecem compatíveis com o termo localização, como no caso de algumas restrições nas quais o importante é controlar a permanência no local determinado e não propriamente conhecer a localização. Nesse sentido, o termo monitoramento também parece ser mais adequado que o termo localização. O adjetivo eletrônico também é mais amplo e inclui a comunicação a distância e a transmissão de dados através da combinação dos recursos de telecomunicação com os da informática (telemática).

No Brasil, o legislador adotou a expressão *monitoração eletrônica* tanto para o equipamento de vigilância indireta na execução penal (Lei nº 12.258/2010), quanto para a medida cautelar autônoma (Lei nº 12.403/2011). Entretanto a expressão que se tornou popular e passou a ser amplamente utilizada pelos especialistas foi *monitoramento eletrônico*, como se pode verificar nos comentários que serão mencionados de Edmundo Oliveira, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Celina Maria Macedo, Pierpaolo Cruz Bottini, Carlos Weis, entre outros. Por outro lado, César Barros Leal utiliza *vigilância eletrônica* e Túlio Vianna refere-se a *rastreamento eletrônico*.

Diante do exposto, considerando o uso comum e generalizado na doutrina brasileira (monitoramento eletrônico), além de sua semelhança com a denominação legal (monitoração eletrônica), bem como a equivalência desta com aquela expressão mais abrangente e amplamente empregada nos países estrangeiros (vigilância eletrônica), serão utilizadas de maneira indistinta no texto as expressões *monitoramento eletrônico* e *vigilância eletrônica*.

2 NOTÍCIA HISTÓRICA E CONTEXTO SOCIOCULTURAL

2.1 Breve história da pena privativa de liberdade e dos sistemas penitenciários

Segundo Hans von Hentig “a pena privativa de liberdade não tem uma longa história”.¹⁵ De fato, é comum afirmar que as sociedades antigas desconheciam totalmente a privação da liberdade como punição autônoma, utilizando-a unicamente como modo de preservação do corpo do sentenciado para posterior aplicação da pena capital (prisão-custódia). A prisão consistia, portanto, na “ante-sala” da pena de morte, além de ser utilizada também com outras finalidades como no caso de Grécia e Roma que admitiam a prisão civil por dívida.

Entretanto alguns registros revelam a possibilidade de utilização da prisão como pena autônoma ainda na antiguidade. Cezar Roberto Bitencourt¹⁶ lembra que Platão, no livro nono de *As Leis*, chegou a propor três formas distintas de prisão, ou seja, uma para custódia, outra para correção (*sofonisterium*) e uma terceira para suplícios. Além disso, Teodoro Mommsen¹⁷ informa que na Roma antiga não havia prazo legal para a execução do suplício, o que possibilitava uma espécie de conversão da pena de morte em prisão perpétua pela não execução da pena capital.

Na Idade Média a prisão seguiu o mesmo caminho, sendo usada apenas como sala de espera (prisão-custódia) dos mais terríveis tipos de tormentos e castigos¹⁸. É neste período, porém, que surgiu o primeiro sinal histórico da prisão como verdadeira pena privativa de liberdade. Trata-se da prisão eclesiástica usada no direito canônico e que consistia na reclusão, em um mosteiro, de sacerdotes infratores ou rebeldes. Tinha a finalidade de fazer com que o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração

¹⁵ HENTIG, Hans von. *La Pena: las formas modernas de aparición: volumen II*. Tradução de José Maria Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1968, p. 185 (tradução nossa).

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.

¹⁷ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. 2. ed. Tradução de P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 591-592. Segundo o autor, nem o direito da época republicana nem o da época imperial conheceram a pena de prisão pública. Por outro lado, a prisão era utilizada no sistema da punição doméstica, principalmente aos escravos.

¹⁸ Nilo Batista, discorrendo sobre o direito penal do Reino Visigótico por volta do século V, menciona que o caráter de custódia do cárcere, e não de punição, pode ser representado por uma lei que proibia a visita de médicos ao preso sem a vigilância de um carcereiro, para evitar que ministrassem poção venenosa que frustrasse a execução da pena de morte. Cf. BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro - I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico; 5), p. 118.

cometida.¹⁹ Cárcere como penitência e meditação que, inclusive, originou a palavra “penitenciária” usada até hoje.²⁰

A prisão eclesiástica é uma exceção à prisão-custódia que imperava naquela época e deixou sequelas positivas como o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, além de outras ideias relativas à reabilitação do delinquente, tornando-se por isso um antecedente da moderna pena privativa de liberdade. Outro antecedente da prisão nesse período histórico é a denominada prisão de Estado, ou seja, o recolhimento ao cárcere de inimigos políticos do poder real ou senhorial.²¹

Durante o período chamado de Idade Moderna, a Europa passou por significativas mudanças no antigo sistema feudal, além de demoradas guerras, distúrbios religiosos, expedições militares, expansão dos núcleos urbanos e generalização da pobreza, o que gerou um grande aumento da criminalidade no fim do século XVII e início do XVIII. A pena de morte, porém, tornou-se inviável e inadequada diante do elevado número de infratores a serem executados.²²

Antes disso, porém, na segunda metade do século XVI iniciou-se um grande movimento de criação e construção de prisões para a correção dos condenados por delitos menores, que foram chamadas de *houses of correction* ou *bridwells*²³ e, posteriormente, de *workhouses*. A finalidade do estabelecimento era a reforma dos delinquentes mediante trabalho, disciplina e instrução religiosa, além da prevenção geral dos delitos e o autofinanciamento da prisão pelos próprios condenados. A Inglaterra foi a precursora das casas de correção (Lei de 1575), seguida da Holanda que logo iniciou experiências em relação aos novos métodos de tratamento de delinquentes. Com efeito, o primeiro estabelecimento de correção de delinquentes na Europa continental foi instalado em Amsterdam no ano de 1596.²⁴ As prisões holandesas passaram a ser edificadas

¹⁹ Nesse sentido: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 1º. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 75; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: volume 1: parte geral. Op. cit., p. 168; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. Op. cit., p. 10.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. Op. cit., p. 13.

²¹ Ibid, p. 9. Os exemplos mais populares de prisão de Estado, mencionados pelo autor, são a *Torre de Londres*, a *Bastilha* em Paris e os porões do *Palácio Ducal* em Veneza, cujo acesso ficou conhecido como *Ponte dos Suspiros*.

²² HENTIG, Hans von. *La Pena*: las formas modernas de aparición: volumen II. Op. cit., p. 213; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. Op. cit., p. 14-16.

²³ O termo faz referência ao Castelo de Bridwell, cedido pelo rei inglês em Londres para abrigar ladrões, mendigos e autores de delitos menores, a pedido do clero inglês (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. Op. cit., p. 16-17).

²⁴ HENTIG, Hans von. *La Pena*: las formas modernas de aparición: volumen II. Op. cit., p. 214.

especificamente com essa finalidade de reforma do delinquente e foram muito bem sucedidas, inclusive imitadas por diversos países europeus.²⁵

De qualquer forma, até o século XVIII os delitos mais graves ainda eram punidos com penas severas, como açoites e exílio, e o sistema geral de penas continuava baseado em penas pecuniárias, penas corporais e pena capital.²⁶ Mesmo a prisão, quando utilizada como forma de punição, revestia-se ainda de características rudes e desumanas, típicas dos castigos impostos pelas legislações penais das monarquias absolutistas.²⁷

A partir da segunda metade do século XVIII, a crueldade de algumas penas e os suplícios aplicados aos condenados começaram a ser criticados por diversos pensadores que defendiam as liberdades individuais e a dignidade humana. Esse movimento de reforma penal que originou o denominado período humanitário da pena foi fortemente influenciado pelo pensamento iluminista e, por óbvio, por pensadores como Voltaire, Montesquieu, Rousseau e outros. De forma mais específica, porém, os expoentes do movimento de reforma do sistema penal foram os autores Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (*Dos delitos e das penas*), John Howard (*O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales*) e Jeremy Bentham (*O Panóptico ou a casa de inspeção*). Interessante observar que durante o referido movimento de reforma penal ocorreu a Revolução Francesa, cujo símbolo foi exatamente a tomada e a destruição de uma “penitenciária” chamada Bastilha (14 de julho de 1789), que representava o despotismo e a arbitrariedade no Antigo Regime.

O movimento de reforma penal iniciado no século XVIII também teve reflexos e influências no Brasil, embora tardiamente. Com efeito, a Constituição Imperial de 1824 introduziu a questão do encarceramento moderno entre nós, determinando que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, com diversas “casas para a separação dos réus” conforme as circunstâncias e a natureza dos crimes praticados (art. 179, XXI).

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Op. cit., p. 17-18.

²⁶ A pena de galés também era utilizada com frequência e consistia na obrigação de remar em navios de guerra, acorrentado aos bancos de seus porões, caracterizando-se numa verdadeira prisão flutuante (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Op. cit., p. 17-19). Por outro lado, René Ariel Dotti informa que no Brasil a pena de galés poderia ser cumprida em terra, pois sujeitava o réu a andar com uma corrente nos pés, juntos ou separados, e a empregarem-se em trabalhos públicos, ficando à disposição do governo provinciano, nos termos do art. 44 do Código Criminal de 1830. Os condenados eram acorrentados pelos pés, nos quais se colocavam calcetas, ou seja, argolas de ferro que sustentavam as correntes (DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55).

²⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: Volume III*. 1. ed. atual. 2. tir. Campinas: Millennium, 2000, p. 160.

Da mesma forma, O Código Criminal de 1830 estabeleceu a prisão simples ou acompanhada de trabalho para a maioria dos crimes, não obstante a ausência de estabelecimentos adequados para tanto.

Desse jeito, com o novo ordenamento jurídico, as prisões tiveram suas funções redefinidas. Tornaram-se a partir daí não mais um lugar de passagem à espera da sentença final, decretada geralmente em forma de multa, degredo, morte ou trabalhos públicos, mas adquiriram um papel importante na organização da sociedade brasileira na primeira metade do século XIX. Em primeiro lugar, como lembra o trabalho clássico de Norbert Elias, as mudanças ocorridas em torno das penalidades legais faziam também parte de um processo que formava padrões de civilização dentro das sociedades modernas, em contraposição a um outro estágio que se traduzia pela barbárie e poder absoluto dos reis. Nesse sentido, o que se esperava das prisões brasileiras é que funcionassem de acordo com os princípios de uma sociedade que se reconhecia como capaz de construir o ideal de civilização, transformando-se em lugares fechados, com instalações adequadas e boas condições de higiene e alimentação. Essas foram algumas das preocupações que encontramos nos discursos produzidos sobre prisões na primeira metade do século XIX.²⁸

O surgimento da prisão como pena (prisão-pena) no século XVI e sua transformação em principal forma de punição no século XVIII (“a pena das sociedades civilizadas”), porém, não foram causados apenas pelo ideal humanitário e pela crise da pena capital. Com efeito, o desenvolvimento do capitalismo como regime econômico também contribuiu para a implantação da prisão através das casas de correção ou de trabalho que pretendiam aproveitar a mão-de-obra gratuita e ainda manter o controle sobre ela.

Em relação às razões do surgimento da prisão-pena, Cezar Roberto Bitencourt²⁹ menciona o estudo de Dario Melossi e Massimo Pavarini segundo o qual esse fenômeno teria se dado menos por propósitos humanitários e mais pela necessidade de um instrumento para impor a submissão do delinquente ao regime econômico, tornando-o mais dócil e possibilitando sua introdução coativa no modo de produção capitalista. Entretanto, o autor recusa a análise do ponto de vista exclusivamente econômico da origem da prisão-pena e elenca algumas causas explicativas do surgimento da prisão como pena no momento histórico considerado, as quais podem ser assim resumidas: valorização da liberdade e destaque para o racionalismo a partir do século XVI; necessidade de ocultação

²⁸ MAIA, Clarissa Nunes et al (Org.). *História das prisões no Brasil*: volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 288.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. Op. cit., p. 22-27.

do castigo para evitar a disseminação do mal causado pelo delito; aumento da pobreza e da mendicância causadas pelas mudanças socioeconômicas, bem como o aumento da criminalidade e a situação de crise da pena de morte por sua ineficácia; razões econômicas da classe burguesa em ascensão, que precisava ensinar o modo de produção capitalista e, ao mesmo tempo, controlar os trabalhadores, além de garantir mão-de-obra barata em épocas de pleno emprego e altos salários.³⁰

A generalização da prisão como principal forma de punição legal produziu diversos sistemas penitenciários, com diferentes formas de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme as peculiaridades regionais e circunstâncias históricas (políticas, sociais e econômicas). Os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos da América entre o final do século XVIII e início do XIX, com nítida influência das experiências européias (Holanda, Inglaterra, Alemanha e Suíça). Os sistemas penitenciários mais conhecidos são o pensilvânico, o auburniano e o progressivo.

O *sistema pensilvânico*, também conhecido como celular ou filadélfico, foi aplicado nos Estados Unidos a partir de 1776 com a conclusão da primeira prisão norte-americana (*Walnut Street Jail*), construída por uma comunidade religiosa (*quakers*) na Filadélfia.³¹ Hans von Hentig,³² porém, afirma que o verdadeiro sistema filadélfico ou celular teve início em 1829 com a edificação da *Eastern Penitentiary*, também na Filadélfia. A característica principal do sistema pensilvânico era o isolamento em cela nos períodos diurno e noturno (*solitary confinement*), além de oração, abstinência total de álcool e silêncio absoluto.

O *sistema auburniano* foi idealizado para superar os defeitos do sistema celular, após estudos realizados na Pensilvânia por uma comissão enviada pelo Governador de Nova York. Assim, foi determinada a construção da prisão de *Auburn* na cidade de Nova York em 1816, visando à adoção do sistema de isolamento ou confinamento solitário. O sistema auburniano se caracterizava pelo trabalho produtivo em comum entre

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Op. cit., p. 27-31. Michel Foucault reconhece que a prisão marcou um momento importante na história da justiça penal, ou seja, seu acesso à humanidade. Entretanto, Foucault liga o surgimento da forma-prisão ao poder disciplinar, o que teria ocorrido muito antes de sua previsão nas leis penais. Além disso, o autor lembra que o encarceramento penal sempre teve a função de transformar indivíduos (“Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação da liberdade e a transformação técnica dos indivíduos”). Foucault também sustenta que a reforma da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão, ou seja, a prisão sempre esteve engajada em numa “série de mecanismos de acompanhamento, que aparentemente devem corrigi-la, mas que parecem fazer parte de seu próprio funcionamento, de tal modo têm estado ligados a sua existência em todo o decorrer de sua história” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 25. ed. Tradução de Raquel Ramalhet. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 195-198).

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Op. cit., p. 59.

³² HENTIG, Hans von. *La Pena: las formas modernas de aparición: volumen II*. Op. cit., p. 222.

os reclusos durante o dia, silêncio absoluto (*silent system*) e confinamento solitário durante a noite (*solitary confinement*).

Cezar Roberto Bitencourt³³ afirma que não há diferenças radicais entre os sistemas pensilvânico e o auburniano, ou seja, a principal diferença era a reunião dos detentos por algumas horas para trabalhar, que ocorria apenas no sistema auburniano. Além disso, o primeiro “fundamentou-se basicamente em inspiração mística e religiosa”, enquanto o segundo “inspirou-se claramente em motivações econômicas”, mas ambos mantinham ideias ou ideologias reveladoras da finalidade ressocializadora dos reclusos. A ressocialização deveria ser buscada através do isolamento, do ensino religioso, do trabalho, do ensino de um ofício ou mesmo pela imposição de castigos corporais.

Durante o século XIX a prisão se tornou a principal pena criminal e este apogeu coincidiu com o abandono dos primeiros sistemas penitenciários (pensilvânico e auburniano) e a adoção do sistema progressivo, cuja pretensão era buscar a reabilitação do recluso.³⁴ No sistema progressivo, o tempo de duração da pena passou a ser distribuído em períodos, aumentando os privilégios de acordo com o bom comportamento e com o aproveitamento demonstrado no tratamento reformador, além de permitir a reinserção na sociedade antes do término da condenação.

O *sistema progressivo* surgiu com características semelhantes em diferentes lugares e épocas.³⁵ Com efeito, o denominado sistema progressivo inglês (*mark system*) foi idealizado por Alexander Maconochie, Governador da Ilha de Norfolk, na Austrália, em 1840, enquanto o sistema progressivo irlandês foi concebido por Walter Crofton, então Diretor das Prisões na Irlanda em 1854. Neste último foi introduzido um período de semiliberdade entre o cárcere e a liberdade condicional. Por outro lado, o denominado sistema de Montesinos foi idealizado pelo Coronel Manoel de Montesinos e Molina, “Governador” do Presídio de Valência em 1835.

A partir de 1870, os Estados Unidos passam a aplicar um *sistema de reformatórios*, baseado no sistema progressivo acrescido de uma série de atividades sociais

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Op. cit., p. 79-80.

³⁴ Ibid, p. 82.

³⁵ Existe discussão e dúvida na doutrina sobre quem teria sido o verdadeiro idealizador ou iniciador do sistema progressivo. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*: Volume III. Op. cit., p. 162; BRUNO, Anibal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 3°. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 70.

e culturais com finalidade de ressocialização.³⁶ Esse sistema, porém, além de baseado no sistema progressivo, foi aplicado preferencialmente a adolescentes e a jovens adultos.³⁷

O sistema progressivo passou a ser aplicado em diversos países, inclusive no Brasil, com algumas modificações e adaptações. Entretanto o sistema referido também foi alvo de críticas, enfrentando uma grave crise de credibilidade, mormente pela sensação de ineficácia preventiva reabilitadora. A doutrina menciona uma tendência de substituição do sistema progressivo pela individualização científica da execução da pena privativa de liberdade, bem como de ampliação dos esquemas de cumprimento em regime aberto.³⁸ Além disso, os Estados Unidos e alguns países europeus passaram a investir na tecnologia para desenvolver um novo sistema para o cumprimento da pena privativa de liberdade através da vigilância eletrônica, mormente em casos de pequena gravidade ou infratores de baixo risco, criando um sistema que poderia ser denominado de *sistema penitenciário virtual* ou *telemático*, ou como preferem alguns, simplesmente de *prisão virtual*.³⁹

Ressalte-se, desde logo, que a vigilância (ou monitoramento) eletrônica é utilizada por muitos países como uma “modalidade de execução da pena privativa de liberdade”⁴⁰ imposta em caso de delito de pequena gravidade, ou seja, como verdadeira alternativa ao estabelecimento penitenciário tradicional, e não como pena à parte ou sanção autônoma. Trata-se, portanto, de verdadeiro sistema alternativo de execução da pena privativa de liberdade ou de outras penas alternativas à prisão e, como tal, deve relacionar-se necessariamente com os fins atribuídos à pena.⁴¹ Nesse sentido, Faustino Gudín Rodríguez-Magariños⁴² chega a propor a criação de um novo sistema penitenciário, no qual o encarceramento deixe de ser regra geral para ser exceção. Assim, os estabelecimentos prisionais seriam reservados apenas para os delinquentes mais perigosos e irredutíveis, bem como para os períodos iniciais daqueles que praticam delitos graves e menos graves, necessários principalmente nos casos de delitos violentos e “sangrentos”.

³⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*: Volume III. Op. cit., p. 162; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 3º. Op. cit., p. 71.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: volume 1: parte geral. Op. cit., p. 682.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. Op. cit., p. 97.

³⁹ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 14; OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro*: a prisão virtual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁴⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro*: a prisão virtual. Op. cit., p. 36.

⁴¹ Discorrendo sobre os sistemas penitenciários, Aníbal Bruno afirma que o regime de vida a que vai ser submetido o condenado a uma pena privativa de liberdade deve manter relação necessária com as finalidades da pena (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 3º. Op. cit., p. 68).

⁴² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica*: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Op. cit., p. 170.

Assim, enquanto no estabelecimento penitenciário tradicional a pena privativa de liberdade é executada com barreiras físicas (paredes e muros), totalmente fechadas ou não, no sistema virtual a privação da liberdade pode ser controlada pela vigilância ou pela localização eletrônicas. Da mesma forma, enquanto no estabelecimento penitenciário a reabilitação é buscada através de atividades desenvolvidas no interior do próprio estabelecimento (trabalho, cursos, etc), no sistema virtual a reabilitação pode ser buscada pelo convívio familiar e social, além do trabalho normal em meio aberto.

Além da tecnologia, portanto, destaca-se a vigilância como um dos principais elementos constitutivos desse novo e alternativo sistema de cumprimento da pena privativa de liberdade.

2.2 A vigilância e seus efeitos na sociedade contemporânea

A vigilância sobre pessoas ou suas atividades não é uma novidade dos tempos atuais, ou seja, as pessoas sempre pretenderam vigiar as outras com fins de conferência, organização ou simplesmente cuidado com os semelhantes. Assim, o Egito antigo registrou a população com finalidade militar, de taxaço e de imigração, assim como o povo de Israel realizou diversos censos, inclusive como meio de reagrupamento da população. Mais tarde, o censo israelense serviu também como forma de divisão da terra, o que era facilitado pela divisão das pessoas em tribos e clãs.

Em tempos mais recentes, o registro de posse das terras inglesas era realizado no *Livro Domesday* desde 1086, que também continha relatos sobre pessoas e suas propriedades. Esse registro de terras permitiu à administração normanda da Inglaterra consolidar o poder estabelecido militarmente. Assim, o rei Willian I inaugurou um amplo esquema de transferência de terras, redistribuindo propriedades, impondo novos impostos e registrando por escrito a nova ordem a ser defendida. A pesquisa era realizada em detalhes, a ponto de não existir uma porção de terra ou um animal fora das linhas do livro, mas foi claramente impopular aos ingleses.⁴³

Segundo David Lyon, “o Livro Domesday, como um resultado lógico de conquista, procurava o conhecimento completo como meio de controle completo”.⁴⁴ Esse

⁴³ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994, p. 22-23. Segundo o autor, o nome do livro (*Domesday*) pode estar ligado ao local em que foi mantido inicialmente em Winchester (*Domus Dei* – Casa do Senhor) ou ao Dia do Juízo Final (*Doomsday*), quando os mortos serão julgados pelo que está escrito no Livro, segundo o Apocalipse.

⁴⁴ *Ibid*, p. 23 (tradução nossa).

exemplo histórico, assim como os demais, revela como o poder é mantido através de atividades de vigilância (organização e controle) e como isso é sentido muitas vezes negativamente pelas pessoas submetidas à vigilância.

As características da vigilância, porém, mudaram no decorrer da história. Os Estados antigos conectaram os cidadãos através da escrita em argila ou pergaminho, mas quando o papiro se tornou amplamente disponível aos romanos, com a conquista do Egito, os vastos espaços conquistados foram agrupados administrativamente e assim controlados como um Império Romano. O declínio de Roma, porém, acarretou o desuso do papiro que, por sua vez, incentivou o surgimento da impressão (Gutenberg). Essa revolução no registro da escrita ampliou as possibilidades de expansão da esfera política, facilitando em grande medida o desenvolvimento da governância democrática moderna e transformando a vigilância em uma dimensão da própria modernidade.⁴⁵

A vigilância em sua forma atual, como importante e penetrante componente da vida social, porém, emergiu apenas a partir do século XIX com o crescimento das organizações militares, das cidades industriais, da administração governamental e das empreitadas capitalistas nos Estados nacionais europeus.

Assim, a vigilância se expandiu com a democracia, associada à demanda por igualdade política após o período iluminista. O sistema econômico capitalista também colaborou com a expansão da vigilância na medida em que, acabando com a coerção nos meios de coordenação de trabalhadores e transformando-os em formalmente livres, produziu um sistema de gestão e fiscalização para controlar a disciplina do trabalho e, assim, garantir a produção máxima em certo tempo e com o menor custo.

David Lyon⁴⁶ menciona que Karl Marx e Max Weber reconhecem a ligação da vigilância com o capitalismo. Para Max Weber, porém, a vigilância está conectada à burocracia dos negócios capitalistas e não se restringe à luta entre trabalho e capital. Com efeito, as organizações capitalistas modernas se caracterizam pela *racionalidade*, ou seja, a administração é baseada em documentos escritos e processados por uma hierarquia de escriturários que observam regras impessoais amparadas no conhecimento técnico. Não obstante a justificativa do aumento da eficiência, o método permite também o controle social, já que os integrantes aceitam as regras impostas como sendo racionais, justas e imparciais.

⁴⁵ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 24.

⁴⁶ Ibid, p. 25.

Michel Foucault avança nesta questão e coloca a vigilância em um contexto mais amplo de disciplina na sociedade em geral e não apenas nas organizações ou instituições. Nesse sentido, a vigilância hierárquica é considerada como um dos principais instrumentos do poder disciplinar e do sucesso deste no decorrer da época clássica ou moderna.⁴⁷ A sociedade moderna para Foucault é uma “sociedade disciplinar”, na qual as técnicas e estratégias de poder estão sempre presentes e, embora essas técnicas e estratégias possam nascer dentro de algumas instituições (prisão, fábrica, exército), elas penetram também em todo o tecido social.⁴⁸ O conhecimento (saber) está intimamente ligado ao poder e, por isso, as pessoas são mais vigiadas e suas atividades mais documentadas para a criação de uma sociedade conforme com as regras sociais. David Lyon,⁴⁹ porém, faz algumas ressalvas a esse pensamento, já que nos dias atuais o acesso fácil à informação parece desconectar o poder do conhecimento. Além disso, o autor lembra Alexis de Tocqueville para afirmar que a vigilância pode ser encarada como o outro lado da moeda da democracia, tendo em vista que esta depende de documentação e intervenção burocráticas.

Quanto ao surgimento da vigilância na sociedade moderna, a organização e o treinamento militar podem ser considerados como um ponto de partida, embora não único. Com efeito, o exército moderno apareceu como uma organização profissional separada do restante da sociedade, com uma burocracia embrionária, uma classe separada de oficiais, uniformes e treinamento com disciplina para obter máxima eficiência e mínimo custo. Isso foi calculado de forma racional e se repetia em outras instituições modernas, como a fábrica, o escritório, a escola e a prisão.⁵⁰

Michel Foucault também considera o acampamento militar como um modelo quase perfeito dos observatórios criados para possibilitar e facilitar o exercício da disciplina na sociedade.

O acampamento é o diagrama de um poder que age pelo efeito de uma visibilidade geral. Durante muito tempo encontraremos no urbanismo, na construção das cidades operárias, dos hospitais, dos asilos, das prisões, das casas de educação, esse modelo do acampamento ou pelo menos o princípio que o sustenta: o encaixamento espacial das vigilâncias hierarquizadas. Princípio do “encastramento”. O acampamento foi para a

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 143.

⁴⁸ Ibid, p. 173.

⁴⁹ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 26.

⁵⁰ Ibid, p. 27.

ciência pouco confessável das vigilâncias o que a câmara escura foi para a grande ciência da ótica.⁵¹

A situação de guerra com outras sociedades ajudou a criar o Estado moderno como entidade separada da sociedade civil, com meios burocráticos de supervisão da população. Esse “estado de guerra” incentivou a ampliação da vigilância estatal sobre a sociedade para objetivos militares, mas o engajamento da população em um “esforço de guerra” foi em parte assegurado pela extensão dos direitos dos cidadãos e por promessas de benefícios sociais típicos do Estado de bem-estar social (*welfare state*).⁵²

Muitas facetas da vigilância podem assim ser encontradas dentro da história do militarismo moderno e das atividades relacionadas à guerra. Essas podem variar da observação e cálculo dos movimentos dos soldados para as estratégias de batalha eficientes à organização burocrática dos exércitos e seus escritórios, e da mobilização de toda população civil para a guerra total ao crescimento dos serviços de segurança e inteligência como departamentos de Estado. Cada um deles envolve ou supervisão direta dos grupos subordinados por outros ou o acúmulo de detalhes documentados da vida pessoal com o propósito de coordenação ou controle. Ademais, tal vigilância é frequentemente colocada de forma positiva porque o objetivo mais abrangente de tais esforços é obter segurança nacional, supremacia militar ou derrota do agressor.⁵³

Embora o ambiente militar possa ser entendido como um dos centros produtores de vigilância, a formação de arquivos e dossiês sobre indivíduos é uma característica comum às organizações burocráticas dos Estados democráticos em geral. A produção e a manutenção de arquivos têm função de vigilância e visam a assegurar a eficiência técnica e a previsibilidade.

A vigilância através dos arquivos e dossiês também foi impulsionada com a formação dos Estados nacionais no século XIX, quando surgiram diversas demandas administrativas e organizacionais, como a arrecadação de impostos, o registro de propriedades e mais tarde os registros pessoais como nascimento, casamento e morte. Além disso, com a ampliação dos direitos políticos, os eleitores tinham que ser listados e, em caso de guerra, convocados os conscritos e voluntários. O aumento de tais tarefas e exigências, fundadas na burocracia e a maior parte delas envolvendo documentação de dados pessoais, contribuiu sensivelmente para a ascensão da vigilância na sociedade.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 144.

⁵² LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 28.

⁵³ *Ibid*, p. 29 (tradução nossa).

É importante notar que esta nascente vigilância da sociedade possui mais de uma face. Pode ser vista tanto pela perspectiva do controle social quanto da participação social. A máquina administrativa construída durante o século dezenove pode ser entendida como um fenômeno negativo - “a gaiola de ferro” de Weber de racionalidade burocrática ou a “sociedade disciplinária” de Foucault, ou mais positivamente, como um meio de garantir que a igualdade de tratamento seja dispensada a todos os cidadãos. É um engano enfocar apenas um lado da vigilância na sociedade.⁵⁴

A vigilância, portanto, também pode ser encarada do ponto de vista da participação social que proporciona. Nessa perspectiva, o avançado sistema de segurança burocrática dos Estados nacionais representou o resultado das aspirações e anseios por cidadania. Assim, se os governos surgiram para tratar as pessoas igualmente, então essas pessoas deveriam ser identificadas, ou seja, seus detalhes pessoais deveriam ser documentados para possibilitar o exercício de direitos, como o direito ao voto (e a ser votado), além de outros direitos e benefícios de natureza social.

A partir do século XIX os Estados nacionais europeus passaram a utilizar meios diversos da violência direta para conter a desordem, aumentando o uso da separação ou do afastamento das populações desviadas das normas sociais. Assim, o hospício, o hospital e a prisão serviam para manter afastados os desobedientes e desviados, bem como para promover a reabilitação destes em cidadãos construtivos. Além disso, os urbanistas começaram a perceber a função de controle social que as cidades poderiam desempenhar e o policiamento tornou-se presente nas ruas, exercendo a vigilância nos locais de maior criminalidade.⁵⁵

De acordo com Michel Foucault,⁵⁶ a arquitetura deixa de ser feita simplesmente para ser vista ou para vigiar o espaço exterior, mas sim para permitir o controle interior e tornar visíveis os seus ocupantes, além de funcionar como operador da transformação de indivíduos, ou seja, “agir sobre aquele que abriga, dar domínio sobre seu comportamento, reconduzir até eles os efeitos do poder, oferecê-los a um conhecimento,

⁵⁴ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 31 (tradução nossa).

⁵⁵ A teoria da *ecologia criminal* ou da *desorganização social*, que surgiu no âmbito da Universidade de Chicago (*Escola de Chicago*) na segunda metade do século XIX, ligou a criminalidade a dois conceitos básicos: desorganização social e áreas de delinquência. O primeiro refere-se ao crescimento desenfreado das cidades modernas, com elevado número de imigrantes e migrantes, gerando ruptura dos mecanismos tradicionais de controle (informal) e consequente aumento da criminalidade; o segundo relaciona-se com as características de determinadas regiões da cidade que interferem na elevação da criminalidade, como a degradação física e a segregação econômica (étnica ou racial) (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Op. cit., p. 164-170).

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 144-145.

modificá-los”. Assim, o antigo esquema do encarceramento começa a ser substituído pelo “cálculo das aberturas, dos cheios e dos vazios, das passagens e das transparências”.

Segundo Foucault,⁵⁷ o aparelho disciplinar ideal possibilitaria a um único olhar tudo ver permanentemente, ou seja, um ponto central seria fonte de luz e lugar de convergência de todos os olhares. As arquiteturas circulares atendiam a esses requisitos e ganhou muito prestígio na segunda metade do século XVIII, inclusive porque exprimiam “uma certa utopia política”.

Posteriormente, esse controle social arquitetônico seria potencializado pela ação de câmeras colocadas em ruas e muros de residências e edifícios em geral.

Assim é que a arquitetura das cidades não se limita a tornar possível a vigilância, mas transforma as próprias cidades em dispositivos de vigilância. As mais de 20 mil câmeras instaladas nas cidades inglesas e as torres direcionais de Los Angeles, munidas de olfato, sensibilidade à umidade e temperatura e capazes de detectar movimentos e ruídos, são alguns dos exemplos de dispositivos de vigilância que, mais do que controlar, constroem indivíduos perigosos, designando-os como pertencentes às classes de risco. De Giorgi explica que as tecnologias regulam os fluxos de entrada ou saída de uns e de outros dos guetos voluntários (centros comerciais, parques temáticos, aeroportos, condomínios) e involuntários (os guetos propriamente ditos), indicando, então, as *no-go areas*, lidas por alguns habitantes como área em que não desejo entrar e por outros como área de que não posso sair.⁵⁸

A forma atual da vigilância também foi influenciada e impulsionada pelo sistema capitalista de produção. Com efeito, o capitalismo introduziu novas formas de disciplinar os trabalhadores, substituindo a coerção física do sistema feudal pela vigilância sobre o trabalhador formalmente livre. Assim, as rotinas de trabalho e o tempo foram submetidos à vigilância e regulados pelo relógio e não mais por fatores naturais (estações climáticas, marés, etc). Posteriormente, o computador assumiu funções de coordenação e controle de atividades em geral, inclusive as de produção.

As novas rotinas de trabalho e a confiança na gestão do tempo, em vez da força, foram as maiores contribuições do capitalismo industrial para a modernidade. O controle persistiu, é claro, mas um controle mediado mais pelo aspecto psicológico do que físico. Essa “desmilitarização” da produção é um componente de um processo mais geral de “pacificação interna” ocorrido no início das sociedades modernas. Conecta a prática

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 146.

⁵⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Op. cit., p. 163-164. Segundo o autor, essa “atribuição de uma função de controle ao espaço” está em íntima conexão com os ensinamentos da Escola de Chicago (*ecologia criminal*).

do capitalismo com o uso das prisões em vez de punições brutais e públicas, com policiamento em vez do uso de milícias para manter a lei e a ordem, e com o crescimento geral do Estado administrativo. Em cada caso, além disso, atividades de segurança tornam-se um aspecto mais significativo das relações de poder, mas não meramente no sentido de que o poder do capital é reforçado. Vigilância mais próxima poderia garantir que trabalhadores fossem protegidos de acusações injustas e recompensados apropriadamente no trabalho.⁵⁹

Ainda segundo David Lyon,⁶⁰ o capitalismo manteve uma estreita relação com o Estado na metade do século XX, o que diminuiu por um tempo as forças do mercado em razão da intervenção da administração burocrática. Por outro lado, esse fenômeno incentivou o crescimento das práticas de vigilância, especialmente nas grandes empresas.

Em resumo, é possível afirmar que a vigilância não é uma prática nova, ou nas palavras de Foucault,⁶¹ não é uma das grandes invenções do século XVIII, mas surgiu com a forma atual principalmente a partir do século XIX, substituindo a coerção física como um meio de manter a ordem e a coordenação de atividades de grandes populações, particularmente no contexto do capitalismo e do Estado nacional. A vigilância está ligada ao conhecimento burocrático e administrativo, ou seja, tem consequências para a disciplina e para o poder. Além disso, a capacidade de vigilância tem aumentado nas sociedades contemporâneas em razão do tamanho dos arquivos, do grau de centralização, da velocidade da informação e do número de contatos entre sistemas administrativos e populações sujeitas. Assim, o controle da informação se revela fundamental nesse tipo de sociedade denominada por Lyon de “sociedade da vigilância”.⁶²

Da mesma forma, a vigilância não é uma prática nova na área do controle social, especificamente no meio penal e penitenciário. A sanção penal, por si só, já pressupõe alguma vigilância e, portanto, sempre demandou práticas ou instrumentos de vigilância. Além disso, a vigilância propriamente dita já foi utilizada no decorrer da história como medida penal específica, como é o caso do Código Penal alemão de 1871 que estabeleceu a *vigilância policial* como pena acessória a ser aplicada por até cinco anos após o cumprimento total da pena principal.⁶³ Em tempos mais recentes (1990), as Regras

⁵⁹ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 35 (tradução nossa).

⁶⁰ Ibid, p. 36.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 148.

⁶² LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 38.

⁶³ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal: tomo tercero*. 2. ed. Tradução da 20ª ed. alemã de Luis Jiménez de Asúa. Adicionado com Direito Penal Espanhol por Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1929, p. 262-264. A pena acessória de vigilância policial permitia à polícia impedir a presença do condenado em

de Tóquio⁶⁴ sobre medidas alternativas à pena privativa de liberdade estabeleceram a vigilância e a supervisão como regras específicas relacionadas à execução das penas e medidas alternativas. O documento referido recomenda a escolha do “tipo mais adequado de vigilância ou tratamento, que podem ser revistos e reajustados periodicamente”.

O que pode ser entendido como certa novidade na vigilância é a utilização de instrumentos tecnológicos que intensificam seus efeitos positivos e negativos. Além disso, o avanço da tecnologia surpreende cada vez mais, gerando soluções, entusiasmo, novas perspectivas e interesses, mas também temores e desconfianças. É o caso da *vigilância eletrônica* que passou a ser empregada em diversas áreas da sociedade, inclusive no campo do direito penal e penitenciário.

2.3 O surgimento da vigilância eletrônica nos Estados Unidos

A ideia da vigilância eletrônica surgiu nos Estados Unidos durante a década de 1960 com as pesquisas do professor da Universidade de Harvard, Ralph Schwitzgebel⁶⁵ que, juntamente com seu irmão Robert Schwitzgebel, projetou dispositivos eletrônicos para a localização de delinquentes e doentes mentais.

Os estudos de Ralph Schwitzgebel estavam centrados em “pessoas com problemas sociais” e no desenvolvimento de técnicas de investigação eletrônica de condutas humanas. Desses estudos surgiu um projeto de controle remoto do comportamento humano e a denominada *electronic parole*, ou seja, um sistema de reabilitação eletrônica para “reincidentes crônicos” que incluía a possibilidade de comunicação interativa entre um terapeuta e o condenado. Os envolvidos acreditavam que os dispositivos eletrônicos aumentariam a segurança das pessoas e da propriedade, bem como que o programa de reabilitação eletrônica dispensaria o encarceramento de longo

determinados lugares, expulsar o condenado estrangeiro por até cinco anos e proceder a buscas na residência do condenado sem a observância de preceitos relativos ao tempo em que estas podem ser realizadas, além de outros efeitos previstos na legislação processual penal.

⁶⁴ Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, da Assembléia Geral das Nações Unidas.

⁶⁵ No livro *Changing Human Behavior* o nome de Ralph Schwitzgebel aparece vinculado ao Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de Harvard (SCHWITZGEBEL, Ralph K.; KOLB, David A. *Changing Human Behavior: principles of planned intervention*. New York: McGraw-Hill Book Company, 1974). Entretanto, alguns autores atribuem a Schwitzgebel a qualificação de professor de biologia e de psicólogo: POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 64; KALUSZYNSKI, Martine. Le développement du placement sous surveillance électronique en Europe, genèses, circulation des modèles et diversité des problématiques. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 15.

prazo e a supervisão pessoal dos egressos na medida em que determinadas condutas delitivas pudessem ser previstas ou reguladas.

Em resumo, o sistema foi idealizado como apoio, mediante controles externos, para controlar e reformar o comportamento considerado socialmente inadequado. Desde o princípio, portanto, o dispositivo eletrônico patenteado por Schwitzgebel foi concebido como alternativa à prisão, inclusive com a pretensão manifesta de substituição definitiva da prisão no futuro.⁶⁶

Segundo Faustino Gudín Rodríguez-Magariños,⁶⁷ a *psicotecnologia* foi definida pelo próprio Schwitzgebel como o estudo da interação entre a tecnologia elétrica, mecânica e química na experiência humana consciente, com a finalidade de controlar determinadas condutas humanas. Assim, o estudo de Schwitzgebel buscava proporcionar instrumentos aos terapeutas penitenciários para solucionar o problema social gerado pelo afastamento, por um grupode indivíduos, dos padrões de convivência. O autor espanhol, porém, alerta para os riscos decorrentes da aplicação da psicotecnologia:

A psicotecnologia idealizada por Schwitzgebel, precisamente para o campo penitenciário, pode proporcionar uma série de instrumentos de desenvolvimento na tentativa de orientar determinados comportamentos notoriamente antissociais para atitudes mais próprias de uma conduta cívica. Sem embargo, sobre essas técnicas está subjacente a sombra da possibilidade de manipulação da mente do indivíduo (a já lendária lavagem cerebral – *brainwashing*).⁶⁸

Além disso, Rodríguez-Magariños ressalta que os braceletes eletrônicos foram criados inicialmente como um elemento positivo, ou seja, como instrumento para facilitar o tratamento de pessoas socialmente não adaptadas. Com efeito, Schwitzgebel idealizou seu dispositivo para estabelecer uma relação de confiança com a pessoa sujeita ao seu sistema de vigilância, ou seja, a finalidade não era apenas vigiar, mas sim criar pessoas dignas de confiança. Entretanto, a técnica passou a ser utilizada como mecanismo mais barato de segurança privada em Estados com tendência de privatização dos serviços penitenciários, como no caso da Alemanha. Em consequência, os métodos eletrônicos de vigilância tendem a ser vistos e utilizados apenas como elemento de repressão de uma determinada conduta, ou seja, a fuga.⁶⁹

⁶⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 78.

⁶⁷ Ibid, p. 75.

⁶⁸ Ibid, p. 79 (tradução nossa).

⁶⁹ Ibid, p. 76-77.

Alguns anos depois dos estudos de Schwitzgebel, na década de 1970, Ingraham e Smith defenderam a utilização do monitoramento eletrônico como uma alternativa real e geral ao cárcere, bem como à *probation*.⁷⁰ Há notícia também nesta época (1971) sobre um programa de prisão domiciliar com controle eletrônico para delinquentes juvenis em St. Louis.⁷¹

Entretanto, conforme apontam diversos autores,⁷² apenas em abril de 1983 os dispositivos de vigilância eletrônica foram aplicados na prática em adultos pela primeira vez nos Estados Unidos. Isso ocorreu quando o juiz Jack Love utilizou o monitoramento eletrônico (chamado de *tagging* nos EUA) através de uma argola⁷³ colocada na perna de um infrator que violou uma ordem de *probation* do Segundo Distrito Judicial de Albuquerque, no Novo México. Segundo consta, o magistrado americano procurou empresas de informática solicitando que projetassem um aparelho de monitoramento depois de ler uma história em quadrinhos do personagem Homem-Aranha (*Spiderman*), na qual o vilão denominado Rei do Crime (*Kingpin*) fixa um bracelete eletrônico no braço do herói que passa a ser localizado através de um radar.

Aparentemente, a intenção do juiz era afastar condenados por embriaguez ao volante e por delitos econômicos (*white collar offences*) da prisão local que sabia ser lotada e violenta, ou seja, desproporcionalmente prejudicial. Assim, pretendia

⁷⁰ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 64; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 89. *Probation*, segundo Edmundo Oliveira, é uma pena alternativa (também chamada de intermediária) criada em 1841 nos Estados Unidos e aplicada “como forma de evitar a prisão do condenado, reintroduzindo-o na sociedade, sob a supervisão de uma pessoa de inteira confiança da comunidade e com a incumbência de cumprir certas condições, tais como: não violar a lei, não sair da jurisdição e ter um emprego”. A *probation* distingue-se do *sursis* pelo caráter de assistência e tratamento ao condenado em liberdade que é acompanhado pessoalmente pelo *probation office* (OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 146-147).

⁷¹ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 2, abr./jun. 1999, p. 248. Por outro lado, Craig Paterson menciona o programa de St. Louis em 1971 apenas como o primeiro programa coordenado de prisão domiciliar dos EUA, com a detenção organizada de adolescentes em confronto com a lei (PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 77, mar./abr. 2009, p. 284).

⁷² POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 64-65; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 90-91; PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 46, 1997, p. 263; PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 249.

⁷³ A argola (em inglês *link*) utilizada tomou o nome de *gosslink* em razão de seu projetista Michael Goss (POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 65).

testar se a ordem de *probation* poderia ser retomada com novas e mais restritas condições, ao invés de enviar o infrator diretamente ao cárcere.⁷⁴

Depois das primeiras experiências, o juiz Jack Love recebeu propostas de empresas japonesas para controlar televisivamente os delinquentes “etiquetados”, o que lhe pareceu uma ameaça aos direitos fundamentais da pessoa. O magistrado entendia que deveria haver um limite na vigilância dos delinquentes, sob pena de se ingressar em um ambiente orwelliano de ameaças às liberdades civis.⁷⁵

O surgimento do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos nessa época (década de 1980) também pode ter outras e mais amplas razões que devem ser analisadas. De acordo com Luís de Miranda Pereira,⁷⁶ o entusiasmo pelo monitoramento eletrônico aparece no início dos anos oitenta nos Estados Unidos não por acaso. Com efeito, a população prisional americana cresceu 169% de 1980 a 1997 para a população branca, 222% para a população negra e 449% para a população de origem hispânica. Além disso, no final de 1987 havia 8,4 milhões de pessoas sob a supervisão das agências americanas responsáveis pela execução de penas e medidas penais.

Tal situação provocou uma evidente necessidade de aumentar as vagas nos presídios, o que implicava enorme empenho de recursos financeiros. Entretanto, a disponibilização de recursos e a construção de novas vagas demandavam tempo, o que inviabilizava uma resposta imediata ao problema, mormente considerando certo recrudescimento da legislação penal, como por exemplo, a abolição da liberdade condicional em nível federal e em alguns Estados. Além disso, a atração provocada pelas novas tecnologias em desenvolvimento e a crise do serviço de *probation* (aumento do número de casos para cada funcionário) ajudaram a criar um ambiente propício ao crescimento do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos.

O controle eletrônico apareceu aos olhos de políticos, altos funcionários, jornalistas e, obviamente, do mundo empresarial interessado, como a panacéia universal: mais barato, simples de operar, confiável, neutro, dirigido a grupos específicos, sinônimo de progresso, a solução óbvia e intuitiva. Toda uma gama de afirmações que sendo em muito falaciosas não deixaram de marcar o ambiente de um momento (que se repete noutros países e noutros momentos) e de produzir o estabelecimento de

⁷⁴ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 10.

⁷⁵ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 42.

⁷⁶ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 250.

uma cultura, a que também não foi estranha a influência do “nothing works”, então em voga.⁷⁷

Em resumo, o autor português afirma que a superpopulação prisional, o atrativo das novas tecnologias e a fragilidade da resposta dos serviços de *probation* constituíram “o campo de cultura ideal para o desenvolvimento do uso do controle eletrônico de delinquentes”.⁷⁸ A partir daí começaram a surgir as chamadas sanções intermediárias (*intermediate sanctions*) que se caracterizam como formas de punição alternativas à prisão, porém, mais severas que as tradicionais (condicional, *probation*, etc.). Nesse contexto, cresceu o interesse pela vigilância eletrônica e pelas sanções vinculadas a essa tecnologia, que então passaram a ser aplicadas com frequência cada vez maior em todo o território norte-americano.

Escobar Marulanda⁷⁹ também aponta a superpopulação carcerária dos Estados Unidos (328.695 presos em 1980 e 1.053.738 em 1994) como causa do surgimento das diversas sanções intermediárias para substituir a prisão, como é o caso da prisão domiciliar que, inclusive, passou a ser muito mais aplicada após a introdução do controle eletrônico. Além disso, Faustino Gudín Rodríguez-Magariños⁸⁰ ressalta que a existência de um grande número de pessoas submetidas à liberdade vigiada e a impossibilidade material de vigiá-las pessoalmente forçaram os Estados Unidos na busca de uma solução tecnológica para o problema.

A vigilância eletrônica, curiosamente, parece ter imitado a prisão em relação às circunstâncias de seu surgimento, já que a prisão se consolidou como expoente do sistema penal quando a pena de morte apresentou problemas aparentemente insuperáveis.

2.4 As raízes filosóficas e criminológicas da vigilância eletrônica

A vigilância, portanto, não é um fenômeno novo, isolado e muito menos insignificante ou irrelevante ao meio social. Ao contrário, ela faz parte de um contexto de

⁷⁷ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 250.

⁷⁸ Ibid, p. 251.

⁷⁹ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 205.

⁸⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 87.

acontecimentos e transformações históricas ocorridas na sociedade, principalmente a partir dos séculos XVIII e XIX, e, além disso, foi impulsionada pela marcante evolução tecnológica verificada no século XX que disponibilizou novos instrumentos para o exercício da vigilância, como é o caso da informática e da telemática.

A vigilância eletrônica ou telemática, portanto, passou a ser utilizada para fins penais, inicialmente nos Estados Unidos, não apenas em razão da disponibilidade tecnológica, mas também pelo contexto político, social e até cultural da sociedade naquele determinado momento histórico. Da mesma forma, pensamentos filosóficos há muito conhecidos da ciência penal também influenciaram na formatação deste instrumento de controle social denominado vigilância eletrônica.

Entre as principais influências e fatores condicionantes da vigilância eletrônica como medida penal, portanto, é possível destacar o pensamento utilitarista no campo da filosofia e a cultura do controle na esfera da criminologia, além do evidente desenvolvimento da tecnologia.

2.4.1 Utilitarismo: o Panóptico de Jeremy Bentham e a análise de Michel Foucault

Faustino Gudín Rodríguez-Magariños⁸¹ sustenta que os sistemas eletrônicos de vigilância não podem ser considerados meros inventos tecnológicos alheios à realidade filosófica, pois foram os postulados filosóficos empíricos utilitaristas que patrocinaram a vigilância eletrônica ou telemática. Com efeito, a sociedade e os governos reclamavam o alívio da superpopulação carcerária, prisões mais econômicas e uma maior proteção, além de alternativas penais mais eficazes.

O pensamento utilitarista⁸² pode ser retratado através das obras de Thomas Morus e Thomas Hobbes, além de outros como David Hume e John Locke. Thomas Morus escreve sobre uma ilha imaginária e uma sociedade ideal (*Utopia*), onde o

⁸¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 95.

⁸² Jacques-Alain Miller esclarece que a concepção utilitarista do mundo está fundamentada em uma simples convicção: de que tudo tem efeito, ou seja, toda coisa serve (ou merece) a uma outra, ou ainda, que toda coisa só existe relativamente a outra (não há absoluto). “A esse respeito, o Panóptico é o modelo do mundo utilitarista: tudo nele é só artifício, nada de natural, nada de contingente, nada que tenha o existir como única razão de ser, nada de indiferente. Tudo ali é exatamente medido, sem excedente, nem falta. As articulações, os dispositivos, as manipulações. Por toda parte, máquinas”. O utilitarista, ainda segundo o autor referido, diz que tudo é calculável, já que tudo tem efeito. Assim, em relação a um resultado, é possível aferir o que favorece e o que prejudica, ou seja, trata-se de amplificar um e diminuir o outro, avaliando e equilibrando as causas. Cf. MILLER, Jacques-Alain. *A máquina panóptica de Jeremy Bentham*. Tradução de M. D. Magno. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 93.

trabalho escravo é a punição para aqueles que cometeram os crimes mais graves ou para aqueles condenados à morte em outros países, sendo estes últimos adquiridos por baixo preço para serem aproveitados no trabalho em favor da sociedade. Por outro lado, Thomas Hobbes sustenta que o ser humano não é social por natureza, mas sim por necessidade de sobrevivência. A associação e a igualdade de desejos e necessidades, porém, gera o conflito de interesses que só pode ser resolvido por um pacto social criador de uma entidade sobre-humana (*Leviatã*) capaz de manter a ordem e evitar a guerra de todos contra todos. Nesse contexto, a punição deve ser aplicada com a finalidade de predispor o delinquente ao cumprimento das leis.⁸³

Jeremy Bentham, também considerado um expoente do pensamento utilitarista, sustenta que o mundo deve ser organizado e orientado para a busca do maior prazer e da fuga da dor, de uma forma utilitária. No livro *An introduction to the principles of morals legislation* (1789), Bentham “define a utilidade como a submissão, científica e calculada, aos dois grandes princípios que governam toda a conduta dos indivíduos e das sociedades: a evitação da dor e a busca do prazer”.⁸⁴ Segundo Michelle Perrot,⁸⁵ trata-se de captar todos os instintos humanos para transformá-los em energia e força produtiva naqueles tempos de desenvolvimento econômico e produção de trabalho com o prazer e o sofrimento. Por esse motivo, a filosofia de Bentham é denominada utilitarista, pois tende a substituir o conceito de *justiça*, tido por ele como equívoco, pelo conceito de *prazer*, considerado mais objetivo e unívoco.⁸⁶

Em relação à punição propriamente dita, Bentham afirma que a pena é justificada por sua maior utilidade, ou seja, por sua necessidade. Assim, o mal produzido pelas penas seria uma despesa realizada pelo Estado para assegurar uma vantagem, qual seja, a eliminação dos crimes. A utilidade das penas deve ser aferida através de um cálculo detalhado de ganhos (benefícios) e perdas.⁸⁷

Entretanto, uma aplicação concreta dos princípios utilitaristas no âmbito penitenciário foi efetivamente apresentada por Jeremy Bentham na obra denominada *O*

⁸³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores), p. 236.

⁸⁴ PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. Tradução de Guacira Lopes Louro. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 129.

⁸⁵ *Ibid*, p. 129.

⁸⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 97.

⁸⁷ PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. Tradução de Guacira Lopes Louro. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Op. cit., p. 135.

Panóptico ou a casa de inspeção (1791).⁸⁸ O autor inglês então conclui que a coação psicológica é o instrumento mais simples para que qualquer instituição com muitas pessoas concentradas (prisão, fábrica, escola, hospital, etc) funcione regularmente e sem problemas, sem a necessidade de recorrer a atos esporádicos de violência física para manter a ordem. Assim, Bentham busca encontrar a sanção menos dolorosa entre os castigos úteis e, para tanto, idealiza uma prisão de planta semicircular onde os prisioneiros estão sempre expostos à observação dos vigilantes ou inspetores, mas estes não estão expostos àqueles. A construção é denominada de *Panóptico*, em referência à sua principal vantagem, ou seja, a possibilidade de observar tudo o que acontece no interior do estabelecimento com um olhar.⁸⁹

De acordo com o próprio Bentham,⁹⁰ a essência do projeto Panóptico é a centralidade da situação do inspetor, combinada com dispositivos que possibilitam “ver sem ser visto”. Assim, o mais importante é que as pessoas inspecionadas sintam-se como se estivessem sempre sob inspeção ou, ao menos, como tendo uma grande probabilidade de estarem sob inspeção. Quanto maior a probabilidade de que realmente exista a inspeção, maior será a persuasão, ou seja, mais intenso o sentimento de estar sendo inspecionado. Segundo David Lyon,⁹¹ o Panóptico de Bentham representa uma paródia secular da onisciência divina, em que o observador é, como Deus, invisível.

Bentham⁹² também elenca as vantagens fundamentais do projeto, ou seja, a *aparente onipresença* do inspetor e a extrema facilidade de sua *real presença*. Além disso, as vantagens colaterais seriam a redução do número de inspetores necessários e a possibilidade de um constante controle dos inspetores por seus superiores, resolvendo a intrigante questão política sobre a separação de poderes, representada pela frase do romano

⁸⁸ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 62. O texto publicado em 1791 é formado basicamente por cartas escritas em 1787, conforme informação contida junto ao título da obra. Michelle Perrot, porém, afirma que as vinte e uma cartas que formam a primeira parte d'O Panóptico foram escritas a partir de 1786 e ficticiamente dirigidas pelo autor a um interlocutor anônimo. As cartas foram editadas em 1791, primeiro em Dublin e depois em Londres, onde foram acompanhadas de mais dois volumes contendo especificações técnicas. A edição londrina, porém, não chegou a ser publicada para venda ao público. Cf. PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. Tradução de Guacira Lopes Louro. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Op. cit., p. 140.

⁸⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 97-98; LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 63. O prefixo de origem grega *pan-* é utilizado normalmente com sentido de *tudo* ou *todos* e o termo *-óptico* (elemento de composição) refere-se à visão.

⁹⁰ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. Tradução de Tomaz Tadeu. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Tradução de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 28-29.

⁹¹ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 63.

⁹² BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. Tradução de Tomaz Tadeu. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Op. cit., p. 30-33.

Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes* (quem guarda os próprios guardiões)? A inspeção também é feita pelo público em geral, ainda que movido apenas pela curiosidade, pois as portas do estabelecimento devem estar sempre abertas à visitação. Isso multiplica o número de vigilantes e, ao mesmo tempo, coloca os inspetores sob vigilância.

Michel Foucault comenta sobre o projeto de Bentham e vai além da simples análise descritiva, considerando o Panóptico no contexto de uma “sociedade disciplinar”. Essa sociedade em que a vigilância se generalizou, formada ao longo dos séculos XVII e XVIII, experimentou uma progressiva extensão dos dispositivos de disciplina e sua multiplicac o através de todo o corpo social. O Panóptico, segundo Foucault,⁹³   a figura arquitetural de uma composic o de poderes, ou seja, da utiliza o de métodos disciplinares aos já excluídos, da individualiza o para marcar a exclusão.

No que diz respeito ao esquema Panóptico propriamente dito, Foucault⁹⁴ assinala que o projeto de Bentham adota o princípio da visibilidade inverificável, ou seja, o detento deve ter constantemente aos seus olhos a torre de vigilância e nunca deve saber se está sendo observado de fato, embora tenha a certeza de que sempre pode ser observado. Tal situa o produz o efeito fundamental de induzir no detento um estado permanente e consciente de visibilidade, que assegura o funcionamento automático do poder. Assim, pouco importa quem exerce o poder na estrutura panóptica, pois esta sempre funciona garantindo a submissão dos indivíduos submetidos a ela. Além disso, cada recluso   visto pelo vigilante, porém, as paredes laterais impedem a comunica o entre eles, ou seja,   visto, mas nunca v  e   objeto de informa o, mas nunca sujeito de comunica o.

Uma sujei o real nasce mecanicamente de uma rela o fictícia. De modo que não   necessário recorrer   força para obrigar o condenado ao bom comportamento, o louco   calma, o operário ao trabalho, o escolar   aplica o, o doente   observância das receitas. Bentham se maravilha de que as institui es pan pticas pudessem ser tão leves: fim das grades, fim das correntes, fim das fechaduras pesadas: basta que as separa es sejam nítidas e as aberturas bem distribuídas. O peso das velhas “casas

⁹³ No século XIX, segundo o autor, foi aplicada ao espaço de exclusão simbolicamente ocupado pelo leproso (e popula o real formada por mendigos, vagabundos, loucos e violentos) a técnica de poder própria do “quadriculamento” disciplinar, t mbem empregada nas cidades atingidas pela peste. Assim, o espaço do internamento foi trabalhado com os métodos de reparti o analítica de poder, individualizando os excluídos para marcar as exclusões. O autor francês afirma ainda que esse método foi utilizado pelo poder disciplinar desde o início do século XIX no asilo psiquiátrico, na penitenciária, na casa de corre o, no estabelecimento de educa o vigiada, de certa forma nos hospitais e, de modo geral, em todas as instâncias de controle individual funcional de maneira dupla: divisão binária e marca o (louco-não louco, perigoso-inofensivo, normal-anormal) e determina o coercitiva e reparti o diferencial (quem  , onde deve estar, como reconhecer e exercer uma vigilância constante) (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 165).

⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 166-167.

de segurança”, com sua arquitetura de fortaleza, é substituído pela geometria simples e econômica de uma “casa de certeza”.⁹⁵

Ainda de acordo com Foucault,⁹⁶ o Panóptico é polivalente em suas aplicações, pois serve para emendar os prisioneiros, cuidar dos doentes, instruir os escolares, guardar os loucos, fiscalizar os operários e fazer trabalhar os mendigos e ociosos.⁹⁷ Em cada uma de suas aplicações, o mecanismo permite aperfeiçoar o exercício do poder reduzindo o número dos que o exercem e multiplicando o número de pessoas sobre os quais é exercido. Nesse sentido, “o esquema panóptico é um intensificador para qualquer aparelho de poder”, pois gera economia (de material, pessoal e tempo) e eficácia (caráter preventivo, funcionamento contínuo e mecanismos automáticos).⁹⁸ Por outro lado, o autor francês também destaca a engenhosidade do esquema panóptico que possibilita a fiscalização pública e democrática de seus estabelecimentos.⁹⁹

Depois de apontar o Panóptico como exemplo perfeito do poder disciplinar, Foucault reconhece a presença deste mesmo poder nas instituições da modernidade: “Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões?”¹⁰⁰ O que para Bentham era uma aspiração, para Foucault é uma realidade social, ou seja, o poder panóptico difundido em diferentes instituições sociais.¹⁰¹

O autor francês, porém, parece não ter comentado sobre o impacto do computador e das novas tecnologias informáticas na disciplina panóptica, principalmente a partir de 1960. Nesse sentido, David Lyon analisa a forma e os contextos em que a

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 167.

⁹⁶ *Ibid*, p. 170.

⁹⁷ Nas palavras do próprio Jeremy Bentham: “A moral reformada; a saúde preservada; a indústria revigorada; a instrução difundida; os encargos públicos aliviados; a economia assentada, como deve ser, sobre uma rocha; o nó górdio da Lei sobre os Pobres não cortado, mas desfeito – tudo por uma simples ideia de arquitetura!”. Cf. BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. Tradução de Tomaz Tadeu. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Op. cit., p. 17.

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 170.

⁹⁹ “Na realidade, qualquer instituição panóptica, mesmo que seja tão cuidadosamente fechada quanto uma penitenciária, poderá sem dificuldade ser submetida a essas inspeções ao mesmo tempo aleatórias e incessantes: e isso não só por parte dos controladores designados, mas por parte do público; qualquer membro da sociedade terá direito de vir constatar com seus olhos como funcionam as escolas, os hospitais, as fábricas, as prisões. Não há, conseqüentemente, risco de que o crescimento de poder devido à máquina panóptica possa degenerar em tirania; o dispositivo disciplinar será democraticamente controlado, pois será sem cessar acessível ‘ao grande comitê do tribunal do mundo’. Esse panóptico, sutilmente arranjado para que um vigia possa observar, com uma olhadela, tantos indivíduos diferentes, permite também a qualquer pessoa vigiar o menor vigia. A máquina de ver é uma espécie de câmara escura em que se espionam os indivíduos; ela torna-se um edifício transparente onde o exercício do poder é controlável pela sociedade inteira” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 171).

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Op. cit., p. 187.

¹⁰¹ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 67.

vigilância eletrônica revela sua função panóptica, destacando a segurança e o controle da criminalidade como uma das principais áreas de operação da vigilância panóptica na sociedade contemporânea.¹⁰²

David Lyon¹⁰³ menciona a análise de Stanley Cohen sobre a mudança no controle do crime a partir do final do século XX, revelando que as ideias panópticas estão presentes nos métodos de “incapacitação tecnológica”. Um exemplo disso é a vigilância eletrônica através de pulseiras ou tornozeleiras eletrônicas que permitem a infratores menos perigosos permanecer em liberdade, em casa ou trabalhando. Cohen relaciona a vigilância eletrônica ao Panóptico, pois o infrator está em constante (potencial) supervisão, mas não consegue verificar se a vigilância está se realizando em dado momento. Outros estudos mencionados por Lyon também relacionam práticas de vigilância ao Panóptico, como é o caso nos Estados Unidos do Centro Nacional de Informação de Crimes e da base de dados de instituições como o Departamento de Defesa, a Agência Central de Inteligência, a Agência Nacional de Segurança, o Departamento Federal de Investigação e a Receita Federal.

Segundo Faustino Gudín Rodríguez-Magariños,¹⁰⁴ a figura do Panóptico como diagrama espacial que materializa o corpo do prisioneiro para torná-lo sempre visível aos olhos do carcereiro pode ser extrapolada para esse espaço construído na confluência de fluxos de informação e não de altos muros, que tem sido chamado de *ciberespaço*. E a estrutura do Panóptico, em que a única realidade possível apresentada ao prisioneiro está delimitada por este espaço disciplinar, certamente adquire uma característica virtual. Assim como o Panóptico, afirma o autor espanhol, as realidades eletrônicas também aspiram à totalidade e a condicionar radicalmente a vontade do vigiado.

Entretanto, David Lyon¹⁰⁵ não identifica as várias formas de vigilância eletrônica contemporânea com o poder panóptico. Segundo o autor, são qualitativamente distintos os meios de produção econômica e os meios de administração política, ou seja, as prisões não se identificam totalmente com os locais de trabalho ou outras organizações

¹⁰² A outra área se refere ao monitoramento direto, por câmeras e computadores, de subordinados no local de trabalho capitalista, bem como ao uso de informação transacional para influenciar o comportamento do consumidor. Autores como Frank Webster e Kevin Robins sustentam que o uso da tecnologia da informação permitiu ao poder panóptico de vigilância espalhar-se pela sociedade, utilizando como veículo a organização comercial e não mais a administração governamental (LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 69-71).

¹⁰³ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 68.

¹⁰⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 98.

¹⁰⁵ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 73-75.

sociais. Assim, as formas de vigilância eletrônica contribuem para sustentar o controle social, mas não é suficiente ainda para a formação de uma visão apocalíptica de um Panóptico geral social. Além disso, o consumismo contribuiu muito para a manutenção da ordem social nas sociedades capitalistas do final do século XX e o Panóptico, portanto, pode não ser uma imagem apropriada para explicar a reprodução da ordem social, tanto se considerada apenas a sua capacidade para fazer da “sociedade uma prisão” quanto pela natureza implícita de sua disciplina. A vigilância eletrônica comercial potencializa o consumismo, mas não através de uma “panóptica imposição de normas” e sim fornecendo uma estrutura para canalizar o comportamento “onde as escolhas próprias ainda são feitas”. De qualquer forma, o autor lembra que a “disciplina carcerária” (métodos panópticos) ainda é experimentada por setores menos favorecidos da sociedade, ou seja, os excluídos do consumo.

Os temores e ansiedades a respeito da vigilância eletrônica, bem como as críticas e resistências à sua adoção, decorrem geralmente dos aspectos de sua natureza panóptica. Bentham utilizou uma lógica cartesiana ao considerar que o ser humano poderia ser medido e controlado como uma máquina e, assim, propôs impessoalidade, classificação abstrata e poder automático no Panóptico. De fato, tais características podem ser encontradas com maior ênfase na vigilância eletrônica, mormente em razão do uso da tecnologia da informação. Assim, os críticos dessa “nova” forma de vigilância apontam a dispensa do conhecimento individual, o caráter instrumental, a invasão de certas áreas da vida privada e que isso gera deterioração das liberdades pessoais e democráticas.

David Lyon,¹⁰⁶ porém, conclui que o Panóptico não revela uma imagem completa da origem e da natureza da vigilância, ou seja, não a explica de forma clara e absoluta. Com efeito, o uso cada vez maior dos computadores obscureceu as distinções entre as esferas da vigilância pública e privada, mas isso não significa que elas estejam dissolvidas. Além disso, de acordo com o autor, o Panóptico como meio de exclusão pode estar em declínio, deixando as sociedades desenvolvidas sob o domínio superior do consumismo e delegando aos regimes panópticos um papel secundário.¹⁰⁷

¹⁰⁶ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 75-78.

¹⁰⁷ O autor lembra também que o desenvolvimento do panoptismo no século XIX ocorreu na medida em que crescia o comprometimento com os direitos sociais. Daí, o autor chega a um fenômeno mais geral chamado por Anthony Giddens de “dialética do controle”, segundo o qual todas as estratégias de controle fazem emergir estratégias de contra-ataque pelos subordinados. De acordo com esse teorema, é possível esperar tentativas de compensação de poder sempre que a vigilância é sentida negativamente como repressão (LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 76-77).

De qualquer forma, a influência do pensamento utilitarista e do panoptismo na vigilância eletrônica parece evidente e deve ser reconhecida.

Finalmente, alguns pensam que Bentham é um filósofo do passado e estranho às nossas vidas. Nada mais distante da realidade, considerando o exemplo da palavra “observatório”, de indiscutíveis conotações benthanianas e pensando nas múltiplas oportunidades em que é usada por organismos públicos ou privados. Podemos citar como exemplos significativos de observatórios: para a violência de gênero, meteorológico nacional, permanente da imigração, da delinquência, etc. Parece que sempre que o Estado se depara com algum problema sobre o qual não tem controle, organiza uma entidade pública que tem a referida denominação concentrada na vigilância para posteriormente poder exercer o controle. Em conclusão, a filosofia utilitarista não está morta e de algum modo exerce uma permanente influência sobre a sociedade.¹⁰⁸

2.4.2 Cultura do controle: a análise de David Garland

Faustino Gudín Rodríguez-Magariños¹⁰⁹ denomina as novas tecnologias de vigilância de “cárcere eletrônico”, tendo em vista que a supervisão e o controle impostos ao vigiado não são muito mais flexíveis que aqueles praticados em um estabelecimento penitenciário, apesar da ausência de muros e barreiras físicas. Trata-se, de acordo com o autor espanhol, de uma manifestação daquilo que David Garland conceitua como “cultura do controle”.

David Garland analisa a transformação ocorrida na área do controle social do delito durante as três últimas décadas do século XX nos Estados Unidos e no Reino Unido, afirmando que essa transformação não foi institucional, mas sim de funcionamento estratégico e importância social.¹¹⁰ De fato, a análise de Garland pode ajudar a entender o contexto social e cultural em que surgiu a vigilância eletrônica nos Estados Unidos e na Inglaterra, pois essa nova tecnologia despertou interesse e passou a ser aplicada nesses países durante a década de 1980, desenvolvendo-se muito na década seguinte (1990), na esteira das mudanças verificadas na área do controle do delito.

¹⁰⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 101 (tradução nossa).

¹⁰⁹ Ibid, p. 73.

¹¹⁰ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 277. Segundo o autor, “a arquitetura institucional da modernidade penal permanece firmemente no lugar, como também o aparato estatal da justiça penal” (tradução nossa).

Segundo David Garland,¹¹¹ o sistema de justiça penal dos dois países foi expandido de forma significativa no período referido, tanto em relação à quantidade de casos quanto aos empregos e gastos, inclusive construção de presídios. Além disso, as penas privativas de liberdade cresceram em duração e aumentaram as chances de retorno à prisão após a liberdade condicional, aumentando também o número de execuções de pena de morte nos Estados Unidos. Essa mudança na ênfase penal teve efeitos importantes, entre eles o autor destaca a importância política e cultural do castigo.

Entretanto, o que surpreende Garland é que o aparato institucional correcionalista, ligado ao *welfarismo penal*,¹¹² não foi descartado e continua sendo utilizado cotidianamente. Assim, continuam sendo empregados especialistas sociais e psiquiatras para preparar informes de investigação social, realizar diagnósticos e ajudar a tratar e a controlar delinquentes. “De fato, na década de 1990 se deu um aumento bastante significativo no número de programas de tratamento dos delinquentes na comunidade e nas prisões”.¹¹³

Por outro lado, um terceiro setor de controle do delito se desenvolveu paralelamente às instituições de governo, ou seja, um setor constituído por organizações de prevenção do delito e segurança. Este setor de prevenção, constituído por redes e práticas de coordenação (reuniões de autoridades locais, grupos de trabalho, foros multiagenciais e comitês de ação), mais virtual que físico (sem empregados e edifícios), ocupa posição intermediária entre o Estado e a sociedade civil, conectando a justiça penal com atividades das comunidades e das corporações. O desenvolvimento deste terceiro setor amplia o campo do controle formal do delito e seu potencial de ação organizada. O objetivo do setor de prevenção não é perseguir, processar e castigar ou reformar indivíduos, mas sim “reduzir os eventos delitivos mediante a minimização das oportunidades delitivas, a

¹¹¹ O setor policial também mudou sua ênfase, trocando estratégias reativas por experiências de polícia comunitária e, mais recentemente, ações policiais mais intensas sobre a desordem e delitos menores. As práticas de trabalho e os orçamentos policiais, porém, indicam que o funcionamento cotidiano das forças policiais não teve alteração drástica. Além disso, a elevação da figura da vítima a um primeiro plano também acarretou alterações na justiça penal, porém, não produziu o desenvolvimento de novos aparatos ou novas sanções penais. Nesse sentido, novos esquemas de reparação e mediação desempenham um papel muito pequeno na justiça penal como um todo (GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Op. cit., p. 277-279).

¹¹² O autor chama de *welfarismo penal* as estratégias e os dispositivos institucionais de controle do delito que caracterizaram a área penal desde a década de 1890 até 1970 e que se desenvolveram no âmbito de ascensão do Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*). Característica básica do *welfarismo penal*: as medidas penais, sempre que possível, devem ser intervenções destinadas à reabilitação e não castigos negativos e retributivos (GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Op. cit., p. 35).

¹¹³ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Op. cit., p. 279 (tradução nossa).

intensificação dos controles situacionais e a retirada das pessoas das situações criminógenas”.¹¹⁴

David Garland¹¹⁵ sustenta que a influência desse terceiro setor é pequena, mas constante e, além disso, o sistema de justiça penal passou a ser mais vulnerável à opinião pública e ao discurso político relativo à segurança, reduzindo a participação dos especialistas na produção de novas leis ou na adoção de políticas públicas. Da mesma forma, os governos e as legislaturas passaram a aprovar leis mais severas com objetivos políticos, ou seja, para responder ao sentimento popular de que os delinquentes não são suficientemente castigados e de que os indivíduos perigosos não são adequadamente controlados.

Segundo o autor, porém, as mudanças descritas não acarretaram uma completa alteração da área do controle do delito ou uma reforma integral da justiça penal estatal.

O que aconteceu foi que as instituições da justiça penal alteraram seus pontos de vista e que a área de controle do delito foi expandida em novas direções na medida em que as agências estatais e a sociedade civil foram adaptadas ao crescimento do delito e à insegurança que acompanharam a transição para a modernidade tardia. O resultado foi que, se a justiça penal estatal é maior do que antes, esta ocupa agora um espaço relativamente pequeno na área em geral, sobretudo devido ao crescimento da segurança privada e das atividades organizadas das comunidades e empresas.¹¹⁶

A mudança mais significativa na área do controle do delito, portanto, foi produzida no plano da *cultura* que anima as estruturas e ordena seus usos e significados. De acordo com Garland,¹¹⁷ essa nova *cultura do controle do delito* se formou em torno de três elementos centrais: um welfarismo penal modificado, uma criminologia do controle e uma forma de raciocínio econômico.

Nesse sentido, o autor destaca que as agências de liberdade condicional passaram a priorizar a vigilância intensiva dos delinquentes liberados, deixando de enfatizar métodos que atendam às necessidades dos delinquentes e acentuando o controle efetivo destes para minimizar custos e maximizar a segurança. A reabilitação foi

¹¹⁴ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Op. cit., p. 280-281 (tradução nossa). Segundo Garland, o setor preventivo sofre influência da criminologia ambiental, bem como das teorias das atividades rotineiras e da prevenção situacional do delito.

¹¹⁵ Ibid, p. 280 e 282.

¹¹⁶ Ibid, p. 284 (tradução nossa).

¹¹⁷ Ibid, p. 287.

redefinida, focalizando o delito e não mais o infrator; o objetivo imediato é a imposição de restrições para reduzir o delito e proteger as futuras vítimas, gerenciando o risco.

A probation se afastou de sua missão original, às vezes descrita como “assistir, aconselhar e amparar” aos delinquentes que merecem isso, e fixou prioridades que refletem o novo clima penológico: mudar a conduta dos delinquentes; reduzir o delito e conseguir que as comunidades sejam mais seguras; proteger o público e apoiar as vítimas. Os cursos de treinamento, os manuais de operações e os indicadores de desempenho de funções e objetivos modificados continuam avançando nesta direção, assim como as alterações legais que definiram a probation como um castigo obrigatório para os tribunais penais mais que como uma medida discricionária para substituir a condenação. A prática da probation inclui cada vez mais novas formas de controle intensivo, incluindo o uso de pulseiras e rastreamento eletrônicos, os toques de recolher e os testes sobre o consumo de drogas.¹¹⁸

De qualquer forma, certas modalidades de tratamento seguem funcionando dentro da prisão, louvando-se ainda o ideal reabilitador, mas a ênfase está na segurança. Assim, a segurança do perímetro foi fortalecida e a liberação antecipada passou a ser mais restritiva, ou seja, controlada mais estritamente e supervisionada mais intensamente, inclusive mediante métodos de localização à distância e vigilância eletrônica.

Além disso, novas correntes de pensamento criminológico surgiram em contraste com a antiga criminologia welfarista que pretendia fortalecer a ordem social através da integração social. Assim, a ordem social era um problema de consenso de valores e, portanto, tinha por objetivo reintroduzir os desviados na ordem social por meio da educação moral e de práticas reformadoras de suas crenças e comportamentos.¹¹⁹

As novas *criminologias da vida cotidiana* podem ser citadas como reação ao pensamento welfarista da modernidade penal e são caracterizadas por Garland como *tardomodernas* em seu caráter e orientação. Essa corrente criminológica continua com alguns temas do pensamento correcionalista, mas acentua a modificação de situações e estruturas de oportunidades mais que a reforma dos indivíduos desviados, prescrevendo uma engenharia situacional no lugar de uma engenharia social. Assim, a questão é saber como as diferentes situações ou sistemas de interação (transporte, escola, comércio, residências, etc) podem ser redesenhados ou reestruturados para reduzir as oportunidades

¹¹⁸ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Op. cit., p. 290 (tradução nossa).

¹¹⁹ *Ibid*, p. 297.

delitivas. “Não se trata de construir o consenso normativo; agora o problema é obter a coordenação: que as engrenagens funcionem de modo excelente”.¹²⁰ Da mesma forma, a *criminologia do outro* pode ser mencionada como reação ao pensamento welfarista e é caracterizada por Garland como *antimoderna*. Trata-se de uma criminologia do outro perigoso, ou seja, que considera alguns delinquentes como “simplesmente malvados” e, por isso, diferentes dos demais cidadãos, representando o crime em termos dramáticos, com uma linguagem de guerra e defesa social.¹²¹

Não obstante as visíveis diferenças entre elas, as duas novas correntes criminológicas compartilham de uma característica comum, ou seja, ambas priorizam o controle e a proteção do público, respondendo e reforçando a cultura do controle que se apoderou do discurso público sobre a questão penal.

Por fim, uma forma de raciocínio econômico também contribuiu para a formação dessa nova cultura do controle do delito. Segundo Garland,¹²² os hábitos de pensamento e modos de raciocínio cotidiano que guiam as decisões tomadas no âmbito das instituições de controle do delito mudaram nos últimos trinta anos do século XX. Com efeito, as decisões de política criminal e da justiça penal baseavam-se em um estilo social de raciocínio, já que o delito tinha uma causa social e, portanto, uma solução social. Nos últimos anos, porém, essa forma de raciocínio foi substituída por um estilo mais econômico, que prioriza e atribui maior relevância às questões de custo e eficácia.

A virtude principal das novas políticas públicas como a privatização das prisões e o “castigo na comunidade” é que se proclamam como alternativas economicamente racionais aos esquemas preexistentes. E nas agências da justiça penal a determinação das prioridades é cada vez mais uma questão de “foco”, “controle do acesso” ou “condenar inteligentemente”, de forma tal que se faça uso da menor quantidade de recursos e, ao mesmo tempo, obter a máxima efetividade.¹²³

¹²⁰ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Op. cit., p. 298-299 (tradução nossa).

¹²¹ Ibid, p. 300.

¹²² Ibid, p. 306-307.

¹²³ Ibid, p. 307 (tradução nossa). Garland sustenta que a forma econômica de pensar as questões penais surgiu, provavelmente, no setor privado. Segundo o autor, as empresas passaram a comparar o custo do delito com o custo de sua prevenção. Além disso, a linguagem social (welfarista) parecia não funcionar e estava desacreditada em termos práticos e políticos, enquanto as formas econômicas de raciocínio estavam disponíveis, eram transferíveis e pareciam funcionar e satisfazer as autoridades fornecedoras de recursos (Ibid, p. 308-309).

A institucionalização desse raciocínio econômico aumenta a ressonância e o atrativo das novas concepções criminológicas que, para Garland parecem, à primeira vista, um retorno à criminologia de Jeremy Bentham e seu pensamento utilitarista.¹²⁴

Essa denominada cultura do controle descrita por David Garland certamente teve influência no surgimento e no desenvolvimento da vigilância eletrônica nos Estados Unidos e no Reino Unido. Nesse sentido, Escobar Marulanda¹²⁵ afirma que a vigilância eletrônica surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá dentro de um contexto de transformação do sistema penal, com o surgimento de uma nova penologia que justifica a pena fundamentalmente por uma relação entre as variáveis de risco e controle. Assim, o sistema penal busca identificar grupos de pessoas definidos como de alto risco para submetê-lo a um intenso e prolongado controle, enquanto os grupos de baixo risco devem ser submetidos a um controle de curto período.

Por outro lado, algumas das características apontadas podem ser constatadas também nos demais países que adotaram ou pretendem adotar a vigilância eletrônica na área do controle do delito. O que chama atenção no caso brasileiro é a ausência ou precariedade absoluta do aparato institucional welfarista (correcionalista) verificado nos países analisados. O “novo clima penológico” identificado por Garland, porém, parece estar presente entre nós, influenciando positiva e negativamente as decisões políticas na área penal e penitenciária.

2.5 Avanço tecnológico e aplicação penitenciária

É inegável também que o avanço da tecnologia e a disponibilidade de novas técnicas e aparelhos influenciaram no surgimento e, principalmente, no desenvolvimento da vigilância eletrônica. Alguns autores chegam a dizer que a vigilância eletrônica é fruto dos avanços tecnológicos em matéria de teledetecção (sistema de telecomunicações) aplicados à justiça penal.¹²⁶

¹²⁴ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Op. cit., p. 308. O autor, porém, distingue o pensamento econômico de outro também emergente no período analisado e que propõe o castigo dos delinquentes e a proteção do público “a qualquer preço”. Ao contrário da racionalidade econômica, essa forma de pensamento é racional com relação a valores e não a fins, e tende a ser alimentada pela indignação coletiva e por uma preocupação com afirmação simbólica, mais que por cálculos sobre custos e benefícios (Ibid, p. 310).

¹²⁵ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 199-201.

¹²⁶ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 14; OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 16.

A tecnologia sempre foi utilizada pelo ser humano para resolver problemas ou transpor obstáculos que não poderiam ser superados naturalmente. Assim, o ser humano supria e continua a suprir suas carências naturais através da tecnologia. De acordo com Faustino Gudín Rodríguez-Magariños, seria possível dizer que a tecnologia é a ligação entre o que o homem imagina ou anseia e a realidade existente, ou ainda, “é a manifestação material dos potenciais da inteligência humana, e sua história é paralela à do pensamento científico”.¹²⁷

Em termos históricos, três grandes revoluções tecnológicas podem ser mencionadas resumidamente. A primeira ocorreu na pré-história quando o ser humano utilizou técnicas rudimentares para se impor aos animais maiores e mais rápidos, além de mais agressivos. A segunda se verificou no período neolítico (de dez mil a três mil anos a.C.) quando o ser humano passou a utilizar a agricultura e a pecuária para controlar e adaptar suas necessidades ao meio em que vivia. A terceira revolução é representada pelo advento da escrita, que permitiu o registro das informações existentes e a acumulação de experiências e conhecimento.

O desenvolvimento da ciência no século XIX, principalmente da física, possibilitou o avanço de dispositivos e técnicas para a transmissão instantânea de informações à distância, compondo a chamada teledetecção ou sistemas de telecomunicações. Assim, Christophe Cardet¹²⁸ informa que o exército dos Estados Unidos em 1919 já utilizava sinais de rádio para localizar e seguir navios e aeronaves, o que foi possível em virtude dos “efeitos de reflexão das ondas eletromagnéticas produzidas pela passagem de objetos maciços”. Além disso, as pesquisas realizadas em 1962 pela *Cooperative Shark Tagging Program* (Rhode Island – EUA) obtiveram informações sobre tubarões no oceano atlântico através de dispositivos fixados na nadadeira dorsal. Posteriormente, equipamentos mais sofisticados como sinalizadores por satélite foram aplicados em outros animais marinhos, terrestres e aves migratórias, com a finalidade de seguir seus deslocamentos. Graças a biosensores, os sistemas de aquisição de dados em miniatura começaram a fornecer informações sobre a temperatura do corpo e a profundidade do mergulho de aves e animais marinhos. De acordo com o mesmo princípio,

¹²⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 27.

¹²⁸ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 14.

portanto, tornou-se possível a localização de barcos de pesca e naufragos, desde que possuam um sinalizador GPS (Sistema de Posicionamento Global).¹²⁹

Na sequência da evolução tecnológica, um fato significativo foi a criação, creditada a Tim Berners Lee, da rede mundial de computadores (Internet) em 1989.¹³⁰ A criação dessa rede gerou diversas mudanças nas relações sociais, econômicas, culturais e políticas, possibilitando principalmente o armazenamento e a transferência de uma grande quantidade de dados e informações. Diante disso, as sociedades avançadas que surgiram no final do século XX são frequentemente denominadas “sociedades da informação”.

A vigilância eletrônica, portanto, também é um produto dessa revolução tecnológica que surpreende cada vez mais e apresenta soluções técnicas para problemas sociais, entre esses o penitenciário.¹³¹ A vigilância eletrônica, portanto, assim como a tecnologia de modo geral, porém, pode ser bem ou mal utilizada.

O cárcere eletrônico surge como uma seqüela de uma revolução global, não é um processo autônomo em si. Desde a invenção da pólvora ou da roda, o processo criativo está ampliando progressivamente suas aplicações práticas. O homem realiza um invento para uma finalidade concreta, porém com o tempo, percebendo os benefícios que comporta, extrapola seus avanços para outros assuntos, que em princípio, não tinham nada a ver. O determinante é que devem ser introduzidos critérios éticos na aplicação dessas novas funcionalidades. Assim, não é o mesmo aplicar a dinamite ou a energia nuclear para fins bélicos que para construir estradas ou proporcionar luz a uma população.¹³²

Do ponto de vista meramente técnico ou tecnológico, os sistemas mais conhecidos de vigilância ou monitoramento eletrônico para uso penal e penitenciário são aqueles que utilizam equipamentos emissores e receptores de sinais. Inicialmente, os sistemas de monitoramento eletrônico eram chamados de sistema de sinalização contínua e sistema de contato programado. Atualmente, os sistemas são conhecidos como sistema

¹²⁹ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 15.

¹³⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 28.

¹³¹ Interessante observar que o sistema de justiça penal brasileiro já utiliza soluções tecnológicas para diversas questões, como por exemplo, os bloqueadores de aparelhos celulares nas penitenciárias, as câmeras de vigilância em prédios públicos, o processo judicial digital e os terminais eletrônicos para consulta direta dos processos pelas partes, a videoconferência para algumas audiências, além do monitoramento eletrônico de medidas penais.

¹³² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 30 (tradução nossa).

ativo, sistema passivo e sistema de localização global – GPS.¹³³ Além disso, alguns autores distinguem os sistemas tecnológicos em primeira geração, segunda geração e terceira geração.¹³⁴

A primeira geração da tecnologia abrange os sistemas ativo, passivo e misto (combinação de ativo e passivo), possibilitando a localização de um indivíduo em determinado local. O sistema ativo de vigilância, também chamado de sinalização contínua ou permanente, é composto por três aparelhos: um transmissor fixado à pessoa de forma inamovível (pulseira, tornozeleira, colar, etc), que emite sinais em um determinado raio; um receptor instalado no domicílio para receber o sinal do transmissor; e um computador central conectado ao receptor através da linha telefônica, que controla o processo e registra as incidências. O receptor pode também ser um equipamento móvel, portado pelo agente penitenciário, que permite o controle de presença do monitorado em um lugar determinado através da aproximação do agente a qualquer momento.

Esse sistema impõe uma restrição à liberdade de locomoção do monitorado, determinando o local de permanência, limitando os locais que podem ser frequentados ou restringindo o acesso a certas pessoas (ex.: vítimas).

O sistema passivo, também chamado de contato programado, utiliza um computador para realizar chamadas telefônicas aleatórias aos locais onde o vigiado deve estar, o qual deve atender pessoalmente para que seja possível seu reconhecimento através de um identificador de voz ou outro equipamento adequado para tanto. A identificação da pessoa monitorada também pode ser realizada através de uma senha secreta ou de métodos biométricos, como a impressão digital ou a análise da retina.

O sistema passivo é mais simples e de menor custo, exigindo apenas uma linha telefônica disponível, além do computador e o programa para as chamadas e o reconhecimento. Não obstante a preferência pelo sistema ativo na maioria dos países que mantêm programas de monitoramento eletrônico, o sistema passivo ganhou grande reforço com o desenvolvimento da telefonia celular e sua compatibilização com a tecnologia GPS.

¹³³ OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Op. cit., p. 176-179; SMITH, Russel G.; BLACK, Matt. Electronic Monitoring in the Criminal Justice System. *Australian Institute of Criminology - Trends & Issues in crime and criminal justice*, Canberra, Australia, n. 254, may. 2003. Disponível em: <<http://www.aic.gov.au/publications/tandi2/tandi254.htm>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.

¹³⁴ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 1088-1091; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 25.

Gudín Rodríguez-Magariños¹³⁵ aponta vantagens no sistema passivo em relação ao ativo, afirmando que o primeiro é descontínuo (menor intromissão sobre o monitorado), utiliza equipamento cuja aquisição se generalizou na população (telefone celular) e evita a estigmatização do monitorado que não precisa usar pulseira ou tornozeleira.

A segunda geração da tecnologia de vigilância é representada pelos sistemas de localização global ou *Global Positioning System* (GPS), que permite seguir e localizar o indivíduo constantemente, em tempo real, onde quer que esteja. O sistema de localização global (GPS) utiliza a tecnologia de radionavegação espacial desenvolvida pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos a partir de 1973. Os primeiros sinais de teste foram emitidos por um satélite lançado em junho de 1977, mas o sistema se tornou completamente operacional a partir de 1994. O complemento ideal de um receptor GPS é o Sistema de Informação Geográfica (GIS), ou seja, um programa de computador (*software*) que proporciona uma base cartográfica digital para a determinação de posições e caminhos a partir dos dados fornecidos pelo receptor GPS. Inicialmente desenvolvida para uso exclusivamente militar, a tecnologia GPS é atualmente utilizada para fins diversos, como no esporte, na navegação civil e na cartografia.¹³⁶

Assim, o sistema de monitoramento eletrônico através da tecnologia GPS é formado por três componentes: um satélite, uma rede de estações terrestres e equipamentos móveis dos usuários. O sistema aciona um alarme quando o monitorado entra em área proibida, assim como pode avisar sobre a aproximação do mesmo a determinadas pessoas, objetos e lugares. O controle da localização é contínuo e regular.

A terceira geração tecnológica é formada pelo sistema de localização por GPS acrescido de dispositivos que permitem à central de monitoramento receber informações como dados psicológicos, frequência da pulsação, ritmo respiratório para medir o nível de agressividade de uma pessoa violenta ou até a excitação sexual em criminosos sexuais.¹³⁷ Alguns autores mencionam inclusive, de forma claramente negativa e desaprovadora, dispositivos capazes de realizar uma intervenção corporal direta no

¹³⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 72.

¹³⁶ Ibid, p. 63-65.

¹³⁷ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1090-1091.

vigiado, por meio de descargas elétricas programadas ou ainda através da liberação de sedativos na corrente sanguínea do indivíduo.¹³⁸

Nesse sentido, equipamentos mais sofisticados permitem acoplar ao receptor uma câmera de vídeo ou dispositivos para medir características bioquímicas do monitorado. A Suécia já utiliza esse tipo de equipamento para controlar o nível de álcool no sangue dos condenados e, nos Estados Unidos, a tecnologia tem sido utilizada com sucesso para controlar, de forma consentida, pacientes com doenças cardíológicas. Parece possível, inclusive, que o emissor envie informações sobre o pulso do monitorado, o que delataria quase instantaneamente qualquer grau de excitação normalmente verificado em crimes violentos, salvo no caso de psicopatas.¹³⁹

Faustino Gudín Rodríguez-Magariños¹⁴⁰ informa que a novidade nessa área (*teleasistencia*) é a plataforma tecnológica Maya desenvolvida para adultos pela empresa Servitae - Serviços Telemáticos Aplicados. Seu tamanho é tão pequeno que pode ser usada como um relógio de pulso e contém diversos sensores: um detecta o movimento (choques, quedas, se a pessoa está em pé, correndo ou deitada); outro mede a temperatura corporal (termômetro digital que dispara um alarme); um sensor de uso (avisa em caso de retirada do bracelete) e também de resistência (indica transpiração em caso de nervosismo ou queda de pressão). Além disso, possui um sistema de radiofrequência UHF que permite comunicação com serviços de urgência (polícia, bombeiros), bem como com outros dispositivos externos (podem medir o nível de oxigênio no sangue, a atividade elétrica do coração e do pulmão e a pressão sanguínea).

Não obstante o caráter preventivo de tais dispositivos, não é possível admitir a adoção de práticas ofensivas à dignidade humana, como também não se pode cair na tentação de prevenir o crime a todo custo, desprezando garantias constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.¹⁴¹

¹³⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1091; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 25.

¹³⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 48-49.

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 49.

¹⁴¹ A título de ilustração, cabe lembrar o filme cinematográfico *Minority Report* dirigido por Steven Spielberg e baseado em conto homônimo de Philip K. Dick, no qual a polícia de pré-crimes consegue prender pessoas que pretendem praticar delitos no futuro próximo, com base em informações obtidas por pessoas paranormais.

O autor espanhol menciona também o avanço tecnológico e científico que permite a coleta de dados biológicos (DNA), bem como o arquivamento dessas e de outras informações pessoais do indivíduo submetido ao sistema penitenciário com finalidade de identificação e prevenção de delitos. O risco de violação dos direitos fundamentais nesse caso decorre tanto da intervenção física quanto do alcance dos dados coletados e eventualmente difundidos.

3 EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS E NACIONAIS

3.1 Estados Unidos

Conforme mencionado, a ideia do monitoramento eletrônico como medida de controle para delinquentes e enfermos mentais surgiu na década de 1960 nos Estados Unidos com os estudos do professor de Harvard, Ralph Schwitzgebel. A primeira aplicação efetiva do monitoramento eletrônico de presos (*tagging*), porém, foi realizada em 1983 pelo juiz Jack Love, em Albuquerque, no Novo México.

Em 1984, alguns meses depois da experiência no Novo México, a Flórida (Palm Beach) apresentou um programa completo de prisão domiciliar (*home confinement*)¹⁴² com monitoramento eletrônico como substitutivo da pena de prisão para delitos não graves. Esse programa caracterizou-se pelo curto prazo de monitoramento, informando Escobar Marulanda¹⁴³ que, até os anos noventa, o tempo máximo de monitoramento foi de 311 dias e os períodos de imposição não excediam quatro meses. O programa estava ligado ao problema da violência doméstica, visando a impedir a aproximação do cônjuge agressor de sua vítima.

Além da Flórida, também Washington e Virgínia realizaram projetos pilotos de monitoramento eletrônico. Em 1985, treze estados americanos haviam adotado programas de monitoramento eletrônico, passando para 32 estados com 2.300 monitorados em 1988, principalmente em casos de delito de trânsito e delito patrimonial de pequeno potencial ofensivo.

Em 1992, segundo Martín Barberán,¹⁴⁴ mais de 45.000 unidades de braceletes eletrônicos foram vendidas ou alugadas nos Estados Unidos. Assim, o monitoramento eletrônico logo se espalhou pelos Estados Unidos, mormente depois do *Federal Crime Bill* de 1994. Entretanto diversos problemas técnicos foram verificados, como a possibilidade de bloqueio das transmissões em razão de condições ambientais (proximidade com estação de rádio FM, tempestades de raios, papel de parede com metal

¹⁴² O termo genérico *home confinement* é utilizado para uma espécie de prisão domiciliar para determinados períodos, mas abrange também outras formas de prisão domiciliar (*home detention* e *home incarceration*) um pouco mais rigorosas (PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 251).

¹⁴³ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 204.

¹⁴⁴ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 58, 2000, p. 254.

em sua constituição e a má qualidade da linha telefônica). Além disso, a água também era um problema, pois os primeiros modelos davam choque durante o banho e o sinal poderia ser bloqueado se o usuário dormisse em um colchão de água.¹⁴⁵

Alguns programas foram encerrados por motivos de má gestão e corrupção. No Estado de Washington, sete mil infratores monitorados desapareceram e uma investigação do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) foi necessária. A corrupção também apareceu neste novo e competitivo cenário de interesses empresariais, produzindo a renúncia de funcionários que mantinham vínculos comerciais e, em Illinois, um funcionário que tinha iniciado a operação de um programa municipal de monitoramento acabou sendo monitorado depois de confessar quatro delitos.¹⁴⁶

Os problemas, porém, não impediram a expansão dos programas na década de noventa, pois as dificuldades técnicas estavam sendo resolvidas e uma forte pressão por alternativas estava sendo sentida pelos políticos em razão do aumento da população carcerária e dos custos orçamentários correspondentes. Em Washtenaw County, Estado de Michigan, por exemplo, foi implantado um programa de monitoramento eletrônico após tentativas fracassadas de liberação antecipada de presos e construção de diversas penitenciárias, com gasto total de um bilhão de dólares. Com efeito, enquanto o custo de um infrator encarcerado estava acima de quinze mil dólares por ano (\$ 15.866,00), um infrator sob monitoramento custava pouco mais que quatro mil dólares anuais (\$ 4.390,00).¹⁴⁷

O monitoramento eletrônico passou então a ser utilizado por diversos Estados americanos de diferentes formas, ou seja, como simples forma de punição ou como componente de programas de supervisão comunitária (*probation*). A diversidade de objetivos e de métodos refletia também a complexa natureza fragmentária da jurisdição criminal estadual nos Estados Unidos. Quanto aos infratores, de modo geral, os primeiros programas de monitoramento eletrônico foram utilizados para pessoas de baixo risco ou não violentas, o que gerava desconfiança sobre o potencial da medida como alternativa à prisão.

Os primeiros programas tiveram seus resultados avaliados de acordo com dois critérios básicos: taxas de conclusão bem sucedida do programa e taxas de reincidência. De acordo com o primeiro critério, o período de monitoramento e o tipo de

¹⁴⁵ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 11

¹⁴⁶ Ibid, p. 11.

¹⁴⁷ Ibid, p. 12.

infrator submetido interferiram decisivamente nos resultados. Assim, a Flórida registrava taxas de 97% de sucesso na conclusão do programa pelos condenados por embriaguez ao volante, monitorados por 36 dias em média, enquanto apresentava uma taxa de apenas 30% de sucesso na conclusão do programa por infratores que já haviam violado as condições anteriormente impostas e estavam submetidos a um período de seis a oito meses de monitoramento. Por outro lado, o monitoramento eletrônico pouco interferia no comportamento criminal futuro (reincidência), salvo quando inserido em outros programas de acompanhamento.¹⁴⁸

Em 1998, os Estados Unidos já mantinham 95.000 dispositivos de supervisão eletrônica em uso, o que significa um crescimento de 4.200% entre os anos 1988 e 1998.¹⁴⁹ Do final da década de noventa para frente, porém, há uma redução no crescimento do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos.¹⁵⁰ Algumas das razões dessa desaceleração, bem como dos problemas enfrentados no início dos programas, podem ser encontradas na análise das experiências dos dois maiores Estados usuários do monitoramento: Flórida e Texas.

A Flórida destacou-se no desenvolvimento dos programas de monitoramento eletrônico. Em março de 2000, o Estado tinha mais de 14.000 infratores inseridos em várias formas de supervisão comunitária, 843 em monitoramento eletrônico comum e 344 sujeitos a seguimento por GPS (*Global Positioning System*).¹⁵¹

Os resultados da década de noventa tinham sido positivos e superavam as medidas comunitárias sem monitoramento eletrônico. Entretanto, o debate deslocava-se para o uso de equipamentos mais avançados em tecnologia (GPS) e o monitoramento de infratores de alto risco. A nova tecnologia, porém, demandava mais investimento (custo três vezes maior que o convencional) e maior capacidade de gestão das informações e dados produzidos em tempo real e de forma contínua (24 horas por dia).

Os responsáveis pelo programa estavam convencidos das vantagens do seguimento via satélite e assim o estado adquiriu 350 unidades de GPS que foram instalados em infratores considerados mais perigosos, em sua maioria delinquentes sexuais

¹⁴⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 13-14.

¹⁴⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 93; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 10.

¹⁵⁰ PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Op. cit., p. 289.

¹⁵¹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 62.

de alto risco e pessoas com registros de violência. A duração média de monitoramento com GPS era de oito meses.

Dick Whitfield¹⁵² informa que a Flórida pretendia aumentar sua disponibilidade de sistemas GPS, mas problemas orçamentários impediram essa expansão, o que preocupou empresas fabricantes. O autor menciona, ainda, que o custo de supervisão do sistema estava estimado em onze dólares por dia para cada infrator e que o estado gastou um milhão e meio de dólares com 180 novas unidades, sem computar os custos com treinamento das equipes responsáveis. De qualquer forma, a tecnologia GPS parecia ser a chave do futuro para a Flórida, que chegou a pensar na possibilidade de redução do crime em 20% com o seguimento de infratores perigosos e técnicas de mapeamento do crime.

Por outro lado, o monitoramento eletrônico no Texas desempenhava um papel mais periférico. Em 1999, o *Parole Service* mantinha aproximadamente 3.200 casos de monitoramento eletrônico, ou seja, pouco menos de 10% do total de pessoas liberadas sob supervisão (*probation e parole*).

O monitoramento era complementado por uma escala de atividades diárias, que deveria ser aprovada pelo oficial supervisor, além de um mínimo de sete contatos pessoais no mês e programas especializados de que os infratores deveriam participar. Os resultados foram positivos e o índice de reincidência entre os participantes desses programas reduziu de 53% em 1992 para 35% em 1999.¹⁵³

O investimento do Texas em tecnologia GPS foi inicialmente cauteloso (25 unidades em 2001) em razão do elevado custo dos equipamentos se comparados com aqueles utilizados no monitoramento comum em residência (GPS – 13 dólares por dia; comum - 2,70 dólares por dia). De qualquer forma, o número de pessoas monitoradas por GPS em todo o território americano cresceu de aproximadamente 40 infratores em 1998 para 635 em março de 2000, envolvendo principalmente: violência doméstica (pessoa vista como ameaça a alguém), pedófilos e outros infratores sexuais, liberados sob fiança antes do julgamento, liberados para trabalho em estágio final da sentença de prisão e submetidos a *parole* com histórico de violência.¹⁵⁴

Segundo Martín Barberán,¹⁵⁵ havia nos Estados Unidos em 2000 aproximadamente 70.000 internos submetidos a controle eletrônico, enquanto em toda a

¹⁵² WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 63.

¹⁵³ Ibid, p. 64.

¹⁵⁴ Ibid, p. 64.

¹⁵⁵ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., 254.

Europa havia apenas 1.000 usando pulseiras eletrônicas. Entretanto, esse número cresceu também na Europa quando, em 2003, 9.200 participantes,¹⁵⁶ aproximadamente, eram incluídos em programas de monitoramento eletrônico. Em obra publicada nessa mesma época (2003), Christophe Cardet aponta que os Estados Unidos já contavam com aproximadamente 100.000 pessoas submetidas à vigilância eletrônica, nos 46 estados em que a medida era adotada.¹⁵⁷

No ano de 2008, 400.000 pessoas por ano eram colocadas sob monitoramento eletrônico, por um período médio de três ou quatro meses, o que gerava uma permanência de 100.000 pessoas por mês sob monitoramento, geralmente associado a um acompanhamento socioeducativo, excluídos os autores de crimes sexuais e violentos.¹⁵⁸

Escobar Marulanda¹⁵⁹ ressalta que o crescimento vertiginoso do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos está ligado ao problema da superpopulação carcerária, pois enquanto em 1980 existiam 328.695 internos nas penitenciárias, esse número subiu para 1.053.738 em 1994 (aumento de 311,93%). A implantação da nova técnica, porém, não gerou grande diminuição do número de reclusos que, em maio de 2004, totalizava 2.085.620 e, em dezembro de 2009, 2.292.133 presos repartidos entre os regimes existentes (*jails* e *prisons*).¹⁶⁰ Nesse sentido, María Poza Cisneros¹⁶¹ ressalta que o monitoramento eletrônico estadunidense difundiu-se sob cobertura da prestigiosa teoria das alternativas penais,¹⁶² sem ocultar a preocupação com o custo econômico da crescente

¹⁵⁶ REIS, Fábio André Silva. *Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as): Breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca*. Disponível em: <<http://www.fasreis.blogspot.com/2004/08/artigo-mep-inglaterra-e-sucia.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.

¹⁵⁷ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 22.

¹⁵⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 18-19.

¹⁵⁹ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 205.

¹⁶⁰ Os estabelecimentos denominados *jails* destinam-se aos presos preventivos que aguardam julgamento, bem como presos com pena privativa de liberdade não superior a um ano. As *prisons*, federais e estaduais, destinam-se aos condenados a uma pena de prisão superior a um ano (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 94). O número de presos em dezembro de 2009 foi extraído do site da universidade inglesa King's College London. Cf. REINO UNIDO (Inglaterra). King's College London. *World Prison Brief*. Disponível em: <<http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>>. Acesso em: 06 de abril de 2011.

¹⁶¹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 66 e 117.

¹⁶² Segundo Martín Barberán, as medidas penais alternativas nos Estados Unidos são chamadas de *community corrections* e incluem diversas medidas como *probation*, *parole*, prisão domiciliar e monitoramento eletrônico. As sanções intermediárias (*intermediate sanctions*) são aquelas que se colocam entre a privação de liberdade e a *probation* para cobrir o espaço entre elas (MARTÍN BARBERÁN, Jaime).

população carcerária, mas consolidou-se em diversos estados como uma alternativa às demais alternativas penais (*probation*, liberdade condicional ou arresto domiciliar) e não como verdadeira alternativa à prisão.

As primeiras experiências de monitoramento eletrônico nos Estados Unidos estavam vinculadas à prisão domiciliar (*home confinement*), utilizando-o para condenados de baixo risco e como verdadeiro substitutivo da prisão. Posteriormente, porém, o uso do monitoramento ampliou-se, aplicando-se também como substitutivo da *probation* ou da liberdade condicional, como condição para concessão destas e também como condição para autorização de trabalho ou controle de cumprimento de horários determinados. Destarte, enquanto a legislação federal estabelece o monitoramento eletrônico como uma alternativa à *probation* e à liberdade condicional, a legislação dos estados, de modo geral, continua prevendo sua utilização para a prisão domiciliar e como substituto da prisão.¹⁶³ Os programas de monitoramento, portanto, podem estar ligados atualmente à *probation*, à *parole*, às prisões domiciliares (provisórias ou definitivas), sendo aplicados aos maiores ou menores de idade, aos reincidentes, aos infratores de trânsito e viciados em drogas.

O controle eletrônico pode ser aplicado como medida judicial ou pela própria Administração como método de execução da sentença. De modo geral, portanto, existem dois sistemas de monitoramento eletrônico: o *front door*, como alternativa às penas curtas de prisão, e o *back door*, como forma de liberação antecipada de presos. O primeiro sistema geralmente se aplica aos condenados em regime de prova (*probation*) e o segundo, aos presos liberados sob condições antes do término da pena (*parole*).¹⁶⁴

Em linhas gerais, o monitoramento eletrônico implantado nos Estados Unidos pode ser caracterizado pela voluntariedade, curta duração (em torno de quatro meses, com períodos diários de poucas horas até o dia todo), repercussão do custo sobre a pessoa ou a família do condenado (no todo ou em parte) e uso combinado com outros tratamentos, como psicológicos e de desintoxicação de álcool ou drogas. A combinação do monitoramento eletrônico com acompanhamento socioeducativo impede que se considere

La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 246-247 e 251). Entretanto, as expressões “sanção intermediária” ou “pena intermediária” podem também significar pena alternativa ou medida alternativa à prisão (OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Op. cit., p. 142-143 e 145).

¹⁶³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 22.

¹⁶⁴ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 72.

o programa de monitoramento norte-americano como simples instrumento de controle.¹⁶⁵ Ressalte-se que o custo do equipamento, assim como da instalação e da utilização da linha telefônica é repassado ao condenado, que o financia de acordo com uma escala proporcional às suas capacidades econômicas.

Escobar Marulanda,¹⁶⁶ avaliando os programas americanos de monitoramento, apresentou conclusões em relação aos seguintes itens: a) segurança: os índices de cumprimento situam-se entre 70% e 94%, com percentual maior de fracasso entre indivíduos não condenados; b) efeito preventivo: os índices de reincidência oscilam entre 25% e 30%, similar a outras medidas comunitárias, mas favorecido pelo rigoroso esquema de seleção dos candidatos; c) ressocialização: o efeito é similar a outras medidas comunitárias que também não retiram o indivíduo do meio social; d) retribuição: reduzido efeito em face do uso restrito a casos não graves e a pessoas de baixo risco; e) redução da população carcerária: não se verificou efeito significativo; f) humanização: gera menor restrição da liberdade e afastamento social, mas afeta outros direitos individuais; g) custo econômico: o argumento principal desses programas é obscurecido pela prática de transferir o custo ou parte dele ao próprio condenado.

Por sua vez, Martín Barberán¹⁶⁷ informa que os estudos realizados pelo *National Institute of Justice* e pela *American Probation & Parole Association* sugerem que o controle eletrônico pode ser positivo quando aplicado por períodos curtos de tempo (60 a 90 dias), pois o nível de cumprimento decresce a partir dos três meses. Além disso, os resultados satisfatórios são obtidos quando se utiliza o controle eletrônico combinado com outros programas de tratamento.

Em relação ao custo geral do sistema, é importante assinalar também que boa parte da fiscalização dos programas norte-americanos são realizados por empresas privadas.

Gudín Rodríguez-Magariños¹⁶⁸ relata que o interesse privado surge com clareza no panorama penitenciário dos Estados Unidos em 1983, quando dois advogados e empresários de Nashville, Thomas R. Beasley e R. Crants fundam a empresa *CCA - Corrections Corporation of America* (que se funde no final de 1998 com outra empresa

¹⁶⁵ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 22.

¹⁶⁶ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 208-211.

¹⁶⁷ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 255.

¹⁶⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 98-99.

formando a *CCA Prison Ralty Trust*). Segundo o autor, os empresários se aperceberam do imenso negócio que implicava o panorama penitenciário norte-americano, no qual o Estado gastava anualmente 35 bilhões de dólares, entendendo que se podia converter em uma mina de ouro para seus interesses e conscientes de que a opinião pública e os políticos reclamavam maior dureza contra o crime, o que traria um incremento seguro da população penitenciária.

O principal argumento utilizado pelas empresas para justificar a participação do setor privado no monitoramento eletrônico é exatamente a diminuição dos custos estatais com a prisão. Além disso, as empresas utilizam também a ideia sedutora da humanização da prisão para fazer propaganda positiva do monitoramento eletrônico. Nesse sentido, informa Gudín Rodríguez-Magariños¹⁶⁹ que a empresa *Justice Electronic Monitoring Systems Inc.* emprega um lema de nítido caráter humanitário, endossando o uso mercantilista dessas tecnologias, ou seja: “Não o enviem ao cárcere. Envie-o para casa”. Da mesma forma, a empresa *CSD Home Escort Electronic Monitoring System* faz propaganda enfocando o caráter humanitário do monitoramento: “Uma resposta do século XX a um problema do século XX; proteção pública similar à do encarceramento, com menor custo; contribui para aliviar a superlotação carcerária; é humano e não atravança; alivia o funcionário de seguimento da liberdade condicional de funções de vigilância que consomem todo seu tempo; fácil de instalar, simples de operar; proporciona um controle preciso da presença do condenado no lugar designado; não pode ser forçado; de uso seguro e confiável [...]”.

O interesse econômico despertado pelo setor gera também desenvolvimento da tecnologia empregada. A empresa *Applied Digital Solution*, por exemplo, mantém contatos regulares com as Administrações penitenciárias de alguns Estados americanos (Flórida e Texas) e desenvolveu a tecnologia necessária para implantar microchips de identificação em seres humanos. O microchip (*VeryChip*), que contém dados criptografados com tecnologia SSL (protocolo criptográfico usado na Internet), pode ser implantado debaixo da pele e ser lido por equipamentos de scanners externos de radiofrequência.¹⁷⁰

¹⁶⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 96 (tradução nossa).

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 103.

Escobar Marulanda,¹⁷¹ porém, adverte que a privatização incrementa o risco de mercantilização do controle e gera uma difícil simbiose entre as agências de controle do sistema penal e as empresas destinadas à sua invenção e fabricação, sobretudo no caso norte-americano em que as decisões sobre sua aquisição e implantação estão descentralizadas.

Importante ressaltar que a tecnologia no campo da vigilância eletrônica está muito desenvolvida nos Estados Unidos, o que tem gerado experiências diversas, como, por exemplo, a identificação de pessoas pela íris dos olhos.¹⁷²

3.2 Canadá

Gudín Rodriguez-Magariños¹⁷³ informa que a primeira legislação canadense sobre vigilância eletrônica surgiu em 1974 (Lei sobre Proteção da Privacidade), quando o Parlamento já demonstrava preocupação com as consequências do avanço da tecnologia.

As experiências práticas com monitoramento eletrônico no campo penitenciário foram realizadas de forma pontual e particularizada, inicialmente na Colúmbia Britânica em 1987, em seguida em Saskatchewan em 1990, depois em Newfoundland (Terranova) em 1994 e em Ontário e no território de Yukon em 1996.

A experiência piloto, portanto, foi realizada em Vancouver (Colúmbia Britânica) em 1987, onde 92 infratores completaram o programa. A seleção foi feita entre aqueles que representavam mínimo risco social, prática de crime sem violência e com quatro meses de prisão remanescente. O esquema foi supervisionado por oficiais da prisão nomeados para trabalho na comunidade e durava de sete dias até quatro meses (37 dias em média). Completaram o programa com sucesso 89% dos participantes, verificando-se depois de um ano um índice de reincidência de 30%. Por volta de 1996 já havia aproximadamente 300 infratores submetidos a monitoramento eletrônico, com custo estimado em menos da metade do que o custo gerado pelos centros de custódia aberta.¹⁷⁴

¹⁷¹ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 211-212.

¹⁷² OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 71.

¹⁷³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 110.

¹⁷⁴ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 68-69.

Em seguida o monitoramento eletrônico foi aplicado aos condenados a penas não superiores a seis meses de prisão, exigindo-se aceitação voluntária do tratamento vigiado e elaboração prévia de informes que justifiquem um alto grau de inserção social, além do consentimento do próprio implicado e das pessoas diretamente ligadas ao mesmo. Na questão econômica, o custo do programa de monitoramento gira em torno de 50 dólares canadenses, ou seja, aproximadamente 50% menor que o custo do interno na prisão. Inicialmente, o programa de monitoramento foi instituído com a finalidade de reforçar o arresto (prisão) domiciliar, porém, com o tempo tornou-se uma verdadeira alternativa à prisão.¹⁷⁵

Em Newfoundland, foram monitorados infratores de risco moderado e realizados programas obrigatórios de tratamento de nove horas por semana, concentrados em abuso de substâncias e “administração da raiva”, além de aconselhamento individual e de auxílio ao emprego. O programa foi supervisionado por oficiais de *probation*, com tempo de monitoramento médio de 72 dias. Completaram o programa com sucesso 87% dos participantes, verificando-se depois de um ano um índice de reincidência de 32%.¹⁷⁶

Da mesma forma, em Saskatchewan foram monitoradas noventa pessoas por dia, em média, o que fazia parte de sentenças de *probation*. O esquema foi supervisionado por oficiais de *probation*, com tempo de monitoramento médio de 139 dias. Completaram o programa com sucesso 86% dos participantes, verificando-se depois de um ano um índice de reincidência de 17%. A província tem o maior índice de aborígenes infratores do país e o programa foi desenvolvido como alternativa à prisão especificamente para esse grupo de pessoas. Os participantes de origem aborígine apresentavam níveis de risco mais alto e consistiam 65% da população prisional, o que justificava a alternativa implantada.¹⁷⁷

Dois anos depois de iniciado o programa na Columbia Britânica (1987), Ontário também realizou experiências com monitoramento eletrônico, porém com resultados diversos. O programa foi abandonado em seguida por considerações de custo-benefício, no entanto foi retomado alguns anos mais tarde (1996) com formato mais limitado.

Interessante discussão sobre o custo do monitoramento eletrônico foi estabelecida perante o Comitê Permanente de Administração da Justiça da Assembléia

¹⁷⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 111.

¹⁷⁶ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet*: Technology and offender supervision. Op. cit., p. 69.

¹⁷⁷ *Ibid*, p. 69.

Legislativa de Ontário depois que, em outubro de 1995, o Ministro de Serviços Penitenciários declarou a intenção de reintroduzir programas de monitoramento eletrônico que seriam financiados pelo fechamento de 25 albergues destinados a infratores em esquemas de ausência temporária e liberação para trabalho. Muitos diziam que o monitoramento eletrônico para infratores de baixo risco acarreta aumento de gastos e não apresenta resultados mais significativos que outras alternativas comunitárias nos índices de reincidência. A sugestão, portanto, era da utilização do monitoramento eletrônico para infratores de risco moderado e alto, com intervenções correcionais adequadas (ex. tratamento para viciados em tóxicos). Depois de várias audiências e discussões, o Comitê decidiu que o programa de monitoramento de Ontário deveria ser avaliado sob dois aspectos: efetividade de custos e ampliação da rede de controle social como resultado do uso do monitoramento acentuado por mecanismos de supervisão comunitária, e não como alternativa a esses mecanismos.¹⁷⁸

Entretanto, a partir do ano 2000, surgiram planos apoiados pela Suprema Corte de Ontário para expandir significativamente os programas de monitoramento, o que de fato ocorreu.

Depois de alguns anos, o escritório do Procurador Geral no Canadá realizou uma pesquisa para avaliar os programas mencionados. Foram coletadas informações detalhadas da pessoa e da história criminal de 262 infratores submetidos a monitoramento eletrônico, os quais foram comparados a 240 encarcerados e trinta submetidos apenas a *probation*. O estudo revelou que o monitoramento eletrônico não teve impacto considerável no comportamento criminal futuro do infrator, ou seja, os índices de reincidência não foram muito diferentes daqueles verificados entre os que não se submeteram ao monitoramento. Interessante notar que os resultados realmente positivos em relação à redução do comportamento criminal (reincidência) surgiram apenas quando ao infrator também foram oferecidos programas de tratamento de alta qualidade. Além disso, a pesquisa lançou dúvidas sobre a suposta economia gerada pelo monitoramento eletrônico, mormente pelo custo do equipamento no monitoramento de infratores de baixo risco.¹⁷⁹

A província de Quebec, por outro lado, opôs-se com veemência aos programas e não adotou a vigilância eletrônica em seu território. Considerando tratar-se de

¹⁷⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 71-72.

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 70.

instrumento custoso e inútil, a província optou pelo fortalecimento dos métodos de controle clássicos como suporte para a reinserção social.¹⁸⁰

De qualquer forma, o programa canadense continua apresentando altos índices (94%) de conclusão bem sucedida, graças a um processo seletivo rigoroso, um forte acompanhamento social dos envolvidos e um limite de tempo de monitoramento que gira em torno de três meses.¹⁸¹

Gudín Rodríguez-Magariños¹⁸² acrescenta que os índices de cumprimento são muito elevados porque existe um prévio e rigoroso processo seletivo das pessoas submetidas ao controle. Por outro lado, os índices de reincidência não ficaram muito abaixo dos índices de outras alternativas penais como a *probation*. A explicação, para o autor, estaria no fato de que os meios eletrônicos não são um fim em si mesmo, mas sim um instrumento a mais para conseguir o fim ressocializador. O Direito penitenciário, portanto, não pode deixar de lado outros instrumentos úteis como programas educativos, laborais e de desintoxicação. Além disso, os melhores resultados são verificados quando a vigilância eletrônica está acompanhada de suporte humano prestado pelo oficial da *probation*, que resulta numa maior humanização no modo de gestão da vigilância eletrônica.

Do ponto de vista jurídico, o Canadá parece ter consolidado um sistema normativo preocupado e avançado na proteção dos direitos fundamentais. Como reação positiva a uma série de decisões judiciais, o Legislativo canadense estabeleceu, em 1993, um corpo de normas para regulamentar completamente a vigilância eletrônica, de modo a proteger a vida privada do cidadão.

3.3 México

No México, o Estado de Chihuahua foi um dos primeiros a implantar um programa de monitoramento eletrônico no ano de 2003. Segundo César Barros Leal,¹⁸³ o programa destina-se aos condenados por delitos do foro comum, com exceção do art. 74 do Código Penal, que tenham cumprido 25% de sua sentença e que tenham sido recomendados previamente pelo Centro de Reinserção Social, bem como àquelas pessoas

¹⁸⁰ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 23.

¹⁸¹ *Ibid*, p. 23.

¹⁸² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 112.

¹⁸³ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 109.

submetidas a uma medida cautelar judicial. Alguns requisitos técnicos devem ser atendidos, como domicílio com energia elétrica, telefone terrestre e cobertura de rede telefônica celular, bem como o pagamento de trinta mil pesos para o ingresso no programa, à vista ou em parcelas mensais (processados não condenados não pagam as despesas).

O interessado voluntário deve fazer pedido por escrito e comprometer-se com diversas obrigações, entre as quais podem ser mencionadas as seguintes: comparecimento em caso de convocação, cumprimento das restrições impostas, atendimento às visitas de acompanhamento, realização de exames médicos, toxicológicos e psicológicos.

No Distrito Federal do México, em 14 de agosto de 2006, entrou em vigor a regra que autoriza a prisão domiciliar através de um programa de monitoramento eletrônico a distância. O benefício está previsto na Lei de Execução de Sanções Penais para o Distrito Federal e foi concebido como forma de antecipar a liberação de condenados a penas privativas de liberdade.

Otero González¹⁸⁴ informa que, na verdade, a vigilância eletrônica no Distrito Federal foi estabelecida como um meio de execução da sanção penal que permite a liberação da prisão antes de se alcançar o benefício de *tratamiento preliberacional*, que equivale ao regime aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade. A liberação antecipada mediante monitoramento eletrônico, que deve ser solicitada por escrito, exige que o condenado preencha os seguintes requisitos: ser delinquente primário; pena privativa de liberdade não menor de sete anos e nem maior de dez anos; ao menos dois anos para alcançar o benefício de *tratamiento preliberacional*; não ter sido condenado por delitos de homicídio qualificado, inseminação artificial, desaparecimento forçado de pessoas, estupro, sequestro, pornografia infantil, roubo agravado, associação delitiva, delinquência organizada e tortura.

Exige-se também a reparação integral do dano causado e o pagamento pelo uso do equipamento.¹⁸⁵ Além disso, o beneficiário deve indicar uma pessoa como Aval Afiançador para assegurar por escrito o cumprimento das obrigações (fiança ou caução para garantir a soma dos gastos em caso de eventual perda ou destruição do equipamento) e outra pessoa como Aval Moral para assegurar e acompanhar o

¹⁸⁴ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 74.

¹⁸⁵ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 111.

cumprimento das obrigações, inclusive apresentando o beneficiário quando necessário (pode ser cônjuge, desde que seja solvente e não tenha maus antecedentes).¹⁸⁶

As obrigações impostas, cujo descumprimento acarreta a revogação do benefício, são as seguintes: residir no domicílio indicado e não se ausentar dele sem autorização; não consumir bebida alcoólica ou drogas, salvo prescrição médica; comparecer quando convocado perante o órgão de controle; manter boa conduta e modo honesto de viver. Além disso, o benefício pode ser revogado em outras situações, como por exemplo, quando o beneficiário não é encontrado dentro da área de monitoramento, bem como se retira o dispositivo de uso pessoal ou nega acesso ao domicílio.

No período de 2006 a 2009 foram beneficiados 218 infratores no Distrito Federal, sendo 51 adultos (quatro mulheres) no último ano, principalmente condenados por roubo. A vigilância é contínua, 24 horas por dia, mas sem GPS e com acompanhamento de psicólogo, advogado, engenheiro de sistema e chefe da área de monitoramento. As visitas domiciliares devem ocorrer no período da manhã ou da tarde.¹⁸⁷

César Barros Leal¹⁸⁸ noticia também um programa de monitoramento eletrônico com vinte pessoas no Estado do México. A tecnologia usada é israelita e o prazo de duração do programa é de um ano, incluindo acompanhamento por um grupo de profissionais especializados (advogados, assistentes sociais, psicólogos e controladores), além de funcionários encarregados de visitas periódicas. O custo do equipamento deve ser pago pelo beneficiário, que deve ainda providenciar fiança, hipoteca ou caução para garantir eventual destruição do equipamento e preencher diversos outros requisitos, como manter domicílio fixo com linha telefônica no território do Estado, não estar respondendo a outro processo criminal e não possuir condenação pendente de cumprimento.

O Estado de Veracruz, por sua vez, desenvolveu um programa de monitoramento eletrônico para jovens infratores denominado Liberdade Viglada para Adolescentes Infratores (Livad). O programa utiliza tecnologia GPS da empresa *Elmo-Tech* para vigiar o cumprimento de medidas não privativas de liberdade impostas aos adolescentes infratores. As medidas fiscalizadas pelo monitoramento eletrônico podem ser várias, como o recolhimento domiciliar, frequência a um centro especializado, ordens de orientação e supervisão, bem como serviços em favor da comunidade.¹⁸⁹

¹⁸⁶ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 112.

¹⁸⁷ Ibid, p. 111.

¹⁸⁸ Ibid, p. 113-114.

¹⁸⁹ Ibid, p. 115.

3.4 Inglaterra e País de Gales

A Inglaterra foi pioneira na Europa em relação ao uso do monitoramento eletrônico de presos (*tagging*). Segundo Ramón Parés i Gallés,¹⁹⁰ a opção pelo uso da tecnologia também foi influenciada pelo problema da superpopulação carcerária e as primeiras experiências foram realizadas com a finalidade de liberar as penitenciárias através da liberdade provisória.

A Câmara dos Comuns em 1987, após a visita do Ministro do Interior britânico John Patten aos Estados Unidos,¹⁹¹ recomendou o estabelecimento de programas de tratamento na área da vigilância eletrônica, o que foi colocado em prática dois anos depois (agosto de 1989) através de um programa experimental de controle telemático de presos provisórios.

Essa não foi a primeira vez que se cogitou de vigilância eletrônica na Inglaterra. O romancista e cineasta Tom Stacey, que havia sido preso anteriormente quando trabalhava como jornalista do *Sunday Times*, chegou a levar a ideia ao Ministério do Interior (*Home Office*) em 1981. Entretanto as suas propostas de um estudo conjunto com os laboratórios eletrônicos da Universidade de Kent foram recusadas, mesmo diante de sua condição de membro fundador da Associação de Monitoramento de Infratores (*Offender Tag Association*)¹⁹² em 1982 e da árdua campanha realizada. Interessante observar que havia oposição da maioria dos setores da justiça criminal, bem como por parte de grupos reformistas, porém, os leitores do jornal *Sun* manifestaram-se favoravelmente. Com efeito, em pesquisa realizada pelo diário inglês em 02 de maio de 1988, apenas 15% dos entrevistados foram a favor de mais prisões, mas uma significativa maioria foi a favor do monitoramento eletrônico.¹⁹³

A primeira experiência foi realizada em Nottingham no ano de 1989 sob a denominação de Sistema de Vigilância de Arrestos Domiciliares. Juntamente com Nottingham, foram realizados testes em Newcastle e Londres, com duração de seis meses,

¹⁹⁰ PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 262.

¹⁹¹ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 24.

¹⁹² Segundo Craig Paterson, a *Offender Tag Association* é uma organização com conexões íntimas ao Partido Conservador britânico e tem defendido o uso do monitoramento eletrônico desde 1982 (PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 285).

¹⁹³ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 25; PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 253-254.

aplicando-se a vigilância eletrônica para processados maiores de 17 anos como substituta da prisão provisória e também como modalidade de execução para penas curtas de prisão.¹⁹⁴ Os objetivos do programa foram claramente definidos: avaliar a utilidade do monitoramento eletrônico para infratores sob fiança (liberdade provisória), incluindo a tecnologia, o custo-benefício e o uso do setor privado em tais esquemas, além de informações sobre a expansão do monitoramento eletrônico para condenados que, do contrário, teriam recebido ordem de prisão.¹⁹⁵

As primeiras experiências, porém, não tiveram resultados encorajadores. Apenas cinquenta ordens foram pronunciadas antes que a decisão de suspender o programa fosse tomada em janeiro de 1990 e, destes, onze tinham praticado novo delito durante o monitoramento e dezoito tinham violado as condições da fiança. O fracasso foi de 58% e o custo de aproximadamente 14.000 libras esterlinas por infrator monitorado.¹⁹⁶

Dick Whitfield¹⁹⁷ relata que as experiências produziram também diversas histórias que despertaram o interesse da mídia. O primeiro infrator monitorado, por exemplo, era um mendigo sem-teto que recebeu quinze visitas no primeiro mês de monitoramento, pois seu equipamento acusava afastamento da residência. Na verdade, cada vez que isso acontecia, ele estava “apenas embaixo do edredom tendo uma noite sem descanso”, conforme noticiou a imprensa. O terceiro monitorado removeu o equipamento e saiu de casa, retornando após dez minutos; depois de outra fuga, foi descoberto, acusado de assassinato e condenado à prisão perpétua. Da mesma forma, Pares i Gallés¹⁹⁸ criticou o sistema utilizado em razão de sua pouca evolução e por ter causado, em mais de uma ocasião, o falso desaparecimento do monitorado da área de controle, enquanto o mesmo dormia tranquilamente em sua residência.

Os resultados negativos, porém, não impediram uma segunda tentativa posteriormente. Assim, em 1991 foi aprovado o *Criminal Justice Act*, que incorporou a vigilância eletrônica como pena principal aos delitos e pequenas infrações (furtos em meios de transporte, maus tratos e condução em estado de embriaguez).¹⁹⁹

A reforma procedida pelo *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 possibilitou a imposição do monitoramento eletrônico como sentença judicial (sanção

¹⁹⁴ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 24.

¹⁹⁵ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 25.

¹⁹⁶ Ibid, p. 25.

¹⁹⁷ Ibid, p. 25-26.

¹⁹⁸ PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 262.

¹⁹⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 105.

comunitária autônoma ou acessória de uma sanção comunitária) e deu origem a programas pilotos em 1995 nas cidades de Manchester e Reading e no condado de Norfolk. A ideia era realizar experiências muito diferentes, ou seja, uma em área com alta densidade demográfica e com características internas de grande cidade (Manchester), outra em área de tamanho médio e com desenvolvimento de alta tecnologia - “*silicon valley*” (Reading) e ainda outra com características predominantemente rurais e com população esparsa (Norfolk).²⁰⁰ Em seguida, os programas foram estendidos para as regiões de Greater Manchester, Berkshire e Norfolk como modalidade de prisão domiciliar (*curfew order*) e, em 1997, também para Cambridgeshire, Middlesex, Suffolk e Yorkshire.²⁰¹

Segundo Dick Whitfield,²⁰² o clima da justiça criminal havia se alterado significativamente quando os novos programas começaram a partir de julho de 1995. Os dois principais partidos políticos disputavam a imagem de “duros contra o crime” e, portanto, o conceito de vigilância eletrônica como alternativa à prisão deu lugar à ideia de punição como objetivo principal. Assim, a vigilância seria uma dura e rápida punição para restringir a liberdade dos infratores, proporcionando um constante lembrete sobre as exigências judiciais e suprimindo penas alternativas como *probation* e serviços comunitários que eram vistos como “muito leves”.

Esse contexto contrastava com o que se fazia na Suécia e na Holanda, cujos oficiais viajaram juntos com os ingleses aos Estados Unidos para examinar os esquemas de monitoramento eletrônico aplicados neste país. Nesses países, o monitoramento eletrônico foi inserido em programas intensivos de *probation* desenvolvidos para reduzir o uso da prisão.

Na Inglaterra e no país de Gales, os programas foram colocados em funcionamento nos locais referidos, verificando-se após quatro meses a duplicação da área de experiência, mas apenas 83 ordens emitidas após um ano e, depois de dois anos, apenas 110 sentenças supervisionadas através de monitoramento eletrônico. Os critérios eram amplos, admitindo a aplicação do monitoramento a qualquer infração cuja pena não estivesse expressa na lei, para todos os infratores maiores de dezesseis anos e para

²⁰⁰ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 27.

²⁰¹ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 24.

²⁰² WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 26.

infratores “periódicos” como os *hooligans*²⁰³ ou infratores mais persistentes (prisão domiciliar entre duas e doze horas por dia, por um período de até seis meses).²⁰⁴

Martín Barberán²⁰⁵ aponta que um dos programas mais importantes foi desenvolvido em Manchester, onde se pronunciavam 60% de todas as ordens de vigilância eletrônica. O programa foi aplicado apenas em determinadas áreas, seja como sanção única, seja como complemento de outras sanções comunitárias. Até 1998 havia 1.920 casos, com uma média de utilização diária de 350 casos. No ano 2000, pronunciavam-se em Manchester oitocentas ordens mensais de *probation* ou de serviços comunitários, das quais sessenta continham o controle eletrônico (*curfew orders with electronic monitoring*).²⁰⁶

A vigilância eletrônica mantinha relação com a gravidade do delito, ou seja, em caso de pouca gravidade era combinada com multa e nos casos graves combinada com outras medidas como *probation* ou com as *community service orders*. Entretanto, nos casos mais graves, nos quais se aplicava pena privativa de liberdade, a vigilância era pouco aplicada. Exigia-se do monitorado o livre e expreso consentimento, além de provas de reinserção (ambiente social favorável e exercício de atividade profissional).²⁰⁷

O *Crime (Sentences) Act* de 1997 ampliou a utilização do monitoramento eletrônico na tentativa de fortalecer a imposição e a cobrança de multas, possibilitando a decretação da prisão domiciliar monitorada em caso de não pagamento de multa. As áreas escolhidas para teste foram Norfolk e Greater Manchester e o ponto de partida foi uma série de infrações de trânsito que levaram à aplicação de multas. O período médio de prisão domiciliar era de 50 dias e o infrator livrava-se dela pagando a multa originalmente imposta, porém verificou-se que muitos preferiram cumprir a prisão a efetuar o pagamento.²⁰⁸

Dick Whitfield²⁰⁹ noticia a realização de um estudo envolvendo 443 sentenças de prisão domiciliar, cujos dados revelam as circunstâncias das experiências

²⁰³ A palavra *hooligan* é utilizada para designar pessoas que praticam atos de violência ou desordem (*hooliganismo*) e geralmente é associada aos torcedores de futebol na Inglaterra que apresentam tal comportamento.

²⁰⁴ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 28.

²⁰⁵ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 255-256.

²⁰⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 108.

²⁰⁷ *Ibid*, p. 106-107.

²⁰⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 40-41; POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 68.

²⁰⁹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 29.

efetuadas neste período. Com efeito, 313 sentenças foram completadas com sucesso e sem violações; 81 foram revogadas por violações às condições impostas e três revogadas por outros motivos. Além disso, Manchester apresentou uma taxa de sucesso de 79%, enquanto Norfolk teve uma taxa de 91%, mas isso foi explicado pelas diferenças nas sentenças proferidas. Com efeito, Greater Manchester teve mais sentenças do juizado de menores, cuja tendência é ser mais volátil, com uma taxa de sucesso de 68%.

As taxas de sucesso também variavam de acordo com a infração praticada. Entre as infrações com maior taxa de conclusão da prisão domiciliar monitorada estavam: improbidade (100%), dano criminal (100%), direção sob efeito de álcool (95%), drogas (92%) e direção com habilitação cassada judicialmente (91%). Por outro lado, as infrações com menor índice de conclusão eram: violência (78%), roubo (74%) e furto (77%).²¹⁰

Mesmo reconhecendo a dificuldade de classificar infratores, Dick Whitfield²¹¹ apresenta uma tentativa de selecionar infratores com características favoráveis ao sucesso do monitoramento eletrônico: a) pessoas que precisam de ajuda para lidar com a figura da autoridade (autoridade do monitoramento é impessoal e sua aceitação não implica em conflito de personalidade); b) pessoas que precisam de ajuda para resistir à pressão dos colegas do grupo (jovens adultos homens, como o *twoccer*,²¹² costumam praticar delitos que não praticariam sozinhos e a torção de tornozelo é uma boa desculpa para se afastar da ação em grupo); c) pessoas que precisam de uma razão para mudar (aqueles cuja vontade de parar de delinquir precisa de algum suporte prático com o passar do tempo); d) pessoas que precisam de um sucesso a ser construído (cada período de sucesso da prisão domiciliar cumprido com êxito é um pequeno modelo de sucesso que alguns infratores precisam para reforço da confiança); e) pessoas que descumpriram uma sentença comunitária, mas que chegaram a atingir sucesso considerável (uma graduação na punição das violações pode demonstrar seriedade sem comprometer o longo período de conquistas relativas ao comportamento do infrator).

Por outro lado, houve concordância sobre os casos em que o monitoramento seria incompatível: casos com riscos para a família ou ao público (ex. violência doméstica); casos envolvendo questões de proteção à criança; casos com infratores deficientes físicos ou mentais. Os casos envolvendo usuários de drogas ou

²¹⁰ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet*. Technology and offender supervision. Op. cit., p. 29-30.

²¹¹ Ibid, p. 30-31.

²¹² *Twoccer* ou *joyrider* é o nome que se dá ao jovem que furta um veículo ou “pega” o veículo sem o consentimento do proprietário para “sair pela noite”, ou seja, apenas para dirigir e passear por prazer.

pessoas com estilo de vida desregrada geraram alguma discussão sobre a compatibilidade do monitoramento eletrônico.

O referido estudo revelou também que a conclusão do programa com sucesso está ligada a um menor período de tempo de monitoramento (até dois meses: taxa de conclusão com sucesso acima de 90%; de cinco a seis meses: 64% de conclusão com sucesso). Apesar das altas taxas de conclusão com sucesso (80% em média), os números de reincidência continuavam inalterados e semelhantes aos números de reincidência de condenados a outras penas comunitárias.²¹³

O sucesso dessas experiências originou o *Crime and Disorder Act* de 1998, que autorizou a liberação antecipada de presos para um regime de prisão domiciliar sob vigilância eletrônica (*home detention curfew*). Assim, presos cumprindo penas de prisão de mais de três meses e menos de quatro anos poderiam ser liberados com até dois meses de antecedência em relação à data de liberação automática, que representava metade da sentença. A vigilância foi autorizada, porém, por curto período de tempo (máximo seis meses, depois vigilância convencional), durante prisão domiciliar ou trabalho comunitário, nos casos de pessoas com mais de dez anos processadas ou condenadas como reincidentes em pequenos delitos ou de pessoas que não pagam multas impostas.²¹⁴ Inicialmente, a vigilância podia ser aplicada apenas aos maiores de dezesseis anos, porém, isso mudou a partir de 1998 quando a categoria das pessoas suscetíveis de vigilância foi ampliada, incluindo maiores de dez anos.

Assim, o programa de prisão domiciliar monitorada denominado *Home Detention Curfew* foi aplicado na Inglaterra e no País de Gales a partir de janeiro de 1999, com a finalidade de facilitar a transição dos presos para a comunidade, excluídos os condenados por delitos sexuais e condenados estrangeiros aguardando repatriamento. A liberação antecipada era decidida pela própria Administração penitenciária, através do diretor do estabelecimento.²¹⁵ O programa referido foi um dos maiores planos de monitoramento eletrônico do mundo, com participação de 16.000 presos durante o primeiro ano de operação²¹⁶ e mais de 175.000 pessoas colocadas sob vigilância eletrônica até setembro de 2004.²¹⁷

²¹³ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 35.

²¹⁴ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 25.

²¹⁵ RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 65.

²¹⁶ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 24; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In:

Entretanto, as ordens de prisão domiciliar monitorada tornaram-se disponíveis em todas as Cortes da Inglaterra e do País de Gales apenas em dezembro de 1999, e mais de 3.000 ordens foram expedidas nos quatro anos seguintes.²¹⁸ Interessante registrar que, segundo Dick Whitfield,²¹⁹ as estimativas de liberação de presos do Ministério do Interior (50% do total) não se consumaram também porque os administradores dos presídios sentiram o peso de ter que decidir a liberação antecipada dos presos, conforme palavras ditas por um deles e transcritas pelo autor: “Eles (políticos) inventaram isso. Mas é minha cabeça na guilhotina. Em caso de dúvida, não libere”.

De qualquer modo, entre 2000 e 2008, 20% dos 50.000 internos que tiveram acesso a programas de liberação antecipada (liberdade condicional) se submeteram a vigilância eletrônica.²²⁰

O programa foi alvo de crítica por parte da oposição política, que apontava a liberação irregular de criminosos sexuais e outros de alto risco, e também pela imprensa, que noticiava a fuga de infratores liberados e incidentes infelizes como o caso de um rapaz que teve a tornozeleira colocada em sua perna falsa. Relatórios do Ministério do Interior (*Home Office*), porém, apresentavam resultados positivos. Nesse sentido, Dick Whitfield²²¹ aponta algumas características verificadas em estudo realizado após o primeiro ano do programa: apenas 30% dos infratores classificados estavam realmente liberados sob monitoramento; apenas 5% tinham retornado à prisão, sendo dois terços por descumprimento das condições e um terço por novas infrações; 29% dos classificados de sexo masculino foram liberados, enquanto 40% do feminino foram liberados (quanto mais idade mais provável a liberação); as liberações foram menores nas sentenças curtas pela falta de tempo para completar o programa; as liberações foram mais frequentes para algumas infrações (57% para infrações relacionadas a drogas e 60% para fraudes e falsificações) do que para outras (19% para assalto e 22% para furto e receptação); as taxas de liberação foram semelhantes para brancos e negros (taxas maiores para asiáticos).

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 19.

²¹⁷ RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 67.

²¹⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 33.

²¹⁹ Ibid, p. 36-37.

²²⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 73.

²²¹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 38.

Constatou-se também que 12% dos liberados relataram problemas que surgiram entre eles e os outros moradores da residência.

Quanto ao custo do programa, estimou-se o custo médio de 1.300 libras para 45 dias de prisão domiciliar monitorada e de 2.150 libras mensais para uma cela não lotada, o que produziria uma economia anual de aproximadamente 37 milhões de libras, em valores de 2001.²²²

Em seguida, o *Criminal Justice and Police Act* de 2001 autorizou a vigilância de jovens delinquentes de doze a dezesseis anos que pratiquem infrações graves, como infrações violentas ou de natureza sexual. Assim, começou a funcionar em julho de 2001 um programa de vigilância com supervisão intensiva para delinquentes juvenis reincidentes que tenham praticado ao menos quatro delitos nos últimos doze meses. Trata-se de vigilância com seguimento permanente e em todo lugar, complementado com o uso de câmeras colocadas no centro da cidade para registrar e identificar os rostos dos submetidos ao sistema, cujo controle é feito inteira e exclusivamente pelo setor privado.²²³

Da mesma forma, o *Criminal Justice Act* de 2003 colocou o monitoramento eletrônico em uma posição central no futuro das penas comunitárias, reafirmando a atenção do governo em ações voltadas para a ordem social.²²⁴

Entre setembro de 2004 e junho de 2006 foi colocado em funcionamento um programa de localização via satélite em três localidades: Greater Manchester, Hampshire e West Midlands. O programa envolvia condenados por crimes violentos, sexuais e domésticos, bem como condenados que possuíam extensa lista de antecedentes criminais (multirreincidentes). As tornozeleiras utilizadas continham tecnologia de segunda geração (*GPS Tracking*)²²⁵ e permitiam a localização do condenado em zonas de exclusão ou em qualquer outro local. De acordo com Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Celina Maria Macedo,²²⁶ os magistrados que participaram da experiência foram favoráveis à ampliação da medida, não obstante o reduzido número de vinte casos de

²²² WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 40.

²²³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 25; OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 40.

²²⁴ PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 290.

²²⁵ RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 70.

²²⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 20.

monitoramento eletrônico impostos por sentença no período de setembro de 2004 a dezembro de 2005.

A ordem de vigilância eletrônica deve ser precedida de investigação sobre o processado e sobre seus familiares, mas não pode interferir em obrigações de tipo educativas, crenças religiosas ou no cumprimento de outras sanções comunitárias. O tempo de controle pode variar entre duas e doze horas diárias, prolongando-se por um período máximo de até seis meses.²²⁷

Entretanto, o monitoramento eletrônico não gerou economia significativa de recursos, tendo em vista o próprio crescimento dos programas (mais de 200.000 pessoas monitoradas até maio de 2005 e mais de 225.000 em 2006). Com efeito, o orçamento anual destinado aos diversos programas de monitoramento eletrônico passou de 34 milhões de libras em 2003 para 80 milhões de libras em 2004, o que ainda assim representa um quarto do custo da prisão.²²⁸ No ano financeiro de 2004-2005, ordens de recolhimento com monitoramento eletrônico foram usadas em aproximadamente 53.000 casos, com um custo total de 102,3 milhões de libras.²²⁹

O modelo adotado na Inglaterra e País de Gales, porém, tem sido criticado também pela ausência de acompanhamento socioeducativo durante o período de monitoramento eletrônico e também pela gestão realizada por empresas privadas.²³⁰

De fato, o governo inglês optou pelo denominado sistema de “subcontratação”, através do qual o Ministério do Interior (*Home Office*) formaliza contratos de cinco anos com empresas privadas para a gestão da vigilância eletrônica.²³¹ Com efeito, as empresas privadas assumem a instalação dos equipamentos e também o acompanhamento do infrator monitorado, obrigando-se a comunicar eventuais descumprimentos, além de assumir importantes responsabilidades no caso de instauração

²²⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 108.

²²⁸ RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 72.

²²⁹ PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 290.

²³⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 20; CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 25; OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 40.

²³¹ RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 68.

de procedimento judicial para revisão da medida.²³² Interessante observar que as empresas subcontratadas realizam também o serviço de escolta de presos.²³³

Inglaterra e País de Gales foram divididos em quatro regiões de contrato, as quais foram assumidas por três empresas contratantes. Assim, a empresa *Securicor Justice Services Ltd* ficou com o norte da Inglaterra, a *Premier Monitoring Services Ltd* com Londres, Midlands (ambos), leste da Inglaterra e País de Gales, e a *Reliance Monitoring Ltd* com o oeste da Inglaterra.²³⁴

O serviço de *probation* não interfere na gestão da vigilância, exceto quando o monitoramento eletrônico é imposto de forma cumulativa com outras sanções comunitárias. Nesse caso, o *Probation Service* exerce função de supervisão conjunta e coordenada com o pessoal das empresas privadas, inclusive fornecendo relatórios prévios ao tribunal sobre as características do infrator e a idoneidade do seu domicílio para cumprimento da medida.²³⁵

3.5 Escócia

Na Escócia, o monitoramento eletrônico foi introduzido pelo *Crime and Punishment Act* de 1997, que estabeleceu as ordens de restrição da liberdade (*Restriction of Liberty Orders*). A medida implica na obrigação de permanência em local específico por cerca de doze horas por dia, por até doze meses.

²³² Entre as responsabilidades assumidas pelas empresas privadas nesse caso, podem ser mencionadas as seguintes: requerer a citação pelo tribunal, comunicar ao agente de *probation*, entregar a citação pessoalmente ao vigiado e entregar à polícia o mandado de prisão em caso de não atendimento à citação (POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 70-71). Segundo Françoise Richardson, em caso de violação comprovada as empresas contratadas devem fazer o necessário para apresentar o monitorado ao tribunal ou colocá-lo na prisão caso se trate de um detido sob *Home Detention Curfew*. Cf. RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 68.

²³³ RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 69.

²³⁴ *Ibid*, p. 68-69.

²³⁵ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 71; RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 69-70. Por outro lado, Faustino Gudín Rodríguez-Magariños afirma que a maior parte das sentenças é controlada pelos agentes de *probation*, que se ocupam de concretizar a atividade, preparar a pessoa sobre as condições impostas e efetuar as gestões oportunas em caso de descumprimento. Segundo o autor, apenas uma parte menor das sentenças é controlada diretamente pela polícia (*attendance center orders*) ou pelos serviços privados (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 109).

O projeto piloto, implantado nas circunscrições de Aberdeen, Hamilton e Peterhead, foi iniciado em agosto de 1998 e, em setembro de 2000, mais de 300 decisões desse tipo já haviam sido proferidas.

Dick Whitfield²³⁶ menciona estudo da Universidade de Lancaster que avaliou um total de 152 ordens de restrição nos primeiros quatorze meses do programa piloto, envolvendo 142 pessoas. Quanto à idade dos envolvidos, mais da metade tinha entre dezesseis e vinte anos (54%), enquanto os demais estavam na faixa de 21 a 25 anos (26%) e acima de 25 anos (20% - apenas nove eram mulheres infratoras). No que concerne à duração da medida, a maioria durou de três a seis meses (75%), com 30% durando apenas três meses e 25% durando seis meses. Mais de dois terços incorporaram o período máximo de restrição diária, de doze horas.

Das 152 ordens estudadas, 103 foram completadas (nove ainda estavam em vigor até fevereiro de 2000) e quarenta foram finalizadas devido à falta de cooperação dos infratores. Assim, a taxa de conclusão total foi 72%, porém apenas 11% concluíram o programa sem violações.

Chamou atenção no estudo que 63% dos infratores que receberam ordens de restrição da liberdade já tinham cumprido anteriormente sentenças de prisão e mais de 11% foram reenviados ao cárcere. De acordo com o estudo, as ordens de restrição da liberdade substituíram a prisão em aproximadamente 40% dos casos. Além disso, ordens de restrição que foram cumpridas juntamente com outras penas comunitárias tiveram maior índice de sucesso, assim como ocorreu com as ordens mais curtas e aquelas que não envolviam infratores mais jovens ou crimes mais graves. De fato, a experiência inicial escocesa contrastou com a inglesa em relação aos jovens infratores, pois em Norfolk o monitoramento eletrônico teve papel positivo ao oferecer alguma estrutura para vidas desorganizadas.²³⁷

Em alguns casos, foi necessário revogar a ordem de restrição da liberdade por conta da retirada do consentimento anteriormente dado pelo familiar morador da mesma residência. Uma situação interessante foi a dos pais que concordaram com o monitoramento eletrônico do filho na residência, mas logo em seguida retiraram o consentimento. Os padrões familiares eram incomuns e o pai trabalhava fora de casa por duas semanas, folgando nas duas semanas seguintes. O filho, em prisão domiciliar, não podia sair de casa por doze horas e passou a ter visitas diárias de todos os seus amigos, o

²³⁶ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 43-44.

²³⁷ *Ibid*, p. 44.

que gerou desequilíbrio na rotina familiar. No caso específico, realizou-se um trabalho familiar e a ordem de restrição foi cumprida com sucesso, mas o impacto familiar de uma pena mais longa deve ser levado em consideração.²³⁸

O custo do programa foi avaliado em 2.500 libras para uma ordem de restrição de três meses e 4.860 libras para uma de seis meses (valores que foram comparados com 13.456 libras para uma sentença de prisão de seis meses e 1.459 libras para um período padrão de *probation*).²³⁹

O serviço de instalação do equipamento e de seguimento das condições impostas é prestado por empresas privadas. Em caso de violação das condições, as empresas devem comunicar aos tribunais para eventual revogação da vigilância eletrônica.²⁴⁰

Em 2008, discutiu-se na Escócia a possibilidade de aplicar a vigilância eletrônica como condição da liberdade com fiança, tendo em vista a elevada utilização da prisão preventiva no país. Além disso, a vigilância eletrônica também foi considerada como método de controle na liberdade condicional de delinquentes violentos e agressores sexuais, como técnica de proteção às vítimas.²⁴¹

3.6 Suécia

O modelo sueco de vigilância eletrônica, elogiado por grande parte da doutrina, foi elaborado a partir de uma sólida tradição de alternativas à prisão e de aposta na ressocialização do apenado.

Especialistas suecos visitaram os Estados Unidos para conhecer o sistema, mas resolveram empregar a tecnologia de forma diferente, como componente de programas de tratamento, o que se revela inclusive na linguagem utilizada: a expressão “monitoramento eletrônico” (*electronic monitoring* ou *tagging*) nunca é usada como descrição dela própria, mas sim dentro de um conceito mais amplo de “supervisão intensiva com monitoramento eletrônico”.²⁴² Os programas experimentais tinham as seguintes metas: oferecer mais opções, criar uma alternativa confiável e efetiva à prisão,

²³⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 45.

²³⁹ Ibid, p. 44.

²⁴⁰ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 73.

²⁴¹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 73.

²⁴² WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 16.

reduzir custos, reduzir a reincidência, reduzir a população prisional, testar a viabilidade do monitoramento eletrônico e desenvolver novas formas de funcionamento.²⁴³

A população carcerária era controlada através do ingresso não imediato na prisão, principalmente nos casos com pena de até três meses e excluídas as condenações por delitos graves. Assim, após a sentença condenatória, o condenado aguardava em sua residência com instruções para se apresentar à prisão em determinado local e data (“lista de espera”). A partir da implantação dos programas de monitoramento eletrônico, o serviço de *probation* passou a visitar cada condenado nessa situação para oferecer a opção da supervisão intensiva com monitoramento pelo mesmo período da sentença de prisão proferida.²⁴⁴

A vigilância eletrônica foi incorporada ao sistema sueco como verdadeira substituta da pena privativa de liberdade através da Lei de 01 de agosto de 1994. Nos termos desta, a própria Administração penitenciária determina o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, sob vigilância eletrônica, desde que o condenado aceite e estejam presentes os demais requisitos necessários, sem margem para discricionariedade judicial.²⁴⁵

Inicialmente, a vigilância foi prevista apenas para delinquentes que tivessem condenação de até dois meses de prisão e para ser experimentada em alguns lugares determinados, como Estocolmo. A partir de janeiro de 1997, porém, a vigilância se estendeu para todo o território da Suécia, como modalidade de execução de penas curtas de prisão (iguais ou inferiores a três meses) aplicáveis àqueles que podem comprovar domicílio fixo e uma linha telefônica disponível, além de comprovar exercício de atividade profissional ou educativa e condição de arcar com os custos correspondentes (cerca de 5,4 euros por dia pelo uso do equipamento, valor que pode ser reduzido em caso de condenado com recursos insuficientes).²⁴⁶

As experiências se iniciaram em 1994 e em 1998 já havia 8.100 casos, com uma média de 450 casos em curso por dia. O número total de ingressos na prisão em 1996 foi de 12.123, reduzindo no ano seguinte (1997) para 9.112, período em que

²⁴³ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 47.

²⁴⁴ Ibid, p. 17 e 48.

²⁴⁵ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 78; PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 264.

²⁴⁶ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 25-26; PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 257; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 17.

aumentou de 49 para 362 a média diária de pessoas submetidas à vigilância eletrônica.²⁴⁷ Em três anos de experiência, com o fechamento de algumas prisões e cancelamento de projetos para construção de outros estabelecimentos, a população prisional foi reduzida em 25% na Suécia.²⁴⁸ O custo de cada pessoa monitorada foi estimado em aproximadamente 75 dólares por dia, valor muito inferior ao custo diário de 160 dólares da prisão em regime aberto,²⁴⁹ o que também incentivou o crescimento do programa sueco.

Mais recentemente, no período de 2002 a 2008, a supervisão telemática alcançou aproximadamente 43% dos 17.000 internos aos quais se aplicaram programas de liberação antecipada do cárcere.²⁵⁰ Além disso, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Celina Maria Macedo noticiam em 2008²⁵¹ que, desde 1994, 17.000 penas privativas de liberdade foram substituídas pelo controle eletrônico e, como consequência, dez unidades prisionais com capacidade para quatrocentas pessoas foram fechadas na Suécia.

A partir de 2001, a Suécia iniciou um programa de liberação antecipada de presos (*back-door*), direcionado aos condenados por tráfico de drogas e sonegação fiscal com pena de prisão superior a dois anos e que tenham até quatro meses para o encerramento da pena, período este cumprido em liberdade sob monitoramento eletrônico.²⁵²

De um modo geral, os programas destinam-se a pessoas condenadas a cumprir até três meses de prisão e metade dos casos é de condenados por condução de veículo sob efeito de álcool.²⁵³ Condenados por uso de drogas também são destinatários da medida, porém os condenados por delitos sexuais e delitos violentos são descartados. Os condenados podem ser obrigados a frequentar cursos ou debates sobre cidadania e

²⁴⁷ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 258.

²⁴⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 51.

²⁴⁹ POZA CISNEROS, Maria. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 79.

²⁵⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 75.

²⁵¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 21.

²⁵² REIS, Fábio André Silva. *Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as): Breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca*. Disponível em: <<http://www.fasreis.blogspot.com/2004/08/artigo-mep-inglaterra-e-sucia.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 52.

²⁵³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 75.

dependência química e devem manter abstinência total de drogas e álcool durante o cumprimento da medida.²⁵⁴

Segundo Martín Barberán,²⁵⁵ o programa sueco se baseia em um critério de “tolerância zero”, pois os condenados podem esperar visitas domiciliares a cada três dias, com controles de respiração e testes de urina. Permitem-se pequenas violações de horário, porém, há normas muito claras com relação ao uso de drogas ou álcool. Tais condições são estabelecidas antes de iniciar o programa e são controladas de forma muito rigorosa, sendo que a violação das condições estabelecidas constitui a principal causa de retorno à prisão. A recusa do condenado em realizar exame para constatação do uso de álcool ou droga, bem como a constatação efetivada por outros meios, acarreta a revogação da medida pela própria Administração penitenciária e o regresso ao cárcere para cumprimento do restante da pena.²⁵⁶

Entre os casos que poderiam se submeter a esse tipo de controle, 24% não se efetiva em razão da recusa em se submeter às visitas domiciliares aleatórias e às estritas condições estabelecidas no programa. Além disso, alguns casos também são descartados na fase prévia de avaliação e seleção.²⁵⁷

Gudín Rodriguez-Magariños²⁵⁸ acrescenta que os participantes devem pagar os custos do programa, o que pode ser suspenso em determinados casos. As quantias recolhidas são destinadas a um fundo nacional de compensação às vítimas e a justificativa para esse pagamento seria o benefício pecuniário que obtém o condenado ao não ter que cumprir a pena em regime de privação da liberdade, sem poder trabalhar. Nos primeiros três anos de experiência, apenas 53% dos participantes apresentaram condições de pagamento, mas, mesmo assim, foi arrecadado o equivalente a mais de 100.000 libras esterlinas ao fundo de compensação às vítimas.²⁵⁹

Além disso, exige-se o consentimento não só do condenado, mas também de seus familiares e das pessoas com quem convive. As informações sobre a

²⁵⁴ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 26; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 21.

²⁵⁵ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 259.

²⁵⁶ PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 266.

²⁵⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 123.

²⁵⁸ *Ibid*, p. 124.

²⁵⁹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 50.

medida de tratamento e suas consequências devem ser fornecidas por escrito e de forma detalhada. Whitfield²⁶⁰ informa que infratores e familiares foram amplamente positivos sobre o monitoramento eletrônico, além de satisfeitos com o tratamento recebido por eles do serviço de *probation*. Entretanto ambos reconheceram que algumas exigências eram estressantes e ameaçavam a integridade pessoal, o que os levou ao não cumprimento na medida em que a prisão era vista como uma melhor alternativa.

Quanto ao controle, o programa sueco se submete à supervisão pública através dos serviços de *probation*, que avaliam e selecionam os candidatos, instalam os equipamentos, monitoram o vigiado e fiscalizam eventuais violações.²⁶¹ A tarefa de visitar residências e locais de trabalho fora de hora é dividida com a polícia quando necessário²⁶² e, em caso de violação da obrigação de residência fixa, a própria comissão de *probation* pode optar pelo encarceramento do infrator.²⁶³ De modo geral, em caso de falta grave, a própria Administração penitenciária pode revogar a vigilância e determinar o cumprimento do restante da pena na prisão, descontando-se o período cumprido sob vigilância eletrônica.²⁶⁴

3.7 Holanda

Na Holanda, os primeiros estudos se realizaram em 1988 através de um comitê consultivo do Ministro da Justiça, porém o monitoramento eletrônico foi considerado uma alternativa com pouco a oferecer.²⁶⁵ Entretanto a redução dos custos da prisão significou um estímulo real e suficiente para a realização das primeiras experiências em 11 de julho de 1995, quando a vigilância eletrônica foi aplicada em quatro distritos judiciais do norte do país, envolvendo cinquenta pessoas.²⁶⁶ A vigilância eletrônica, com duração máxima de seis meses, foi utilizada como complemento de uma prestação de serviço comunitário ou como instrumento de controle de presos colocados em regime aberto após o cumprimento de ao menos metade da pena privativa de liberdade.²⁶⁷

²⁶⁰ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 50.

²⁶¹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 79; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 48.

²⁶² WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 51.

²⁶³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 26.

²⁶⁴ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 79.

²⁶⁵ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 52.

²⁶⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 125; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 52.

²⁶⁷ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 26.

Interessante observar o comentário do Deputado Han van der Leek, então Diretor Geral do *Probation Service* holandês:

Nós não somos contra a punição. O abolicionismo está próximo da extinção na Holanda. O que nós somos contra é o aprisionamento que não serve a outros objetivos senão o de isolar o infrator durante certo período de tempo. Porque nossa cultura europeia faz pouco uso - ou mesmo nenhum - da prisão perpétua real, nós devemos estar sempre atentos a um eventual retorno do infrator para a comunidade. Prisão pura, então, teria apenas consequências negativas. O *Probation Service* holandês toma uma posição construtiva dentro do sistema penal ... então nós participamos ativamente na execução das sanções comunitárias, programas penitenciários e monitoramento eletrônico. Nossa estrita condição, entretanto, é que tais sanções sejam sempre combinadas com programas orientados para a ressocialização. Para dar um exemplo: o *Probation Service* não está disponível para execução do monitoramento eletrônico substituindo a prisão preventiva com o único propósito de economizar espaço na cela.²⁶⁸

Segundo Martín Barberán,²⁶⁹ a finalidade do programa inicial era conferir o grau de aceitação social e constituir um serviço público-privado de gestão. Uma empresa privada de segurança concessionária se ocupava dos aspectos técnicos, enquanto o serviço de *probation* efetuava uma seleção de casos e projetava um programa individualizado de atividades.

Os resultados foram positivos e a experiência foi ampliada para as cidades de Haya e Amsterdam. Em outubro de 1998, o número chegou aos trezentos internos e a média de pessoas vigiadas diariamente era de setenta internos por dia. Entretanto, apenas um pequeno número (menos de 20%) de infratores foi colocado sob monitoramento eletrônico diretamente por decisão judicial (*front door*). Em 80% dos casos, tratava-se de liberados que puderam antecipar sua saída da prisão em três ou quatro meses através do programa.²⁷⁰ No início de 1999, uma nova lei penitenciária autorizou a liberação de prisioneiros que tivessem cumprido ao menos metade de suas penas originais, sob a condição de participarem de programas de atividades por 26 horas semanais no mínimo e, para a maioria, submeter-se ao monitoramento eletrônico.

²⁶⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 53 (tradução nossa).

²⁶⁹ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 257.

²⁷⁰ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 53; MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 257.

No ano 2000, o Ministério da Justiça anunciou a intenção de continuar e estender o programa de monitoramento eletrônico, incluindo também sua imposição através de sentença (*front door*).²⁷¹ Um esquema de monitoramento eletrônico foi projetado para liberação antecipada de 1.600 a 1.700 presos por ano, porém apenas metade disso foi efetivamente realizado. Dick Whitfield²⁷² aponta a diminuição do número de presos no sistema penitenciário e as opções de prisão aberta (com menos restrições) oferecidas aos condenados como motivos do crescimento lento no início dos programas de monitoramento eletrônico na Holanda.

Quanto à sua aplicação, o monitoramento eletrônico é utilizado na Holanda para substituir penas privativas de liberdade de curta duração (até um ano de prisão),²⁷³ mas também para acompanhar a suspensão condicional da pena ou como modalidade de cumprimento da pena de prisão remanescente em regime de prisão domiciliar sob monitoramento. Além disso, a vigilância eletrônica pode ser aplicada também associada com outra sanção quando a medida se revelar insuficiente pela personalidade do sujeito ou pela natureza do delito praticado, e também àqueles que tenham cumprido ao menos metade da pena, como período intermediário para a liberdade.²⁷⁴

Tratando-se de medida a ser imposta na condenação, o monitoramento eletrônico depende de decisão judicial, após parecer do serviço de *probation*; no caso de execução já em curso, a própria Administração penitenciária aceita ou rejeita o pedido do detento para liberação com monitoramento eletrônico.²⁷⁵

O tempo de monitoramento não é longo (de três meses e meio a quatro meses) e testes de droga e álcool são realizados apenas naqueles casos em que isso tenha sido identificado como um particular fator de risco. O monitoramento eletrônico é utilizado também para outros tipos de infração, como, por exemplo, furto, roubo, homicídio (inclusive tentativa e homicídio culposo), delitos sexuais e abuso contra criança.²⁷⁶

²⁷¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 21.

²⁷² WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 55.

²⁷³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 74.

²⁷⁴ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 80.

²⁷⁵ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 260.

²⁷⁶ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 54.

A participação no programa depende do preenchimento de certos requisitos. Com efeito, os participantes devem ser internos com condenação longa, de modo que possam antecipar sua liberação entre um e seis meses, ou processados que, sem o programa, receberiam condenação a prisão inferior a um ano.²⁷⁷

O programa não conta apenas com a vigilância eletrônica, mas também com uma série de atividades complementares que inclui atividades de caráter geral (trinta horas semanais de trabalho, educação e formação) e social (esporte, religião e cidadania). O tempo livre não é propriamente um direito, mas a previsão inicial é de duas horas aos sábados e domingos, que pode aumentar para quatro horas após o primeiro mês e para oito horas após o segundo, até um final de semana completo depois do terceiro e todos os finais de semana após o quinto mês.²⁷⁸

A aplicação da medida exige o consentimento da pessoa vigiada e de seus familiares, geralmente em entrevistas separadas, além da concordância do Ministério Público, da Administração Penitenciária, das instituições de reinserção e até mesmo dos prejudicados com a infração.²⁷⁹ Exige-se também que o vigiado disponha de domicílio fixo e ocupação efetiva de seu tempo (trabalho, estudo, etc). A vigilância eletrônica não pode exceder a seis meses e o descumprimento das condições impostas é sancionado com rigor, em geral com a prisão.²⁸⁰

O acompanhamento do sinal emitido pelo equipamento do monitorado é feito pela empresa privada de segurança que, em caso de descumprimento das condições ou tentativa de manipulação e/ou danificação do equipamento, deve comunicar o fato ao serviço de *probation* responsável pelo controle dos condenados.²⁸¹

Entretanto Otero González²⁸² ressalta que a vigilância eletrônica na Holanda nunca foi objeto de legislação específica e que os textos que a regulam (como

²⁷⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 126.

²⁷⁸ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 257-258; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 54.

²⁷⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 127.

²⁸⁰ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 80.

²⁸¹ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 26-27; PEREIRA, Luís de Miranda. Control electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 260.

²⁸² OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 74.

pena privativa de liberdade e como modalidade de execução dos fins da pena) são de natureza administrativa.

Em janeiro de 2006, este país inaugurou um novo conceito de vigilância eletrônica no âmbito penitenciário intramuros, aplicando a técnica não como substitutiva da prisão nem como forma de antecipar a saída do cárcere, mas sim para permitir ao recluso maior liberdade de circulação e autonomia, sem prejuízo da segurança do estabelecimento.²⁸³ Trata-se do Centro de Detenção de Lelystad inaugurado no dia 19 de janeiro de 2006, na cidade holandesa de Lelystad. Os presos usam pulseiras eletrônicas que monitoram seus movimentos e em cada cela, com seis condenados, existem microfones que transmitem sons reconhecidos por um programa de computador para identificar o nível de emoção pelo ritmo e volume da fala. Além disso, a agenda diária do preso está acessível em telas sensíveis ao toque colocadas ao lado das camas, com os horários de alimentação, de trabalho, de lazer, de aulas (ex. prevenção às drogas), bem como do recolhimento às celas. As câmeras de vigilância estão colocadas apenas nos espaços abertos, excluídos camas e banheiros. Segundo Edmundo Oliveira,²⁸⁴ o Centro de Detenção de Lelystad é mais econômico do que as prisões tradicionais, inclusive pelo número reduzido de guardas.

3.8 Bélgica

Na Bélgica, foi aprovado em 1996 um conjunto de medidas para reduzir a população carcerária, entre as quais se inseria a construção de novos presídios e a prisão domiciliar sob vigilância eletrônica.²⁸⁵

A primeira experiência belga com a vigilância eletrônica se iniciou em abril de 1998 na prisão de Saint Guilles, em Bruxelas, prosseguindo até setembro de 2000.²⁸⁶ O programa destinava-se a internos condenados a uma pena privativa de liberdade de até dezoito meses, permitindo a liberação antecipada mediante vigilância eletrônica por um período de um a três meses.

²⁸³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 75.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 4-5.

²⁸⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 23.

²⁸⁶ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 75; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 57.

Os critérios de seleção foram, inicialmente, muito rigorosos, provocando demora no início efetivo da medida e durante o primeiro ano apenas nove testes foram realizados, porém, no final do ano de 1999, já havia vinte internos sob vigilância eletrônica. O programa de vigilância eletrônica, iniciado em Bruxelas, passou a abranger a totalidade do país no final de 2001.²⁸⁷

No programa submetido à experiência, os condenados deveriam participar dos custos decorrentes do sistema. Os objetivos eram a modernização da política penitenciária e a restauração do dano incidente nas relações entre delinquente, a vítima e a sociedade, bem como a limitação dos efeitos negativos da prisão. Estavam excluídos os condenados por violência doméstica ou crimes sexuais intrafamiliares, traficantes de drogas e outros. Além disso, os reincidentes eram submetidos a vigilância permanente com uso de bracelete eletrônico, enquanto os primários eram submetidos a controle aleatório pelo sistema de reconhecimento de voz.²⁸⁸

Os sistemas utilizados para o monitoramento apresentaram problemas técnicos, mas as dificuldades foram resolvidas e o projeto de reconhecimento de voz abandonado.²⁸⁹ Após alguma hesitação sobre qual sistema técnico utilizar, ou seja, reconhecimento de voz ou bracelete eletrônico, este último foi escolhido em razão das menores complicações tecnológicas.

Otero González²⁹⁰ afirma que a vigilância eletrônica na Bélgica se insere no contexto das alternativas à prisão. Ressalte-se que a vigilância eletrônica também é utilizada como modalidade de execução de pena e condição para liberação antecipada do cárcere (*back door*). Nesse sentido, Dick Whitfield²⁹¹ afirma que a ênfase tem sido, desde o início do programa, na liberação antecipada da prisão com o monitoramento eletrônico como condição para tanto.

A Circular do Ministério da Justiça nº 1.727, de 12 de abril de 2001, regulamentou a vigilância eletrônica como modalidade de execução de pena e estabeleceu

²⁸⁷ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 259; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 130; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 57.

²⁸⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 23.

²⁸⁹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 57.

²⁹⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 75.

²⁹¹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 57.

a ampliação do uso do dispositivo, porém, não houve formalização legal de tais regras.²⁹² Assim como ocorre nos Estados Unidos, na Suécia e na França, os condenados na Bélgica devem pagar os custos do sistema de monitoramento eletrônico.²⁹³

No ano de 2004, o Conselho de Ministros da Bélgica acolheu parecer dos Ministros do Interior e da Justiça sobre a manutenção da vigilância eletrônica como alternativa à pena de prisão, ou seja, recusando a utilização da vigilância eletrônica como pena autônoma em face do provável efeito *net-widening*.²⁹⁴

3.9 Alemanha

Na Alemanha, as discussões foram intensas na virada do século, mas nenhum progresso legislativo verificou-se, e as experiências realizadas até o ano 2001 foram mínimas.

Com efeito, um projeto de lei estabelecendo a vigilância eletrônica como substituição para penas curtas de prisão foi recusado pelo Parlamento alemão. A vigilância eletrônica foi considerada “maldita pela direita, como sendo não dura o suficiente, e pelos Verdes como uma afronta aos direitos humanos”.²⁹⁵ Além da suposta lesão a determinados direitos fundamentais do condenado, alguns autores também criticaram a vigilância eletrônica por provocar uma desigualdade de tratamento entre os diversos delinquentes.²⁹⁶

Os estados de Hamburgo e Baden-Wuerttemberg aguardavam a aprovação da legislação federal para iniciar projetos locais de vigilância eletrônica e, portanto, nada realizaram. Por outro lado, Hessen foi o único estado a implantar o monitoramento eletrônico como medida adicional para suspender sentenças com *probation*. Em um ano de aplicação (até 2001), inclusive sob crítica de *net-widening*, apenas dezesseis pessoas estiveram sujeitas ao monitoramento eletrônico.²⁹⁷

²⁹² CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 27.

²⁹³ Ibid, p. p. 20.

²⁹⁴ MARY, Philippe. Localização sob vigilância eletrônica e rede penal. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 138.

²⁹⁵ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 59 (tradução nossa).

²⁹⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1098.

²⁹⁷ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 59.

Segundo informações publicadas em 2006, mas em moeda antiga, o custo da locação (*leasing*) do equipamento foi estimado em cinco marcos por dia, enquanto um dia na prisão, estimado em 150 marcos.²⁹⁸

Mais recentemente, a Alemanha ampliou suas experiências com monitoramento eletrônico, empregando-o de três formas: associado à prisão domiciliar como modalidade de execução de pena, modalidade de pena principal no contexto da suspensão condicional da pena e alternativa à prisão processual.²⁹⁹

3.10 Suíça

Na Suíça, a vigilância eletrônica é prevista como reforço ao arresto domiciliar e é utilizada para evitar o encarceramento em caso de delitos menores. O programa de monitoramento eletrônico suíço foi inspirado no modelo sueco.³⁰⁰

A primeira experiência com vigilância eletrônica na Suíça ocorreu no Cantão de Vaud em 1993 e estendeu-se a partir de 1999 no âmbito de um projeto implantado em seis Cantões.³⁰¹ Segundo Poza Cisneros,³⁰² a vigilância eletrônica é praticada na Suíça desde 1994 como substitutiva de penas curtas de prisão e desde 1999 como fase intermediária entre o regime aberto e a liberdade condicional para penas superiores a dois anos e meio de prisão.

A partir de setembro de 1999, diversas experiências foram realizadas nos cantões de Berna, Basileia, Vaud, Genebra e Ticino, envolvendo 119 internos penitenciários que passaram a cumprir suas condenações na própria residência. A fiscalização da medida é realizada por um serviço especializado de *probation* que acompanha o cumprimento durante todo o período de liberdade condicional e o período de suspensão da execução da pena de prisão.³⁰³

²⁹⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1092.

²⁹⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 23.

³⁰⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 75.

³⁰¹ *Ibid*, p. 76.

³⁰² POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 83.

³⁰³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 120.

Até outubro de 2000, 234 ordens já tinham sido emitidas, todas conjugadas com programas de tratamento. Na maioria dos casos, o monitoramento eletrônico foi imposto por decisão judicial (*front door*), alcançando 82% de sucesso na conclusão do programa.³⁰⁴

A vigilância eletrônica é usada na Suíça de duas formas distintas, ou seja, como modalidade de execução de penas curtas de prisão (um a seis meses) ou como condição da liberdade condicional após um período de semiliberdade para condenados à pena de prisão superior a dois anos e meio.³⁰⁵

3.11 França

Na França, o regime de semiliberdade passou a ser admitido a partir de 1985, com a finalidade de buscar um maior contato do condenado com a sociedade e, assim, obter uma maior ressocialização. Alguns anos mais tarde, em 1989, o senador Gilbert Bonnemaïson apresentou um relatório sobre a modernização do serviço público penitenciário sugerindo a vigilância eletrônica como modalidade de detenção provisória e também como modalidade de execução de penas curtas de prisão e de semiliberdade. O relatório destacava a importância da medida como instrumento de inserção social, inclusive facilitando a indenização efetiva das vítimas.³⁰⁶

Posteriormente, em fevereiro de 1995, o então Ministro da Justiça Pierre Méhaignerie e o Primeiro Ministro Édouard Balladur encomendaram ao senador Guy-Pierre Cabanel um relatório sobre as medidas necessárias para prevenir a reincidência. Uma das vinte proposições desse relatório sugeria a aplicação da localização sob vigilância eletrônica em substituição às penas de prisão de curta duração, bem como no caso de liberação para cumprimento de pena remanescente. Após a entrega do relatório mencionado, Jacques Toubon tornou-se Ministro da Justiça e declarou publicamente apoio à vigilância eletrônica que, em seguida, foi objeto de projeto apresentado pelo senador Cabanel.³⁰⁷

³⁰⁴ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 59.

³⁰⁵ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 27; MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 240.

³⁰⁶ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 28.

³⁰⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 115; CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 28-29.

As justificativas apresentadas para a implementação da medida foram: redução da população carcerária, evitar os efeitos negativos da prisão e promoção da individualização da pena. Jean-Charles Froment³⁰⁸ noticia que o debate ideológico sobre o monitoramento eletrônico na França foi neutralizado pela extensão temporal do processo de introdução da medida (relatórios, debates parlamentares, experiências, etc.). Além disso, a rejeição à medida por sua característica tipicamente “americana” foi também neutralizada pela comparação com as práticas de outros países europeus como Suécia e Holanda.

De acordo com Froment,³⁰⁹ a introdução inicial da vigilância eletrônica como modalidade de aplicação da pena, e não como pena principal, também contribuiu para superar a oposição ideológica fundada no controle dos indivíduos e na violação das liberdades (“marca da infâmia”). Assim, a vigilância eletrônica foi defendida como fase da execução progressiva da pena privativa de liberdade, a ser determinada pelo juiz da execução e não do julgamento, o que possibilitaria uma maior individualização da pena e impediria sua imposição quando não fosse o caso de prisão.

Finalmente, a Lei 97-1159, de 19 de dezembro de 1997, introduziu no Código de Processo Penal (art. 723-7 e seguintes) a possibilidade da vigilância eletrônica em caso de pena não superior a um ano ou quando o período remanescente de pena também não supera um ano, bem como no caso de liberdade condicional com duração inferior a um ano. O diploma legal, porém, excluiu a medida para réus não condenados, ou seja, para quem não tivesse passado por julgamento definitivo.³¹⁰

Christophe Cardet³¹¹ afirma que o diploma legal mencionado (Lei de 19.12.1997) consagrou a localização sob vigilância eletrônica como modalidade de execução de uma pena privativa de liberdade, e não como uma pena principal. A vigilância eletrônica foi instituída na legislação francesa como medida autônoma, ou seja, não se trata de pena principal e também não se caracteriza como medida inserida na liberdade condicional, na semiliberdade ou no trabalho externo. A vigilância eletrônica é pronunciada independentemente dessas medidas, podendo, inclusive, precedê-las.

A imposição da medida é facultativa, cabendo ao juiz avaliar a situação do caso concreto e verificar se as condições específicas necessárias estão presentes. Nesse

³⁰⁸ FROMENT, Jean-Charles. Le développement du placement sous surveillance électronique en France: mobilization du politique et neutralisation idéologique. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 38-39.

³⁰⁹ Ibid, p. 45-47. O autor aponta a vitória do pragmatismo no debate sobre a introdução do monitoramento eletrônico na França.

³¹⁰ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 29.

³¹¹ Ibid, p. 50 e 30.

sentido, pode ser realizada uma prévia análise de viabilidade da vigilância eletrônica através de profissionais especializados, ou seja, um conselheiro do serviço penitenciário de inserção para a parte socioeducativa e um supervisor de operação para a parte técnica. Introduzida no âmbito da execução das penas, a medida de monitoramento eletrônico só pode ser decidida pelo juiz de aplicação de penas (execução penal), de ofício ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público.³¹²

Importante ressaltar que, ao contrário de outros países, a França testou a vigilância eletrônica na prática apenas depois do advento da previsão legislativa. Com efeito, a Administração penitenciária encomendou um estudo em 1998 sobre os sistemas de vigilância eletrônica em outros países, mormente em relação ao custo financeiro e às necessidades geradas pelo emprego do dispositivo. Uma das principais conclusões foi a de não estender o uso do bracelete eletrônico por período superior a quatro ou seis meses, a partir de quando os incidentes se multiplicam. As conclusões do relatório, entregue em 1999, foram utilizadas pela Administração penitenciária para convencer a então Ministra da Justiça Elisabeth Guigou a lançar as primeiras experiências com a vigilância eletrônica.³¹³

Os programas pilotos foram realizados nas prisões de Agen, Aix-Luynes, Looslès-Lille, além do Centro de Semiliberdade de Grenoble. O projeto piloto foi iniciado em 20 de setembro de 2000 e o primeiro bracelete eletrônico colocado em 09 de outubro de 2000, na cidade de Agen. A experimentação, com duração inicial de nove meses, foi ampliada no outono de 2001 e prolongada por mais um ano e meio, incluindo outros cinco novos locais: as prisões de Angers, Béziers, Colmar, Dijon e Osny-Pontoise.³¹⁴

As regiões envolvidas, portanto, foram Marseilles, Lille, Bordeaux e Lyon; as duas primeiras em razão dos problemas com a superpopulação carcerária, a terceira pela proximidade com a escola judicial francesa e a última pela natureza rural da área coberta.³¹⁵

Em tais experiências, era indispensável o consentimento do condenado, e o juiz de aplicação de pena (execução penal) podia adaptar as medidas de acordo com as circunstâncias e condições pessoais do condenado. Garantia-se, também, o direito de ser

³¹² OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 62; CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 43-44 e 46-47.

³¹³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 31.

³¹⁴ *Ibid*, p. 31-32.

³¹⁵ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 56.

examinado por um médico para uma avaliação sobre eventual contra-indicação específica para a saúde do infrator.³¹⁶ Entretanto, o programa inicial não estava associado a um acompanhamento social ou a um trabalho de inserção, mas sim a procedimentos similares aos da prisão e sob a fiscalização dos agentes penitenciários.³¹⁷

O art. 62 da Lei de 15 de junho de 2000 inseriu o monitoramento eletrônico no Código de Processo Penal como substituto da prisão preventiva.³¹⁸ Assim, em fevereiro de 2001 foi regulamentado o uso da vigilância eletrônica como alternativa à prisão preventiva. A vigilância eletrônica nesse caso deveria ser estabelecida pelo juiz de garantias, e enquanto modalidade de execução de pena privativa de liberdade pelo juiz de vigilância penitenciária (execução penal). Em ambos os casos, porém, era necessário consentimento prévio e expresso do afetado pela medida, assistido por um defensor, bem como o consentimento por escrito do proprietário ou do locatário do lugar onde o sujeito se submeteria à vigilância.³¹⁹

No ano de 2002, o uso do monitoramento eletrônico generalizou-se na França, com aplicação em 59 tribunais de grande instância, o que correspondia a um terço dos tribunais franceses. Além disso, a Lei de Orientação e de Programação para a Justiça nº 2002-1138, de 09 de setembro de 2002, previu a generalização do uso do equipamento para permitir uma maior capacidade de vigilância simultânea. Esta Lei de setembro de 2002, entretanto, suprimiu a possibilidade de uso do monitoramento eletrônico como substituto da prisão preventiva, estabelecendo a medida apenas a título de *controle judiciário* imposto pela jurisdição de julgamento.³²⁰

O monitoramento eletrônico, para ser imposto como *controle judiciário*³²¹ antes do julgamento, deve ser aceito pelo acusado na presença de seu

³¹⁶ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 81.

³¹⁷ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 56; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 22.

³¹⁸ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 45.

³¹⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 116-117; POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 81.

³²⁰ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 45; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 22.

³²¹ A medida de controle judicial, segundo o art. 137 do Código de Processo Penal francês, tem natureza cautelar e deve ser aplicada quando necessária para garantir a instrução processual ou como medida de

advogado e decidido pelo juiz de garantias ou pelo juiz de instrução. Na prática, portanto, o monitoramento eletrônico serve apenas como um instrumento de controle das restrições já previstas para a medida de controle judiciário, como a proibição de sair da residência ou de um lugar determinado, ou obrigação de frequentar determinados lugares durante o processo.³²²

Em qualquer das hipóteses de monitoramento devem ser observadas algumas exigências legais. Com efeito, a legislação francesa exige que a pessoa submetida ao monitoramento tenha domicílio fixo e linha telefônica disponível. No caso do domicílio, a pessoa pode indicar o domicílio de uma terceira pessoa como lugar de controle, desde que esta manifeste sua concordância, existindo também a possibilidade de um alojamento viabilizado através do Serviço Penitenciário de Inserção. A linha telefônica deve ser destinada exclusivamente para a transmissão dos dados, o que gera também aumento da conta mensal de telefone, sendo possível um auxílio para os casos de situação financeira muito precária.³²³

Além disso, o monitorado deve receber visitas do agente de *probation* e pode ser obrigado a indenizar a vítima ou prestar serviços comunitários. Importante ressaltar que não existe restrição ao reincidente, ou seja, a primariedade não é requisito legal para a concessão do monitoramento eletrônico.³²⁴ Também não há previsão legal de um regime especial de monitoramento eletrônico para jovens delinquentes, aplicando-se as medidas previstas no Código de Processo Penal aos menores sem restrições.

Na opinião de Christophe Cardet,³²⁵ a referência expressa nos textos regulamentares de 2002 (Decreto de 03.04.02 e Portaria de 01.07.02) à utilização de um “bracelete equipado com um emissor”, a ser colocado “no punho ou no tornozelo”, impõe uma materialização externa do sistema e, assim, exclui a possibilidade dos implantes subcutâneos testados em outros países, como os Estados Unidos.

O controle do programa de monitoramento eletrônico francês é realizado de duas formas diferentes: *controle técnico a distância* e *acompanhamento das condições impostas à pessoa monitorada*.

segurança. Através da medida de controle judicial, o juiz pode impor uma série de restrições, como a proibição de sair de determinados limites territoriais, proibição de se ausentar do domicílio, pagar fiança, submeter-se a tratamentos médicos, proibição de conduzir veículos, etc. A prisão preventiva deve ser aplicada apenas em caso de insuficiência das medidas de controle judicial (DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 254-255).

³²² CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 45.

³²³ Ibid, p. 54-56.

³²⁴ Ibid, p. 50-51.

³²⁵ Ibid, p. 39-40.

Diante da ausência de previsão legal específica, já que a lei processual penal (CPP) menciona apenas “funcionários da Administração Penitenciária”, o controle técnico a distância foi confiado aos funcionários de vigilância dos estabelecimentos penitenciários e não aos assistentes sociais do serviço de *probation*. Inicialmente, os agentes penitenciários recusaram o trabalho externo, fora dos estabelecimentos prisionais, porém, o Decreto nº 99-671/1999 acabou com a discussão ao esclarecer as atribuições desses funcionários, dentre as quais se encontra a manutenção da ordem e da disciplina nos estabelecimentos penitenciários e também nos serviços penitenciários em meio aberto, incluindo a participação nas ações para reinserção social das pessoas submetidas à justiça. Além disso, cargos específicos de vigilantes do monitoramento eletrônicos foram criados e seus agentes passaram a visitar famílias e vizinhos do condenado, muitas vezes acompanhados por um assistente social. Segundo Christophe Cardet,³²⁶ a abertura para um trabalho em parceria com os assistentes sociais contribuiu para modificar as representações de uns em relação aos outros, descobrindo os respectivos encargos. O autor afirma também que o monitoramento eletrônico permitiu uma modificação na relação entre o agente penitenciário e o condenado, que passou a ser mais fundamentada sobre a confiança.

O controle técnico a distância, porém, pode ser compartilhado entre o setor público e o setor privado. Com efeito, a Lei nº 2002-1138, de 9 de setembro de 2002, acrescentou uma alínea ao art. 723-9 do Código de Processo Penal, autorizando o recurso a uma “pessoa de direito privado” especialmente habilitada para “a aplicação do dispositivo técnico permitindo o controle a distância”. Os limites da participação da iniciativa privada no controle, porém, são controvertidos e dependem de regulamentação específica por decreto³²⁷.

O exercício do controle a distância é efetuado por verificações telefônicas, visitas ao lugar designado, convocações ao estabelecimento penitenciário ou ao serviço de inserção e *probation*. Não é permitido que os agentes ingressem na residência do monitorado sem a anuência deste, mas a ausência é presumida em caso de não atendimento à chamada. Quando há disparo do alarme, uma verificação telefônica é realizada para solicitar informações e, em caso de ausência de resposta, o vigilante dirige-se à residência do monitorado.

Por outro lado, o acompanhamento das condições impostas à pessoa é realizado pelo serviço penitenciário de inserção e de *probation*, que promove encontros

³²⁶ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 70.

³²⁷ *Ibid*, p. 71-72.

frequentes entre o assistente social e o monitorado e verifica a situação familiar, material e social do condenado³²⁸. Entretanto, o acompanhamento da pessoa monitorada é facultativo, ou seja, o juiz pode determinar o acompanhamento social *se for o caso*³²⁹. O exercício do controle sobre a pessoa tem caráter socioeducativo e se efetiva também através de conversas telefônicas ou encontros com o monitorado. Os assistentes sociais devem encaminhar relatórios ao juiz de aplicação de penas para análise.

Christophe Cardet³³⁰ ressalta que a originalidade do modelo francês reside no envolvimento conjunto dos funcionários da vigilância e dos funcionários socioeducativos da administração penitenciária; os primeiros realizam o acompanhamento técnico e os segundos o acompanhamento social. Dick Whitfield³³¹ também destacou a singularidade do modelo francês em relação a outros esquemas encontrados na Europa e na América do Norte, pela existência de uma categoria distinta e específica de juízes que acompanham a forma de cumprimento da sentença (juiz de execução penal).

Em caso de descumprimento das condições impostas, nova condenação ou notória má-conduta, o juiz pode *suspender*³³² o monitoramento eletrônico e encaminhar o condenado ao cárcere. De qualquer forma, o período cumprido sob monitoramento eletrônico é contado na execução do restante da pena privativa de liberdade a ser cumprida.

Em 2003 constatou-se que 223 pessoas estavam submetidas à vigilância eletrônica e que 1.136 pessoas já haviam sido monitoradas desde o início da experimentação na França, com 911 infratores chegando ao fim do programa de controle (80,2% com sucesso e 7,6% de suspensão). Assim, segundo algumas estimativas, deveria haver em 2008 aproximadamente 12.000 pessoas submetidas à vigilância eletrônica de forma simultânea na França.³³³

Em 2004 o Código Penal francês também foi alterado, compatibilizando-se com o Código de Processo Penal no que diz respeito ao monitoramento eletrônico. A Lei nº 2004-204, de 09 de março de 2004, que entrou em

³²⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 118.

³²⁹ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 75.

³³⁰ Ibid, p. 31.

³³¹ WHI TFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 57.

³³² OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 84. A palavra utilizada pela legislação francesa é *retrait*, que também significa retirada. Christophe Cardet observa que a palavra *retrait* foi preferida em relação à *révocation* pela similaridade com a semiliberdade e a localização exterior que mantêm o registro no estabelecimento penitenciário (CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 61).

³³³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 32 e 61; OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 52 e 85.

vigor em 01 de janeiro de 2005 e também alterou o Código de Processo Penal (art. 723-7), modificou alguns dispositivos do Código Penal (art. 132-26-1 e seguintes) para estabelecer a vigilância eletrônica como modalidade de execução de pena privativa de liberdade não superior a um ano (*front door*) ou para condenados que tenham de cumprir remanescente de prisão ou de penas de prisão cuja soma total não supere um ano (*back door*). Além disso, a vigilância está prevista também no caso de liberdade condicional em que o beneficiado deva submeter-se a um regime de prova monitorado por até um ano.³³⁴

A Lei nº 2005-1549, de 12 de dezembro de 2005, dispendo sobre a prevenção de recidivas, introduziu a nova modalidade de monitoramento eletrônico móvel (MEM) que usa tecnologia GPS (*Global Positioning System*). Trata-se, na verdade, de medida de segurança destinada a prevenir a reincidência de infratores de elevada periculosidade, especialmente os delinquentes sexuais. A medida, aplicada pelo órgão jurisdicional da execução penal, deve ser fundamentada na periculosidade e não na culpabilidade do agente. Jean-Paul Céré esclarece que:

O objetivo claramente anunciado com esta lei era prevenir a reincidência de delinquentes considerados perigosos, e neutralizá-los. Existia uma vontade política de aplicar imediatamente o dispositivo inegavelmente mais repressivo. Portanto, qualificando o MEM como medida de segurança, ficava possível aplicá-lo aos delinquentes já condenados a uma pena de prisão.³³⁵

O monitoramento eletrônico comum, também chamado de estático (ME), busca a reinserção social do condenado, enquanto o monitoramento eletrônico móvel (MEM) tem por finalidade prevenir a reincidência, podendo este ser imposto de três formas: como medida de acompanhamento sócio-judiciário, de vigilância judiciária ou de liberdade condicional. Assim, como medida de acompanhamento sociojudiciário, o MEM pode ser aplicado a infratores maiores de idade condenados a uma pena privativa de liberdade igual ou superior a sete anos; como vigilância judiciária, a infratores condenados a uma pena privativa de liberdade igual ou superior a dez anos; na liberdade condicional, a

³³⁴ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 76. Jean-Charles Froment considera que a Lei de 09 de março de 2004 estabeleceu a vigilância eletrônica como verdadeira pena. Cf. FROMENT, Jean-Charles. Le développement du placement sous surveillance électronique en France: mobilization du politique et neutralisation idéologique. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 47.

³³⁵ CÉRÉ, Jean-Paul. As novas tecnologias a serviço do direito penal: monitoramento eletrônico estático e móvel. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 92.

condenados submetidos a um acompanhamento sociojudiciário. Além disso, o MEM pode ser utilizado para possibilitar a liberdade condicional de condenados a uma pena de prisão igual ou superior a dez anos, com três anos ou mais para cumprir.³³⁶

O procedimento inclui a submissão do condenado a exames para avaliar sua periculosidade, bem como os riscos de reincidência, os quais devem ser realizados com, no mínimo, um ano de antecedência em relação à data prevista para sua liberação. Além disso, o equipamento deve ser testado por uma semana com o condenado ainda no cárcere.

Enquanto o monitoramento comum ou estático (ME) tem prazo máximo de um ano, o programa de monitoramento eletrônico móvel (MEM) tem duração inicial de dois anos, mas esse prazo pode ser renovado uma vez em se tratando de delito (infração penal menos grave) e duas vezes em caso de crime, podendo chegar a um máximo de seis anos.³³⁷

Após algumas experiências, a decisão de generalizar a utilização do monitoramento eletrônico móvel foi tomada no verão de 2007.

3.12 Espanha

Na Espanha, a Direção Geral de Instituições Penitenciárias resolveu implantar, em abril de 2000, um programa piloto de vigilância eletrônica para internos em regime aberto no Centro de Inserção Social (CIS) Victoria Kent, de Madri. O programa incluiu dez internos classificados em terceiro grau (regime aberto) e os resultados foram muito positivos, o que acarretou a ampliação da experiência para outras localidades no ano seguinte. De fato, em 2001 foram submetidos 150 internos em vinte cárceres espanhóis, utilizando equipamento de origem israelense.³³⁸ Basicamente, os participantes deveriam permanecer em suas residências das 22 horas até as oito horas da manhã seguinte, sob fiscalização eletrônica.

O programa, denominado *experiência piloto*, fundamentou-se no art. 86.4 do Regulamento Penitenciário de 1996 (Real Decreto 190/1996), que estabelece a

³³⁶ CÉRÉ, Jean-Paul. As novas tecnologias a serviço do direito penal: monitoramento eletrônico estático e móvel. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 94.

³³⁷ Ibid, 95-98.

³³⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 90-91.

possibilidade da Administração penitenciária aplicar aos presos outros mecanismos de controle suficientes, caso em que só devem permanecer no estabelecimento durante o tempo fixado em seu programa de tratamento para realização de diversas atividades, entrevistas e controles presenciais. De forma mais específica, o item 4 do dispositivo regulamentar mencionado estabelece que, em geral, os classificados em terceiro grau (regime aberto) devem permanecer no estabelecimento por um mínimo de oito horas e, além disso, pernoitar no local, salvo quando, de modo voluntário, o interno aceite o controle de sua presença fora do centro penitenciário mediante dispositivos telemáticos adequados proporcionados pela Administração penitenciária.

O procedimento de aplicação da vigilância eletrônica foi regulamentado em 10 de dezembro de 2001 através da Instrução 13/2001 da Direção Geral de Instituições Penitenciárias (DGIP). A Instrução recomenda a aplicação da vigilância eletrônica nos seguintes casos: a) condições especiais de trabalho, ou seja, quando a atividade desenvolvida for incompatível com a permanência em estabelecimento penal (consideram-se as alternativas existentes e a qualificação profissional do infrator); b) convalescença médica, ou seja, quando as exigências do tratamento recomendem a permanência em domicílio; c) mães com recém-nascidos, ou seja, quando o interesse da criança recomendar sua permanência no domicílio com a mãe. Interessante notar que a referida norma não aconselhava a vigilância eletrônica aos internos que estivessem realizando programas especializados, como no caso dos viciados em drogas, agressores sexuais ou agressores domésticos.³³⁹ No entanto, esta realidade foi parcialmente alterada a partir de 2004 quando passou a se admitir a vigilância eletrônica para agressores domésticos.

Além das situações mencionadas, a Instrução 13/2001 estabelece outros requisitos indispensáveis aos vigiados, como domicílio com estrutura para a instalação dos equipamentos (Administração pode providenciar essa estrutura), aceitação expressa do interno e de sua família (devem permitir acesso ao domicílio para inspeções e serviços) e responsabilização pelo cuidado e o correto uso do equipamento. De acordo com a regulamentação normativa, o tempo de permanência obrigatória e controlada no domicílio é de oito horas por dia, em regra, e podem ser aplicadas medidas complementares ou substitutivas da vigilância eletrônica, como as seguintes: visita de um profissional do estabelecimento ao local de trabalho; apresentações a uma unidade penitenciária, policial ou da Guarda Civil; comunicações telefônicas; comprovações relativas ao trabalho

³³⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 167.

exercido; controles sobre atividades terapêuticas; entrevistas com profissionais penitenciários; entrevistas com membros da família do interno.³⁴⁰

Importante destacar que a aplicação da vigilância eletrônica é autorizada pela própria administração penitenciária, seguida de comunicação ao juiz de vigilância.³⁴¹ Poza Cisneros³⁴² critica a não exigência de autorização judicial para a vigilância eletrônica que, embora aplicada durante a execução penal e conte com o consentimento do apenado, afeta outros direitos fundamentais indisponíveis além da liberdade, ainda que indiretamente.

No programa piloto, os participantes deveriam estar em regime aberto e optar voluntariamente pelo ingresso no programa, além de outros requisitos mínimos que podiam ser exigidos pelas Juntas de Tratamento de cada centro penitenciário. Com efeito, exigiu-se também que o sujeito não tivesse praticado crime causador de alarme social, que não fossem conhecidos publicamente, que tivessem demonstrado vontade de se reintegrar à sociedade e que tivessem bom comportamento na prisão e no regime aberto.³⁴³ A seleção, portanto, era rigorosa e os escolhidos, cuidadosamente estudados pelas Juntas de Tratamento, possuíam perfil claramente favorável.

Gudín Rodríguez-Magariños³⁴⁴ critica o programa espanhol de monitoramento eletrônico, afirmando que o início foi precipitado, ou seja, sem um projeto coerente incluindo objetivos, conhecimentos, recursos e custos. Além disso, reclama da ausência de um texto normativo para amparar e evitar eventuais lesões ao direito de intimidade, acrescentando que a única legitimação que tem o sistema é a aceitação por parte dos indivíduos submetidos a estas medidas. Segundo o autor, o dispositivo mencionado (art. 86.4 do RP), de categoria inferior à lei e produzido no âmbito do próprio Executivo, não poderia dar cobertura jurídica para a restrição de direitos fundamentais como a liberdade de locomoção, a intimidade pessoal e familiar ou a inviolabilidade do domicílio.

³⁴⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 170.

³⁴¹ Ibid, p. 171-172.

³⁴² POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 99-100. A autora afirma, ainda, que o texto normativo sugere a dispensa do consentimento em caso de vigilância eletrônica determinada pela autoridade judicial.

³⁴³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 140 e 143.

³⁴⁴ Ibid, p. 133-135.

Da mesma forma, Escobar Marulanda³⁴⁵ afirma que o controle eletrônico implica em restrição de direitos fundamentais como a dignidade e a intimidade da pessoa e, portanto, conforme o disposto no art. 81 da Constituição espanhola, sua incorporação não pode ser estabelecida mediante um Real Decreto (nº 190/1996 – Regulamento Penitenciário), mas sim através de uma norma com caráter de Lei Orgânica. Além disso, o mesmo autor afirma que a incorporação do controle eletrônico ocorreu em casos nos quais não se entende muito bem por que o apenado deve permanecer no cárcere, já que se aplica a pessoas autorizadas a sair durante o dia para trabalhar, durante os finais de semana ou nos dias festivos.³⁴⁶

Algumas críticas surgiram também dos participantes, como no caso de algumas mulheres que reclamaram do modelo da tornozeleira que as impediam de usar saias.³⁴⁷ Além disso, alguns reclamaram que os equipamentos deviam ser usados em tempo integral e não apenas durante o período em que estariam no centro penitenciário. Nesse sentido, Poza Cisneros afirma que manter a vigilância por período superior àquele que o apenado deveria permanecer no centro penitenciário significa agravamento no controle e não um verdadeiro benefício.³⁴⁸

De qualquer forma, o projeto piloto superou as expectativas e, assim, em 2002 a Direção Geral de Instituições Penitenciárias aprovou um investimento de trezentos milhões de pesetas (1.803.036,313 euros) para o programa, no qual os presos só deveriam se recolher ao cárcere um dia por semana e não dormir na prisão de segunda a quinta-feira. A expectativa era de reduzir custos (para menos de 800 pesetas ou 4,81 euros diários por interno) e facilitar a reinserção social dos presos que estavam em regime aberto.³⁴⁹

Em 2003, foi aprovada a Lei Orgânica 15/2003, seguida do Real Decreto 515/2005. O texto legal refere-se à introdução de novas tecnologias como instrumento de apoio a uma pena menor, enquanto o texto regulamentar estabelece que os meios de controle de penas telemáticas ou de outra natureza são um elemento necessário

³⁴⁵ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 218.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 218.

³⁴⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 144.

³⁴⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 90.

³⁴⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 139 e 143-144.

no plano de sua execução. Gudín Rodríguez-Magariños³⁵⁰ lamenta que as novas tecnologias tenham sido vinculadas a fatos menores (*faltas*)³⁵¹ e com duração muito pequena (doze dias), porém ressalta a novidade que representa a previsão de utilização das pulseiras eletrônicas como pena e não como substitutivo desta. Por outro lado, a Lei Orgânica 01/2004 (Medidas de Proteção Integral contra a Violência de Gênero) estabelece a possibilidade de se utilizar instrumentos com tecnologia adequada para verificar de imediato eventual descumprimento de uma pena ou de uma medida cautelar de afastamento da mulher agredida.

É possível dizer, a partir dessa lei de 2004, que o uso da vigilância eletrônica destaca-se na Espanha em relação à violência doméstica. Destarte, a norma autoriza o acompanhamento eletrônico do agressor condenado para verificar o cumprimento da ordem que impede a aproximação ou o contato com a vítima (*orden de alejamiento*), bem como a frequência a determinados lugares. Ressalte-se que a ordem de afastamento executada por meios eletrônicos caracteriza-se como “pena acessória privativa de direitos”, aplicável especialmente aos delitos de violência doméstica.³⁵²

Além do programa inicial em Madri, outras experiências foram realizadas quase que simultaneamente. Em Valencia, o Centro de Inserção Social desenvolveu um programa em 2001 com um grupo de seis internos em regime aberto, nos quais foram colocados braceletes eletrônicos para localização. No ano seguinte (2002), o projeto se ampliou e incluiu vinte internos.

Da mesma forma, a comunidade autônoma de Astúrias implantou um programa de monitoramento eletrônico na penitenciária de Villabona em janeiro de 2002. Os participantes eram presos em regime aberto e passaram a portar pulseiras eletrônicas para controle de entrada e saída de seus domicílios. O programa piloto foi realizado com doze internos que aceitaram expressamente a participação.

³⁵⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 158.

³⁵¹ No Código Penal espanhol de 1995, a *falta* é espécie de infração penal que é punida com pena leve. O CP espanhol adota uma classificação tripartida de infração penal, com delitos graves (pena grave), delitos menos graves (pena menos grave) e faltas (pena leve). Cf. CERESO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. 1. ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: Ara Editores, 2007 (Coleção Obras Completas), p. 383.

³⁵² OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 34. A ordem de afastamento pode também ser aplicada como medida cautelar, medida de segurança, condição da suspensão da pena e regra de conduta para manutenção da liberdade condicional.

Gudín Rodríguez-Magariños³⁵³ relata que o programa experimental de Astúrias gerou intensa crítica da imprensa local, que o tratou como um sistema semelhante àquele previsto na obra de George Orwell (1984). O autor, porém, estranha a violência da reação diante da situação de melhora e progresso aos internos, afirmando o seguinte:

Chama atenção, na opinião do escritor, que se reaja com esta virulência quando se trata de progredir e melhorar a vida dos detentos. Surpreendem mais estas acusações quando procedem dos mesmos grupos que normalmente se deleitam em realizar uma crítica intelectualmente fácil das prisões, enquanto são os presos que pagam a estagnação (e a contradição) desses setores supostamente mais humanitários.³⁵⁴

A Catalunha, por sua vez, é a única comunidade espanhola autônoma que possui competência efetiva no campo da execução penal (para adultos) e, portanto, logo tomou iniciativa de realizar suas próprias experiências. Assim, iniciou um projeto piloto independente em novembro de 2000, encerrando-se em julho de 2001.

O referido projeto piloto ficou restrito à cidade de Barcelona, utilizou equipamentos de primeira geração e foi aplicado aos condenados à prisão na última fase da condenação que demonstrassem comportamento exemplar antes de obter liberdade condicional. O período de monitoramento era limitado, com uma média de oito horas diárias de controle domiciliar, de segunda à quinta-feira, por um prazo de seis a doze meses. Além disso, exigia-se a participação nas atividades do programa de tratamento e o consentimento do condenado e das pessoas que com ele conviviam. O projeto foi aplicado a um número total de 26 pessoas (vinte e um homens e cinco mulheres),³⁵⁵ com um custo de quatro milhões de pesetas (24.000 euros).³⁵⁶

Em agosto de 2001, com base nos resultados positivos do projeto piloto, o programa foi estendido a todo o território da Catalunha. Com efeito, a medida foi aplicada a 211 usuários e obteve uma taxa de 92,22% de conclusão bem sucedida. A partir de fevereiro de 2004, alguns elementos de diversificação foram introduzidos no programa,

³⁵³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 150.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 150 (tradução nossa).

³⁵⁵ SERRATUSELL I SALVADÓ, Lúdia. L'application des mécanismes de contrôle électronique à l'exécution des mesures pénales en Catalogne. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 94; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 58.

³⁵⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 148.

como a aplicação da medida também aos menores de idade (controle de jovens infratores em meio aberto para garantir a permanência no domicílio em horários de risco).³⁵⁷ Além disso, utilizou-se também a vigilância eletrônica de vítimas (não de acusados) de violência doméstica para que estas pudessem avisar a polícia em caso de aproximação do agressor.³⁵⁸

De modo geral, portanto, a vigilância eletrônica na Espanha é utilizada como parte do controle efetivo ou modalidade de execução das tradicionais alternativas penais (pena de localização permanente – antigo arresto domiciliar), controle de cumprimento de penas acessórias (ordem de afastamento), reforço no controle de medidas impostas como condição para suspensão da execução ou, ainda, como forma de controle de cumprimento do regime aberto (*tercer grado*).³⁵⁹ É interessante observar que a participação nos programas de vigilância eletrônica não é vedada para condenados às penas de longa duração, bastando que estejam classificados em terceiro grau de tratamento, entre outros requisitos.³⁶⁰

3.13 Itália

Na Itália, um programa piloto de vigilância eletrônica que incluiria o norte, o centro e o sul do país foi discutido por aproximadamente dois anos. Enfim, a vigilância eletrônica foi proposta pelo Ministro do Interior Enzo Bianco e regulamentada através de Decreto-Lei aprovado em novembro de 2000, em vigor a partir de 05 de abril de 2001, como medida de controle para determinados casos de arresto (prisão) domiciliar.³⁶¹ A medida é considerada uma alternativa à prisão e exige o consentimento expreso do condenado, aplicando-se também às penas privativas de liberdade de curta duração.³⁶²

³⁵⁷ SERRATUSELL I SALVADÓ, Lidia. L'application des mécanismes de contrôle électronique à l'exécution des mesures pénales en Catalogne. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 94-95.

³⁵⁸ LASIERRA, Francesc Guillén. Contrôle électronique des déplacements: quelles garanties constitutionnelles? In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 188.

³⁵⁹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 77.

³⁶⁰ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1103.

³⁶¹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 82; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 128.

³⁶² LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 93.

Além disso, a prisão domiciliar com vigilância eletrônica também foi prevista como alternativa à prisão provisória.³⁶³

As experiências iniciais foram realizadas nas cidades de Roma, Milão, Turim, Nápoles e Catânia. A idéia foi utilizar a vigilância eletrônica como instrumento de reinserção social dos condenados e contou com amplo apoio da opinião pública italiana.³⁶⁴

O programa foi viabilizado através de um convênio estabelecido entre o Ministério do Interior, o Ministério da Justiça e a empresa privada *Telecom Italia*.

A supervisão do sistema ficou a cargo da polícia e o descumprimento das condições impostas acarreta o recolhimento à prisão para cumprimento da pena, agora acrescida de um aumento.³⁶⁵ A polícia responsável pela supervisão, porém, não é a Polícia Penitenciária, mas sim as polícias com competência geral (*Carabinieri, Polizia di Stato e Guardia di Finanza*). Segundo informações da Polícia Penitenciária italiana, a exclusão da administração penitenciária do programa prejudicou sensivelmente a experiência no país, que teve apenas um par de braceletes utilizados no período de novembro de 2006 até outubro de 2009. Não obstante a pequena utilização do monitoramento eletrônico no período referido, não foi suspensa a obrigação de pagamento da taxa anual de 11 milhões de euros devida à *Telecom Itália*.³⁶⁶

3.14 Portugal

Em Portugal, o monitoramento eletrônico é denominado de *monitorização telemática posicional* e foi introduzido no âmbito da *obrigação de permanência na habitação*, que se caracteriza como uma medida de coação alternativa à prisão preventiva.

Em 1997, um grupo de trabalho designado pelo Ministro da Justiça visitou o Reino Unido para conhecer as experiências realizadas em matéria de vigilância

³⁶³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 23.

³⁶⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 129.

³⁶⁵ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 82.

³⁶⁶ DE BLASIS, Giovanni Battista. E alla fine siamo arrivati anche a Striscia Notizia... *Polizia Penitenziaria: Società Giustizia & Sicurezza*, Roma, Itália, 27/10/2009. Disponível em:

<<http://www.poliziapenitenziaria.it/public/post/blog/e-alla-fine-siamo-arrivati-anche-a-striscia-la-notizia--107.asp>>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

eletrônica de delinquentes, ficando encarregado de apresentar propostas e projetos de lei sobre as soluções tecnológicas encontradas.

Logo em seguida, a revisão do Código de Processo Penal operada pela Lei nº 59/98, de 25 de agosto de 1998, estabeleceu a fiscalização do cumprimento da obrigação de permanência através de meios técnicos de controle a distância (art. 201º, nº 2), nos termos da lei. O Governo, então, apresentou proposta de lei – aprovada em 1999 – para regulamentar a utilização dos meios técnicos de controle e fiscalização do cumprimento da obrigação de permanência na habitação, estabelecendo um programa experimental de três anos, limitado a determinadas comarcas.³⁶⁷

A intenção do legislador português foi viabilizar e facilitar a aplicação da permanência na habitação como alternativa ao uso excessivo da prisão preventiva. A exposição de motivos da proposta de lei revela a opção de afastar o monitoramento eletrônico do campo penal (como pena substitutiva), bem como de evitar sua utilização como modalidade de execução da pena privativa de liberdade. Está consignado no material legislativo que o monitoramento eletrônico dificilmente teria aplicação no campo das reações penais em face das alternativas disponíveis na legislação portuguesa para a prisão de curta e média duração.³⁶⁸

De acordo com a legislação aprovada, a utilização da vigilância eletrônica durante o inquérito pode ser requerida pelo Ministério Público ou pelo investigado e deve ser decidida pelo juiz; após o inquérito, pode ser aplicada de ofício pelo juiz, ouvido o Ministério Público. O juiz, para impor a vigilância, deve verificar os seguintes requisitos: existência de meios necessários (no início, estava disponível apenas em algumas comarcas); consentimento do investigado ou réu, bem como das pessoas que com ele convivem ou que podem ser afetadas com sua permanência no local; informação do serviço de reinserção social sobre a pessoa, família, emprego e relações sociais; especificação do local e dos períodos de vigilância. O consentimento deve ser prestado pelo investigado pessoalmente perante o juiz, na presença do defensor.³⁶⁹

³⁶⁷ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 80, out./dez. 1999, p. 83-85. Faustino Gudín Rodríguez-Magariños menciona o Decreto Lei de 18 de outubro de 2001 que autorizou o uso das pulseiras eletrônicas para controle de alguns presos preventivos e arrestos (prisão) domiciliares (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 127).

³⁶⁸ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 268-269.

³⁶⁹ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 108-111.

Entre as obrigações daquele que se submete à vigilância eletrônica está a de receber visitas e responder aos contatos do técnico de reinserção social. Antônio Carlos Duarte-Fonseca³⁷⁰ entende que as visitas deveriam ser realizadas apenas nos períodos fixados para permanência obrigatória, porém, desde que isso não acontecesse no período noturno em face da inviolabilidade da intimidade e do repouso noturno.

De início, parte da doutrina portuguesa levantou diversos questionamentos sobre o uso da vigilância eletrônica, mormente em relação ao suposto efeito *net-widening* decorrente da aplicação da obrigação de permanência na habitação nos casos em que a prisão preventiva não seria imposta, bem como da aplicação da prisão preventiva por descumprimento das condições. Além disso, questionou-se a adequação de alguns requisitos legais, como aquele que exige casa própria em condições adequadas (ambiente familiar estável e existência de telefone), por sua aparente natureza discriminatória.³⁷¹

Em 2003, porém, iniciou-se um projeto piloto ampliando o uso da vigilância eletrônica também como substituição de penas curtas de prisão.³⁷²

A Região Autônoma dos Açores também realizou experiências com a vigilância eletrônica desde 2002, com duração média de quatro a oito meses. A vigilância foi utilizada principalmente nos crimes de tráfico de drogas, contra a vida, contra o patrimônio e a medida é acompanhada por aproximadamente dez equipes de assistência permanente, a um custo de 16 euros por dia. Em março de 2008, a maioria das pessoas mantidas sob monitoramento eletrônico nas ilhas estava cumprindo *medida de obrigação de permanência* em seu domicílio.³⁷³

3.15 Austrália

³⁷⁰ DUARTE-FONSECA, Antônio Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 112.

³⁷¹ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 272; DUARTE-FONSECA, Antônio Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 103-104.

³⁷² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 23.

³⁷³ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 97.

A Austrália realizou experiências pontuais em alguns locais e o uso mais destacado foi como medida complementar à liberdade condicional.

A utilização do monitoramento eletrônico iniciou-se em 1988 com um esquema de pequena escala nos territórios do norte, com objetivo de estabelecer um regime de prisão domiciliar para infratores em remotas reservas e comunidades aborígenes. Poza Cisneros informa que a vigilância eletrônica não se consolidou no norte porque, em muitos casos, a numerosa população aborígene existente no local não dispunha de linhas telefônicas.³⁷⁴

O programa foi seguido nas regiões sul (1989) e oeste (1991) da Austrália. A região de Nova Gales do Sul (New South Wales), no sudeste, iniciou seu próprio programa cinco anos mais tarde e emergiu como o maior usuário da nova tecnologia, usando-a de duas formas. A primeira é a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico (*front end*), que se caracteriza como uma verdadeira alternativa à prisão. O juiz deve estabelecer o prazo da pena de prisão antes de decidir sobre a possibilidade de prisão domiciliar monitorada; se for adequado, cumpre-se a prisão domiciliar, caso contrário, a prisão.³⁷⁵

O esquema descrito funciona em sete grandes áreas urbanas e a prisão domiciliar monitorada verifica-se também como alternativa à prisão quando uma ordem de “prisão periódica” (aos finais de semana) é descumprida. Segundo Dick Whitfield,³⁷⁶ a maioria dos que receberam este tipo de condenação (prisão domiciliar monitorada) pode ser classificada como “reincidentes de baixo risco” ou como graves fraudadores da previdência social que são vistos como merecedores de custódia por tempo significativo, podendo ser monitorados por até dezoito meses.

A segunda forma utilizada em Nova Gales do Sul é a liberdade temporária com monitoramento, normalmente para trabalho ou estudo, ou ainda em caso de liberação nos finais de semana no período final da sentença. Dick Whitfield³⁷⁷ ressalta, ainda, que foi sentida a necessidade de se colocar obstáculos específicos para impedir uma eventual expansão da rede de controle social (*net-widening*) com a utilização do monitoramento eletrônico na região.

³⁷⁴ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 77.

³⁷⁵ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 75.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 76.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 76.

Poza Cisneros³⁷⁸ adverte que o programa experimental de Nova Gales do Sul foi implementado sem amparo legal algum, assim como ocorreu nos programas realizados na região meridional (sul) da Austrália.

No estado de Queensland (nordeste), os esquemas de prisão domiciliar e outros programas de liberdade comunitária eram fiscalizados através de contatos pessoais ou telefônicos. A vigilância eletrônica foi autorizada pelo *Queensland Corrective Services Act 1988*, mas teve de ser abandonada em virtude de problemas técnicos.³⁷⁹ Entretanto, a partir do *Queensland Corrective Services Act 2000*, os infratores liberados da prisão em esquemas comunitários (*parole* ou prisão domiciliar) podem ser obrigados a usar aparelhos que monitoram sua localização.³⁸⁰

Dick Whitfield³⁸¹ relata que o monitoramento eletrônico não se desenvolveu em Vitória (sudeste) no mesmo ritmo de outros estados, afirmando também que, segundo alguns interlocutores, esse atraso decorreria do forte e bem organizado lobby das “liberdades civis” e da pouca utilização proporcional da prisão.

Na região ocidental, a vigilância eletrônica foi prevista como medida de reforço ao arresto (prisão) domiciliar e também como alternativa para condenados a pena de prisão não superior a doze meses ou àqueles que tenham igual período de prisão para cumprir (*Sentence Administrative Act* e *Sentencing Act*, ambas de 1995). Entretanto a medida não se aplica aos condenados por delitos violentos, mas normalmente é aplicada em caso de condução sob efeito de álcool e pequenos delitos patrimoniais.³⁸²

De modo geral, porém, a expansão do monitoramento eletrônico experimentou crescimento modesto. Até o ano de 2001, havia 165 infratores em prisão domiciliar eletronicamente monitorada no sul, 63 infratores condenados e 25 não julgados sob monitoramento no oeste. A região norte, nesta época, já havia deixado de aplicar o monitoramento eletrônico em seus esquemas de prisão domiciliar que, no entanto, continuaram a existir.

³⁷⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 76.

³⁷⁹ Ibid, p. 77.

³⁸⁰ SMITH, Russel G.; BLACK, Matt. Electronic Monitoring in the Criminal Justice System. *Australian Institute of Criminology - Trends & Issues in crime and criminal justice*. Op. cit. Disponível em: <<http://www.aic.gov.au/publications/tandi2/tandi254.htm>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.

³⁸¹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 76-77.

³⁸² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 119; POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 76.

Otero González³⁸³ noticia que os programas de vigilância eletrônica australianos apresentam resultados positivos, com diminuição substancial dos índices de reincidência, com a ressalva de que os grupos de delinquentes participantes são muito selecionados.

3.16 Nova Zelândia

A legislação na Nova Zelândia autorizou o uso do monitoramento eletrônico a partir de 1993 com o *Criminal Justice Act*, porém um programa piloto com prisão domiciliar já havia sido iniciado dois anos antes.

Segundo Dick Whitfield,³⁸⁴ os resultados do programa piloto não foram encorajadores. Com efeito, apenas 37 infratores foram monitorados após liberação antecipada da prisão (liberdade condicional), sendo que um deles retornou ao cárcere por descumprimento das condições estabelecidas no programa e sete praticaram novos delitos após dois anos de monitoramento eletrônico. Além disso, os custos eram proporcionalmente elevados em comparação com a prisão, já que os oficiais de *probation* supervisionavam (apenas) entre sete e doze infratores ao mesmo tempo.

Mesmo assim, um programa localizado na região de Auckland foi realizado em 1995. O monitoramento eletrônico seria aplicado como modalidade de execução da prisão (arresto) domiciliar, para condenados a uma pena de prisão superior a doze meses, por delitos “não especialmente violentos” e que já tivessem cumprido parte da condenação.³⁸⁵

Entretanto, a Nova Zelândia iniciou em outubro de 1999 um programa permanente de liberação antecipada (liberdade condicional ou *back door*) com monitoramento eletrônico para infratores condenados a pena não superior a dois anos. O juiz pode decidir que um infrator com pena superior a dois anos está apto para liberação monitorada, mas casos que envolvam grave violência são proibidos.

Assim como na Austrália, os programas de vigilância eletrônica neozelandeses aplicam-se a grupos muito bem selecionados, o que impede uma avaliação mais realista dos resultados positivos sobre os índices de reincidência.

³⁸³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 73.

³⁸⁴ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 77.

³⁸⁵ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 77.

3.17 Singapura

Singapura foi um dos pioneiros no uso do monitoramento eletrônico como parte de um programa de prisão domiciliar. Esse programa faz parte de outro maior destinado ao tratamento e reabilitação de viciados em tóxicos, que pode durar até três anos, com dois anos de supervisão comunitária, incluindo testes regulares de urina, grupos de aconselhamento e outros cuidados, além do monitoramento eletrônico por até seis meses.

Em maio de 2001 foi iniciada a segunda fase do monitoramento eletrônico como esquema de liberação antecipada da prisão. O preso deve preencher alguns requisitos, como não usar drogas e não ter praticado crime grave. Nos primeiros seis meses, o programa foi utilizado para infratores denominados de “colarinho branco”, considerados como menos perigosos.

Conforme o tempo de prisão estabelecido, o preso pode ser liberado até seis meses antes do encerramento da pena. Se a pena é de seis meses de prisão, a liberação ocorre com um mês de antecedência. Em 2001, por volta de 200 prisioneiros haviam sido incluídos em programas com monitoramento eletrônico e a tendência de expansão revela que essa tecnologia foi encarada como parte do sistema de justiça criminal.³⁸⁶

3.18 Argentina

A Argentina iniciou um programa de controle de prisão domiciliar através de monitoramento eletrônico na Província de Buenos Aires em 1997. No ano seguinte, entrou em vigor o novo Código de Processo Penal (Lei nº 11.922) argentino que estabeleceu expressamente o monitoramento eletrônico nas hipóteses de prisão preventiva e prisão domiciliar.

Com efeito, o artigo 159 do referido código (redação da Lei nº 13.449) estabelece que o juiz de garantias deve optar pelo controle eletrônico ou outra medida menos gravosa que a prisão preventiva sempre que isso possa razoavelmente evitar o perigo de fuga ou a obstrução probatória. O imputado deve respeitar os limites territoriais impostos, os quais devem ser claramente informados. A não observância das condições acarreta a cessação da alternativa concedida.

³⁸⁶ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 75.

Além disso, o art. 163 do estatuto processual penal argentino estabelece a possibilidade de o juiz de garantias, mesmo de ofício, impor prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico como forma de atenuar os efeitos da prisão decretada. Ainda que não dependa de requerimento, a medida deve ser fundamentada pelo juiz e consentida pelo imputado.

Inicialmente idealizado para delitos sem violência, o programa de vigilância eletrônica passou a abranger outras hipóteses, como prisão domiciliar de condenados idosos ou doentes graves. Além disso, o monitoramento eletrônico também é usado para substituir penas privativas de liberdade de curta duração e prisões preventivas com duração excessiva. Utiliza-se, além das tornozeleiras, um sistema de verificação de voz para constatar a presença da pessoa em local determinado e outro de alarme que soa com a presença do sujeito em local proibido.³⁸⁷

César Barros Leal³⁸⁸ noticia que no Serviço Penitenciário Provincial (SPP), a Divisão de Monitoramento Eletrônico tem mais de 20 oficiais controladores atuando em uma área com extensão territorial superior à de vários países latino-americanos.

3.19 Colômbia

A vigilância eletrônica foi introduzida na Colômbia em 2005 pelo Decreto nº 2.636 como medida substitutiva da pena de prisão. A medida é aplicada pelo juiz de execução de penas e medidas de segurança e depende da concordância do condenado.

Em 2008, o Decreto nº 177 estabeleceu os seguintes requisitos para a aplicação da vigilância eletrônica: pena de prisão não superior a oito anos e que não se trate de alguns delitos especificados (genocídio, contra o Direito Internacional Humanitário, desaparecimento forçado, sequestro extorsivo, tortura, deslocamento forçado, tráfico de migrantes, tráfico de pessoas, contra liberdade, integridade e opções sexuais, extorsão, associação qualificada para delinquir, lavagem de ativos, terrorismo, financiamento do terrorismo e administração de recursos de atividades terroristas e

³⁸⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 24.

³⁸⁸ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 100.

relacionados com o tráfico de estupefacientes); pessoa não condenada por delito doloso ou preterintencional nos últimos cinco anos; desempenho pessoal, laboral, familiar ou social permita ao juiz concluir, fundada e motivadamente, que a pessoa não colocará em risco a comunidade e não deixará de cumprir a pena; pagamento total da multa; reparação total do dano causado com o delito, no prazo fixado pelo juiz; caução como garantia do cumprimento das obrigações impostas.³⁸⁹

César Barros Leal³⁹⁰ informa que o governo colombiano dispõe de quatro mil braceletes eletrônicos e que sua intenção é descongestionar o sistema carcerário. Segundo o autor, o programa integra o Plano Estratégico 2009-2010, desenvolvido pelo Ministério do Interior e da Justiça e estabelece, em alguns casos, o pagamento de uma importância pelos monitorados.

3.20 Outros países estrangeiros

Além dos países analisados, diversos outros desenvolveram projetos de monitoramento eletrônico de condenados ou presos provisórios.

Israel realizou experiências iniciais com monitoramento eletrônico no período de dezembro de 1992 a outubro de 1993, aplicando-o como alternativa à prisão provisória. Além disso, o monitoramento eletrônico foi estendido simbolicamente a cinco condenados.³⁹¹

A África do Sul iniciou na metade do ano 2000 um ambicioso plano de monitoramento eletrônico para resolver o problema da superpopulação carcerária, gerando grande agitação inclusive entre os fabricantes de equipamentos. O projeto, porém, foi interrompido depois que notícias de corrupção envolvendo pessoas importantes vieram à tona. Posteriormente, a continuidade do problema carcerário e o aumento do número de presos provisórios (sem julgamento) levaram a novas tentativas de solução, entre as quais estava o monitoramento eletrônico de presos.³⁹²

O Panamá aprovou em 2005 um programa de monitoramento eletrônico que foi interrompido no ano seguinte por falta de recursos. O programa foi retomado em 2007 com cem pessoas condenadas por delitos menores, que comprovadamente não

³⁸⁹ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 105-106.

³⁹⁰ Ibid, p. 106.

³⁹¹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 83.

³⁹² WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 77-78.

representavam risco à sociedade. Os monitorados estavam principalmente em prisão domiciliar e a supervisão foi atribuída a funcionários especializados.

A Resolução nº 3, de 7 de janeiro de 2009, prorrogou por um ano o Plano Piloto de monitoramento eletrônico para garantir também o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão preventiva. Nesse caso, o acusado deve apresentar uma das seguintes características: acusado primário e que concorde com as obrigações do programa; enfermo que não possa ser cuidado no centro penitenciário; mulher grávida e mãe com criança dentro dos primeiros seis meses de idade, salvo em caso de risco para as crianças; preso em domicílio que não represente perigo potencial; acusado de delito afiançável, comunicando-se a vítima da decisão; acusado com licença laboral ou escolar.³⁹³

A República Dominicana iniciou um projeto piloto em Santo Domingo no ano de 2008, com duração de três meses. O monitoramento eletrônico foi aplicado como medida de coerção para dez pessoas, sendo sete acusados de delitos menores e três casos de violência intrafamiliar. A empresa fornecedora do localizador (*Domicorp Group*, representante da estadunidense *AES-IntelliNet*) foi encarregada da instalação do equipamento e também do serviço de monitoramento. O programa inicial teve um custo diário de quatro dólares.³⁹⁴

Da mesma forma, a doutrina especializada menciona experiências e estudos sobre monitoramento eletrônico de presos também em diversos outros países, além daqueles já analisados: Taiwan e Finlândia,³⁹⁵ Dinamarca e Noruega,³⁹⁶ Hungria e Andorra,³⁹⁷ Chile,³⁹⁸ China, Japão e Tailândia.³⁹⁹

3.21 Brasil

³⁹³ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 106.

³⁹⁴ Ibid, p. 107.

³⁹⁵ PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Op. cit., p. 282.

³⁹⁶ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 83; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 115.

³⁹⁷ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 27; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 24.

³⁹⁸ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 100.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 36.

No plano legislativo federal, o monitoramento eletrônico surgiu no Brasil com a Lei nº 12.258/2010, publicada no Diário Oficial da União em 16 de junho de 2010, seguida pela Lei nº 12.403/2011 que alterou o Código de Processo Penal no que diz respeito às medidas cautelares.

Entretanto, algumas unidades federativas realizaram experiências com a vigilância eletrônica muito antes da regulamentação legal. O Estado pioneiro foi Paraíba, que implantou um programa experimental no ano de 2007, sob o comando do juiz Bruno Azevedo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira-PB. Cinco condenados cumprindo pena privativa de liberdade em regime semiaberto participaram voluntariamente do projeto, usando tornozeleiras transmissoras para localização via satélite (GPS), sob a supervisão do Instituto de Metrologia da Paraíba.⁴⁰⁰

No Estado de São Paulo foi aprovada a Lei Estadual nº 12.906/2008 que estabeleceu a possibilidade da vigilância eletrônica em determinados casos, com a anuência do condenado e sob o controle da Secretaria Estadual da Administração Penitenciária de São Paulo (SAP). Entre as obrigações estabelecidas está a de receber visitas do funcionário responsável, além de responder aos contatos e seguir as orientações apresentadas.

De acordo com a lei paulista, a vigilância eletrônica seria possível em caso de condenação por delitos de tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes resultantes de ações praticadas por quadrilha, bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo ou por algum dos seguintes crimes (tentados ou consumados): homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; atentado violento ao pudor; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; e genocídio. A questão da hipótese de incidência, porém, parece ser de competência federal e, com o advento da Lei nº 12.258/2010, as normas estaduais devem ser compatibilizadas com esse diploma legal federal.

A Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) realizou testes de monitoramento eletrônico por mais de dois anos, envolvendo trinta presos voluntários com

⁴⁰⁰ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância*: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. Op. cit., p. 101; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico*: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Op. cit., p. 29.

bom comportamento em três regiões do Estado. A tecnologia testada foi a mesma utilizada por empresas de monitoramento eletrônico de presos nos Estados Unidos e na Argentina e, no ano de 2009, a Secretaria (SAP) realizou licitação que foi vencida pelo consórcio SDS, composto por três empresas. De acordo com o noticiado na imprensa, o contrato assinado com o consórcio vencedor da licitação seria de 50,14 milhões de reais, válido até 2013, representando um custo mensal de 348 reais por preso.⁴⁰¹

No final do ano de 2010, já com base na legislação federal, uma grande quantidade de condenados paulistas cumprindo pena em regime semiaberto deixou o cárcere em saída temporária portando o equipamento de monitoramento eletrônico. Segundo dados da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), 23.639 presos foram beneficiados e 1.686 não retornaram à unidade prisional (7,1% do total). Entretanto, entre os detentos que estavam monitorados, o índice de retorno foi sensivelmente menor, ou seja, dos 3.944 presos beneficiados com a saída temporária sob monitoramento eletrônico apenas 226 não retornaram (5,7% do total).⁴⁰²

O Estado do Rio Grande do Sul também aprovou uma lei estadual em 2008 estabelecendo o monitoramento eletrônico de condenados em regime semiaberto e aberto, em prisão domiciliar e dos proibidos de frequentar determinados lugares. Assim como a paulista, a lei gaúcha fixa hipóteses de incidência, ou seja, a vigilância eletrônica pode ser fixada judicialmente em determinados casos (tráfico de drogas, terrorismo, homicídio, extorsão, estupro e outros).

O Estado de Minas Gerais aprovou a Lei Estadual nº 19.478/2011 regulamentando o monitoramento eletrônico de presos em situação de saída temporária e prisão domiciliar. O Estado de Minas também realizou testes antes mesmo da regulamentação legal da matéria, o que aconteceu em abril de 2008 quando dez detentos do regime semiaberto foram submetidos a monitoramento eletrônico por três meses.⁴⁰³

O Estado do Rio de Janeiro também aprovou lei própria, ou seja, a Lei Estadual nº 5.530/2009, que regulamenta o monitoramento eletrônico de presos no regime

⁴⁰¹ SANTELLANO, Jony. A lei paulista e o monitoramento eletrônico de presos. *JB Wiki - Jornal do Brasil*, São José dos Campos-SP, 14 set. 2010. Disponível em: <http://www.brasilwiki.com.br/noticia.php?id_noticia=32506>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

⁴⁰² GOMES, Luiz Flávio. Tornozeleiras reduzem índice de fuga. *Site LFG*, 12 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/tornozeleiras-reduzem-indice-de-fuga/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

⁴⁰³ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância*: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. Op. cit., p. 104; ARAÚJO, Glauco. Presos poderão ser monitorados por pulseiras, tornozeleiras e telefone. *G1 – O Portal de Notícias da Globo*, São Paulo, 19 jun. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/06/presos-poderao-ser-monitorados-por-pulseiras-tornozeleiras-e-telefone.html>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

aberto e no semiaberto. A lei carioca estabelece a possibilidade de monitoramento eletrônico através de bracelete ou tornozeleira, além de “chip subcutâneo” (art. 2º) que já foi testado em alguns países (Estados Unidos) e vedado em outros (França).

O Estado de Alagoas iniciou um programa de monitoramento de presos em regime semiaberto no ano de 2008, com tecnologia GPS, antes mesmo da regulamentação federal. O primeiro teste foi realizado com três reclusos e um agente penitenciário e o equipamento foi fornecido pela empresa *Monitore Vigilância Eletrônica*.⁴⁰⁴

César Barros Leal⁴⁰⁵ informa que o Estado de Goiás realizou experiências com dez reclusos que cumpriam pena em regime semiaberto e aberto, egressos do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, os quais aceitaram usar braceletes (pulso e tornozelo) e unidades portáteis GPS. Segundo o autor, dados da Secretaria de Segurança Pública revelam que a economia é de 50% em relação ao custo de uma pessoa na prisão. O monitoramento eletrônico, portanto, será realizado em tempo real, 24 horas por dia, por servidores públicos treinados que utilizarão computadores instalados na Secretaria de Segurança e na Vara de Execuções Penais. Além disso, um grupo de servidores deverá fazer o acompanhamento externo do cumprimento das obrigações impostas.

Da mesma forma, o Estado de Pernambuco também realizou uma experiência piloto com cinco detidos da Penitenciária Agroindustrial São João, na Ilha de Itamaracá.⁴⁰⁶ Além disso, outros testes foram realizados em Pernambuco entre os anos de 2008 e 2010.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 104.

⁴⁰⁵ Ibid, p. 103.

⁴⁰⁶ Ibid, p. 105.

⁴⁰⁷ ARAÚJO, Glauco. Presos poderão ser monitorados por pulseiras, tornozeleiras e telefone. *GI – O Portal de Notícias da Globo*. Op. cit. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/06/presos-poderao-ser-monitorados-por-pulseiras-tornozeleiras-e-telefone.html>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

4 NATUREZA JURÍDICA

Segundo Poza Cisneros,⁴⁰⁸ o monitoramento (ou vigilância) eletrônico deve ser entendido, em sentido amplo, como o método utilizado para controlar a presença, o afastamento ou a aproximação a um lugar determinado, de uma pessoa ou coisa, com a possibilidade de obter determinada informação suplementar.

Em um sentido mais específico, o monitoramento eletrônico é o método utilizado para controlar a *localização* de uma pessoa envolvida em uma investigação criminal (investigado) ou em um processo penal (acusado ou condenado), ou ainda, de um adolescente infrator submetido a procedimento judicial. Essa definição, porém, não é suficiente para esclarecer todas as possibilidades e diferenças encontradas no uso do monitoramento eletrônico, que pode ser contínuo ou descontínuo, permitir a exata localização ou apenas o afastamento ou a aproximação a lugares ou pessoas, oferecer informações sobre o comportamento da pessoa (ex. consumo de álcool), além de ser utilizado nas diferentes fases do processo.⁴⁰⁹

De fato, o estudo da legislação estrangeira revela que o monitoramento eletrônico foi e é utilizado de diversas formas, conforme as peculiaridades locais. Nesse sentido, Gudín Rodríguez-Magariños⁴¹⁰ adverte que os diversos mecanismos de vigilância são distintos e heterogêneos, não existindo uma natureza objetiva homogênea na multiplicidade de mecanismos que dá vida ao monitoramento eletrônico, a não ser a finalidade de controle que se verifica em todos eles. Ressalte-se que o monitoramento eletrônico caracteriza-se mais como uma tecnologia a ser entendida e eventualmente utilizada, que como um instituto jurídico pronto e acabado que pode ser copiado da legislação estrangeira, embora seja possível aproveitar algumas experiências.

Com efeito, o monitoramento eletrônico foi previsto na Inglaterra (*Criminal Justice Act* de 1991) como pena principal para delitos de menor gravidade, porém sua aplicação foi condicionada ao consentimento do condenado, o que se revela

⁴⁰⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 60-61.

⁴⁰⁹ Ibid, p. 61. Escobar Marulanda define os monitores eletrônicos utilizados no monitoramento eletrônico e não a ação de monitorar. Segundo o autor, é possível chamar de monitor eletrônico qualquer sistema eletrônico que realize um controle sobre algo e, em seguida, as respectivas advertências (ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 201).

⁴¹⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 119.

incompatível com a natureza de autêntica sanção penal. A Suécia, por sua vez, estabeleceu a vigilância eletrônica (1994) como alternativa à pena privativa de liberdade, possibilitando o cumprimento da pena em regime aberto através da vigilância.

Diante desses exemplos, o autor espanhol afirma que o monitoramento eletrônico na atualidade não pode ser considerado como uma pena *sui generis*, mas sim uma medida penitenciária que está intrinsecamente vinculada à pena privativa de liberdade. De acordo com o autor, trata-se de uma medida substitutiva da pena privativa de liberdade, que nenhum ordenamento jurídico no mundo tratou como pena autônoma, desvinculada da privativa de liberdade.⁴¹¹

Jean-Paul Céré⁴¹² lembra que, nos países em que é utilizado, o monitoramento eletrônico apresenta inteiramente as características de uma pena ou de um modo de execução de pena. Na França, por exemplo, a Lei de 1997 que instituiu a vigilância eletrônica não o fez como pena principal, mas sim como modalidade de execução da pena privativa de liberdade.⁴¹³ Philippe Mary⁴¹⁴ chega a apontar problemas metodológicos em estudos centrados na vigilância eletrônica, e não na pena propriamente dita, tendo em vista que a vigilância eletrônica se caracteriza apenas como modalidade de execução da pena ou dispositivo técnico de controle. No mesmo sentido, Otero González⁴¹⁵ ressalta que o monitoramento eletrônico não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento que pode ajudar a executar de forma mais confortável, mais barata e mais eficaz o cumprimento de determinadas penas. Além disso, o monitoramento eletrônico foi pensado, em geral, no direito continental europeu, para reforçar o arresto domiciliar e, portanto, como modo de execução da pena, porém está sendo utilizado pouco a pouco como alternativa à pena de prisão de curta duração. Entre nós, Edmundo Oliveira também afirma que a vigilância eletrônica tornou-se “uma modalidade de execução da pena privativa de liberdade, e não uma pena à parte”.⁴¹⁶

⁴¹¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 119-120.

⁴¹² CÉRÉ, Jean-Paul. As novas tecnologias a serviço do direito penal: monitoramento eletrônico estático e móvel. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 92.

⁴¹³ CARDÉ, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 50.

⁴¹⁴ MARY, Philippe. Localização sob vigilância eletrônica e rede penal. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 139 e 142.

⁴¹⁵ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 11-12 e 77.

⁴¹⁶ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 36.

Poza Cisneros⁴¹⁷ adverte que, do ponto de vista dogmático, o estudo da vigilância eletrônica é colocado normalmente no âmbito do discurso das alternativas à pena privativa de liberdade. Assim, a vigilância eletrônica tem se revestido de legitimação, prestígio e atração com base no discurso das alternativas à prisão, porém seu uso se insere com frequência no desejo de obter maior controle sobre condutas punidas até então com as tradicionais alternativas penais.

Pierpaolo Cruz Bottini⁴¹⁸ afirma, por sua vez, que o monitoramento eletrônico “reduz a autonomia do indivíduo, afetando seu direito fundamental à intimidade e à privacidade (art. 5º, X da CF)” e, portanto, sua “aplicação deve ser direcionada apenas a situações necessárias, como último patamar da intervenção estatal para obtenção do controle social”. Acrescenta o autor que o monitoramento eletrônico pode ser pena ou medida assecuratória, mas sempre terá natureza penal de *restrição de direitos*, o que justifica sua aplicação apenas em caso de ilícito penal, ou seja, no curso de investigação, processo ou execução penal.

Além disso, aponta que a natureza penal do monitoramento exige observância dos princípios constitucionais que limitam a intervenção penal do Estado. Segundo o autor, portanto, o monitoramento eletrônico não pode ser caracterizado como um instituto exclusivo do direito penitenciário, mas sim de direito penal tanto quanto as penas restritivas de direitos, motivo pelo qual a matéria é de competência privativa da União (art. 22, I c/c art. 24, I da CF), sendo inconstitucionais as leis estaduais sobre o assunto.⁴¹⁹

Diante das opiniões expostas e das diferentes formas de utilização no direito estrangeiro, resta indagar se a natureza jurídica do monitoramento eletrônico é revelada por sua configuração legal ou independe desta. Em outras palavras, se o monitoramento eletrônico será sempre uma medida penal a ser imposta de forma independente, como espécie de punição autônoma, ou se esta característica dependerá de sua previsão legal. Ao que parece, a resposta se aproxima da segunda hipótese, mormente pela diversidade de usos possíveis, bem como pelas diferentes características tecnológicas disponíveis e que podem ou não ser adotadas (algumas mais invasivas que outras).

⁴¹⁷ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 63.

⁴¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 170.

⁴¹⁹ *Ibid*, p. 172-173.

O monitoramento eletrônico estabelecido na maioria dos países que adotaram esta tecnologia destina-se à localização do infrator, ou seja, é usado para controle da restrição imposta à liberdade de locomoção, caracterizando um modo ou modalidade de execução da pena privativa de liberdade, e não uma pena autônoma. O objetivo principal do monitoramento eletrônico não é recair sobre a intimidade e a privacidade, ou seja, não é utilizado para restringir esses bens jurídicos da pessoa (objetivo não é a “perda da intimidade” por determinado período), mas sim para fiscalizar e controlar o cumprimento da restrição imposta à liberdade de locomoção. Trata-se, nesse caso, de método tecnológico ou instrumento material utilizado para restringir a liberdade de locomoção que, indireta e secundariamente, afeta e restringe outros direitos fundamentais da pessoa submetida à vigilância (intimidade e privacidade).

A utilização do monitoramento eletrônico como método para executar a pena privativa de liberdade, em substituição ao estabelecimento penitenciário, não gera maior violação à intimidade e à privacidade que o cumprimento da prisão no cárcere, mormente no caso de aplicação do sistema passivo. O monitoramento, portanto, não será uma punição autônoma a ser somada à privação da liberdade, assim como o cumprimento da prisão na penitenciária não o é. Também não parece caracterizar punição autônoma o monitoramento eletrônico utilizado como método de fiscalização de incidentes liberatórios durante a execução da pena privativa de liberdade, pois a restrição da intimidade será menor que aquela suportada no cárcere, como é o caso da monitoração eletrônica prevista na Lei de Execução Penal que serve exclusivamente para fiscalização das condições impostas na saída temporária e na prisão domiciliar (art. 146-B, com redação pela Lei nº 12.258/2010).⁴²⁰

Em algumas penas restritivas de direitos, da mesma forma, o monitoramento pode apenas substituir os métodos de execução e controle anteriormente existentes, como a Casa de Albergado na limitação de fim de semana (art. 48 do CP e art.

⁴²⁰ Nesse sentido, ao decidir pela aplicabilidade da Lei nº 12.258/2010 aos crimes cometidos antes de sua vigência, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que o diploma legal referido não estabelece uma punição autônoma, ou seja, que a lei não trata de crimes, penas, medidas de segurança ou efeitos da condenação, mas sim de uma forma de fiscalização das condições impostas ao beneficiário da saída temporária. Cf. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0071338-54.2011.8.26.0000, da 14ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Hermann Herschander. São Paulo, 14 abr. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5081390>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0066029-52.2011.8.26.0000, da 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Salles Abreu. São Paulo, 12 abr. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5063018&v1Captcha=VQEdM>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

93 da Lei nº 7.210/1984 - LEP) e o eventual controle policial na proibição de frequentar determinados lugares, os quais também violam, em certa medida, a intimidade e a privacidade do condenado.

Pierpaolo Cruz Bottini⁴²¹ afirma que o monitoramento eletrônico não é um simples instrumento de fiscalização administrativa, pois atinge direitos fundamentais (intimidade) além daqueles cerceados pela restrição da liberdade. Segundo o autor, uma coisa é impor ao condenado a frequência a determinados lugares ou a prisão domiciliar, sem monitoramento, pois apenas a liberdade será restringida; outra coisa é a mesma determinação acrescida do monitoramento, pois além da liberdade, também a intimidade será atingida. De fato, o monitoramento eletrônico usado para fiscalizar uma pena alternativa que não depende de um sistema de controle pode caracterizar uma punição complementar, mormente pela intimidade atingida. Isso não ocorre, porém, se o monitoramento eletrônico é empregado em substituição de outro método de cumprimento ou de fiscalização da pena, cuja aplicação também gera restrição de direitos fundamentais, inclusive da intimidade, como o estabelecimento penitenciário na limitação de fim de semana (Casa de Albergado). Além disso, algumas sanções dependem essencialmente de fiscalização, sob pena de total ineficácia e descrédito da alternativa penal, como é o caso da proibição de frequentar determinados lugares.

Destarte, enquanto método tecnológico de localização para controle da restrição da liberdade, o monitoramento eletrônico pode ser estabelecido na legislação nacional como instrumento ou modalidade de execução de prisão cautelar, de algumas penas restritivas de direitos ou, ainda, da pena privativa de liberdade, em seus estágios, incidentes e regimes de cumprimento. Não será, nesse caso, uma sanção propriamente dita ou uma pena autônoma, mas sim um método tecnológico ou instrumento material equivalente a outros necessários para a realização da punição estatal que, portanto, passa a integrar a pena como um todo.

Assim, se o monitoramento eletrônico estiver apenas substituindo o estabelecimento penitenciário como forma de restrição da liberdade, a legislação estadual poderá estabelecer normas regulamentares (art. 24, I da CF),⁴²² como aquelas relativas à

⁴²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 173.

⁴²² Algumas leis estaduais, porém, avançaram este limite e estabeleceram regras processuais e materiais restritas à competência privativa da União (art. 22, I da CF), como hipóteses de incidência e de revogação. É o caso da Lei nº 12.906/08 do Estado de São Paulo que prevê o monitoramento eletrônico como instrumento

aquisição e manutenção dos equipamentos, tipo de tecnologia utilizada, formas de controle e servidores envolvidos, entre outras. Por outro lado, o legislador estadual não poderá estabelecer requisitos de concessão ou de revogação, nem a extensão da vigilância, pois tais normas interfeririam diretamente na própria sanção penal em execução e estariam abrangidas pela competência privativa da União.

Registre-se que, quando o monitoramento eletrônico é utilizado como verdadeira alternativa à prisão em países como Suécia, Holanda e Canadá, a substituição é feita por um *programa de monitoramento eletrônico* que envolve restrição de bens jurídicos e diversas obrigações de natureza socioeducativa (recolhimento domiciliar, abstinência de álcool e drogas, frequência a cursos sobre cidadania, visitas de assistentes sociais, etc), e não simplesmente por uma medida ou pena de fiscalização permanente da localização ou das atividades da pessoa. O termo monitoramento eletrônico, nesse caso, é usado mais para designar um conjunto de obrigações fiscalizadas pelo método tecnológico, que propriamente uma medida autônoma de vigilância sobre a intimidade do infrator.

Além disso, é muito comum em outros países a utilização do monitoramento eletrônico como método de fiscalização da prisão domiciliar, que possui natureza de *pena restritiva de liberdade* e não propriamente de restrição de direitos. Nesse sentido, Aníbal Bruno define as penas restritivas da liberdade como aquelas que, sem impor o recolhimento à prisão, “restringem a liberdade do réu, impondo-lhe o domicílio forçado, ou a saída do território do país, ou a proibição de frequentar determinados lugares, ou a submissão à vigilância da autoridade pública”.⁴²³

De qualquer forma, nada impede que o monitoramento eletrônico seja estabelecido como sanção penal autônoma, caracterizando-se como pena restritiva de direitos (intimidade e privacidade). Conforme se discutirá em tópico específico, porém, uma pena autônoma de monitoramento eletrônico teria pouca utilidade em termos preventivos, recomendando-se sua vinculação a outras penas restritivas de liberdade ou de direitos.

Do ponto de vista jurídico-dogmático, portanto, o monitoramento eletrônico pode ser estabelecido pelo legislador de diversas formas, vale dizer, como medida cautelar autônoma, como consequência jurídica da infração penal (pena autônoma, cominada de forma isolada, cumulada, alternativa ou substitutiva), como método ou

de fiscalização de condições judiciais impostas e estabelece requisitos para aplicação e revogação da medida (artigos 3º e 4º).

⁴²³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 3º. Op. cit., p. 73. No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*: Volume III. Op. cit., p. 159.

instrumento tecnológico para controle do cumprimento de medidas cautelares ou sanções penais (modalidade de execução ou instrumento de fiscalização), como medida de segurança, ou ainda, como instrumento de combate à criminalidade.

Assim, os vários tipos de monitoramento eletrônico que podem ser escolhidos pelo legislador revelam as diferentes tendências de política criminal e acarretam também consequências jurídicas distintas.

4.1 Monitoramento eletrônico e medida cautelar: monitoramento processual

A legislação processual penal brasileira estabelece diversas *medidas cautelares pessoais*, entre elas as prisões processuais (flagrante, temporária e preventiva), as cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), a liberdade provisória (com ou sem fiança) e as medidas protetivas de urgência em caso de violência doméstica (Lei nº 11.340/06 – Lei “Maria da Penha”).

De modo geral, a tutela cautelar penal visa a assegurar a realização da relação processual, bem como a eficácia da tutela jurisdicional penal no caso do seu provimento. O pressuposto da tutela cautelar penal é a presença indispensável de dois requisitos (artigos 282, I e 312 do CPP e art. 1º da Lei nº 7.960/1989): *fumus commissi delicti*,⁴²⁴ ou seja, prova da existência do fato criminoso e indício suficiente de autoria; e *periculum libertatis*,⁴²⁵ caracterizado quando a liberdade do agente representa perigo ao processo (necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução processual e, em casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, bem como para a garantia da ordem pública ou econômica).

A relevância do conflito entre *ius libertatis* e *ius puniendi* no processo penal, bem como o envolvimento, em regra, de direitos indisponíveis, gera outras consequências e limitações. Assim, o princípio constitucional da presunção da inocência impede a tutela antecipada⁴²⁶ no processo penal, ou seja, veda a aplicação da prisão a título de punição provisória e antecipada. A medida cautelar, por outro lado, é admitida e deve

⁴²⁴ A Lei nº 12.403/2011, que criou novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão provisória, entre elas a *monitoração eletrônica*, deixou de vincular expressamente tais medidas cautelares a um requisito de *fumus commissi delicti* (prova de existência do fato e indícios de autoria).

⁴²⁵ Quando a cautelar não implica restrição à liberdade da pessoa, como é o caso do sequestro de bens ou produção antecipada de provas, exige-se o *periculum in mora* (perigo de dano irreparável pela demora processual), além do *fumus commissi delicti*.

⁴²⁶ A tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar. Enquanto a primeira significa antecipação da própria tutela jurisdicional de mérito, a segunda pode ser medida diferente da tutela principal, mas sempre destinada a garantir a eficácia desta.

ser devidamente motivada e aplicada com observância estrita ao princípio da proporcionalidade. Além disso, os princípios da legalidade e do devido processo legal impedem a aplicação de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais sem expressa previsão legal.⁴²⁷

Observados os limites constitucionais, portanto, o monitoramento eletrônico pode ser estabelecido como medida cautelar autônoma ou como método de controle ou execução das medidas cautelares pessoais. Na verdade, o monitoramento eletrônico poderia ser utilizado sempre como método ou instrumento de controle da medida cautelar, como no caso da prisão preventiva cumprida em residência sob a vigilância de equipamentos eletrônicos.

Nesse sentido, Jordi Nieva Fenoll⁴²⁸ adverte que a vigilância eletrônica deveria ser apenas uma garantia de efetividade das medidas cautelares já existentes, não se justificando uma medida cautelar autônoma de localização eletrônica de pessoas. O autor esclarece que, obviamente, seria possível existir uma seção na lei dedicada à medida cautelar de localização telemática, mas que seria desnecessário sobrecarregar a lei com novas medidas cautelares cuja concepção provenha simplesmente do uso de um instrumento tecnológico. As novas tecnologias não representam um fim em si mesmo, mas apenas ajudam a realizar com mais comodidade os atos da vida cotidiana.

Entretanto, o monitoramento eletrônico vem se consolidando na doutrina e na legislação nacionais como se fosse propriamente uma alternativa cautelar em si mesma, ou seja, como medida cautelar autônoma. Nesse sentido, a Lei nº 12.403/2011 estabeleceu a *monitoração eletrônica* como medida cautelar autônoma (art. 319, IX do CPP), aplicável na presença dos requisitos gerais da tutela cautelar (art. 282 do CPP), de forma isolada ou cumulativa (art. 282, §1º do CPP), com exceção das infrações não punidas com pena privativa de liberdade isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, §1º do CPP).

De qualquer modo, mesmo que previsto como medida cautelar autônoma, o monitoramento eletrônico pode (e deve)⁴²⁹ ser imposto juntamente com uma

⁴²⁷ DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Op. cit., p. 91-96.

⁴²⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 77, jan./mar. 2005, p. 212-213.

⁴²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 175.

restrição da liberdade de locomoção, como por exemplo, a prisão domiciliar, a proibição de saída da comarca ou país e a proibição de aproximação a um determinado local. A alteração procedida pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal possibilita a aplicação cumulativa da monitoração eletrônica com outra medida cautelar (art. 282, §1º do CPP), o que resolve o problema da inutilidade da vigilância eletrônica sem outra restrição.

Assim, a medida cautelar autônoma de monitoração eletrônica foi estabelecida pelo diploma legal mencionado como uma medida cautelar assecuratória do processo penal que pode, inclusive, substituir a prisão preventiva (art. 282, §6º do CPP). No caso dessa substituição, portanto, o monitoramento eletrônico deve ser imposto quando a prisão cautelar tradicional revelar-se desproporcional, embora a tutela cautelar seja necessária para evitar prejuízo para o andamento do processo. Com efeito, o monitoramento eletrônico com recolhimento domiciliar (ou com outra cautelar diversa da prisão, como a proibição de ausentar-se da comarca) pode substituir a prisão preventiva, evitando-se os efeitos criminógenos da prisão para acusados sem condenação definitiva.⁴³⁰ Ressalte-se que o descumprimento das obrigações impostas a título de medida cautelar pode acarretar a decretação da prisão preventiva (art. 282, §4º c/c art. 312, parágrafo único do CPP).

Nesse sentido, diversos autores nacionais e estrangeiros sustentam a conveniência da aplicação da prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico em substituição à prisão preventiva, ressaltando inclusive a superação da ineficácia que inviabilizava tal alternativa.⁴³¹ Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Celina Maria Macedo apresentam interessante conclusão sobre o tema:

⁴³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 176. Repita-se que a própria prisão preventiva poderia ser regulamentada de modo que fosse cumprida também através do recolhimento domiciliar monitorado, dispensando-se a substituição por uma medida cautelar autônoma com o mesmo efeito.

⁴³¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 120; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 93; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 177-178; VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 163.

Em síntese, não parece haver incompatibilidade entre o monitoramento e as cautelares. Como sabido, um dos graves problemas do modelo brasileiro de cautelares pessoais é sua vocação para a polarização: ou há a prisão ou há a liberdade. Isto se choca com a própria idéia da proporcionalidade da medida e, por isso, muitas legislações comparadas escalonam as cautelares pessoais, de modo a tornar a prisão preventiva a tão almejada *ultima ratio*. No sentido de propiciar o escalonamento o monitoramento eletrônico pode ser útil.⁴³²

Jordi Nieva Fenoll⁴³³ ressalta a importância do monitoramento eletrônico para garantir a eficácia de medidas cautelares como a proibição de residência e aproximação a lugares ou pessoas. Considerando a impossibilidade de oferecer proteção policial a todas as vítimas de violência de gênero, o monitoramento eletrônico poderia evitar toda aproximação, inclusive a acidental, do investigado ou do acusado com a vítima, garantindo o eficaz cumprimento da medida cautelar.

Nos Estados Unidos (Califórnia e Chicago), vários programas incluem o monitoramento eletrônico como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva ou como instrumento auxiliar da execução de outra medida cautelar relativamente a jovens e adultos. Também na Austrália foram realizadas experiências de monitoramento eletrônico como substituto da prisão preventiva (no sul e no oeste).⁴³⁴

Por outro lado, alguns autores advertem que a substituição da prisão provisória pela prisão domiciliar monitorada deve ser realizada com grande cautela, evitando-se o risco de estender sua aplicação àqueles que, antes da previsão do monitoramento, não eram submetidos à prisão cautelar.⁴³⁵

Poza Cisneros⁴³⁶ e Escobar Marulanda,⁴³⁷ com base na legislação espanhola, analisam a possibilidade do cumprimento da prisão preventiva de forma diversa do ingresso no cárcere, ou seja, com a restrição da liberdade controlada por monitoramento

⁴³² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 33.

⁴³³ NIEVA FENOLL, Jordi. Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 217.

⁴³⁴ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 100.

⁴³⁵ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 107; ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 216.

⁴³⁶ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 103-104.

⁴³⁷ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 214-215.

eletrônico. Não obstante a ausência de previsão legal no sentido de que a prisão deve ser cumprida apenas no cárcere, os autores inferem que o termo “prisão” não é utilizado em outro contexto que não o penitenciário e, portanto, o monitoramento eletrônico não pode ser empregado para cumprimento da prisão preventiva fora do cárcere sem previsão legal expressa. Ressalte-se que a situação é mais clara no Brasil, já que a Lei de Execução Penal estabelece expressamente a Cadeia Pública como local de recolhimento dos presos provisórios (art. 102 da Lei nº 7.210/1984). Assim, a prisão preventiva só poderia ser cumprida em residência sob monitoramento em caso de expressa autorização legislativa.⁴³⁸

Questão interessante é aquela relativa ao uso do monitoramento eletrônico nas medidas cautelares assecuratórias ou garantistas, ou seja, aquelas não restritivas de direitos, como a liberdade provisória. Parece certo que a lei pode estabelecer a utilização do monitoramento para fiscalizar as condições impostas na concessão da liberdade provisória (ex. comparecimento aos atos do processo, não sair da comarca ou do território nacional, não aproximação da vítima, etc). Nesse sentido, a alteração procedida pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal possibilitou a imposição de medidas cautelares cumulativamente com a liberdade provisória (art. 321 do CPP).

Jordi Nieva Fenoll⁴³⁹ sugere o monitoramento eletrônico da liberdade provisória quando exista séria suspeita de fuga do investigado ou acusado, mormente na possibilidade de saída do país. Segundo o autor, essa alternativa apresenta diversas vantagens, pois o imputado está controlado em todo momento, porém goza de plena liberdade de movimentos. Além disso, evita o antigo sistema de prevenção de fugas consistente no comparecimento periódico do investigado ou acusado à secretaria judicial, que se caracteriza pela burocracia inútil, que gera perda de tempo para o agente e também para o funcionário que o identifica, e muitas vezes também ineficaz pela possibilidade de fraude na identificação da pessoa. Seria possível, ainda, reduzir ou até mesmo eliminar os valores das fianças que são calculadas com base no risco de fuga, já que o monitoramento eletrônico garantiria a permanência da pessoa em determinado local.

Na Espanha, a jurisprudência admite que a liberdade provisória seja vinculada à proibição de sair do país ou à retenção do passaporte. Alguns autores, porém, sustentam a necessidade de previsão legal para o uso do monitoramento eletrônico na

⁴³⁸ O Código de Processo Penal, após alteração realizada pela Lei nº 12.403/2011, autoriza a substituição da prisão preventiva pela monitoração eletrônica cumulada com recolhimento domiciliar, mas não o cumprimento da prisão preventiva por meio de instrumentos tecnológicos de vigilância ou monitoramento.

⁴³⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 214-215.

liberdade provisória, pois a medida suscita conflitos de constitucionalidade relativos à intimidade, o que não ocorre com a retenção de passaporte.⁴⁴⁰

Em geral, a doutrina brasileira rejeita a existência do poder geral de cautela no processo penal, tendo em vista a exigência do princípio da legalidade quando envolvida uma restrição da liberdade. A jurisprudência majoritária admitia o poder geral de cautela em alguns casos, por exemplo, a liberdade provisória com proibição de viajar para fora do país ou com a retenção do passaporte.⁴⁴¹ Entretanto a questão do uso do monitoramento eletrônico na liberdade provisória ficou superada pela Lei nº 12.403/2011, que estabeleceu a possibilidade de vincular a liberdade provisória a outras medidas cautelares, entre elas a monitoração eletrônica, “se for o caso” (art. 321 do CPP). Registre-se que a liberdade de locomoção restringida, com base no poder geral de cautela, pela proibição de sair do país ou pela retenção de passaporte não é menos lesiva à dignidade humana que a intimidade parcialmente atingida pelo monitoramento eletrônico com base na lei.

O monitoramento eletrônico pode ser estabelecido, ainda, como método de execução das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor em caso de violência doméstica (Lei nº 11.340/06 – Lei “Maria da Penha”). Assim, medidas como o afastamento do local de convivência e a proibição de se aproximar de determinadas pessoas ou frequentar lugares (art. 22) poderiam ser cumpridas através da vigilância eletrônica. Com o advento da Lei nº 12.403/2011, porém, tais medidas cautelares podem ser impostas de forma cumulativa com a cautelar de monitoração eletrônica prevista no Código de Processo Penal.

Jordi Nieva Fenoll, após defender o monitoramento eletrônico das cautelares protetivas aplicadas em casos de violência de gênero, apresenta a seguinte conclusão sobre o controle eletrônico das cautelares:

⁴⁴⁰ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 104-105; ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 215-216.

⁴⁴¹ DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Op. cit., p. 184. No caso da retenção do passaporte, o autor menciona o disposto na Lei nº 5.553/1968, cujos dispositivos vedam a retenção do passaporte, salvo em caso de ordem judicial (art. 2º, parágrafo único). O entendimento jurisprudencial contrário, porém, ficou prejudicado em face da Lei nº 12.403/2011 que autorizou a retenção do passaporte em caso de proibição de ausentar-se do país (art. 320 do CPP). A medida confere eficácia à proibição de ausentar-se do país e pode ser útil, mormente nos casos de investigados estrangeiros. Sobre a questão no caso do estrangeiro preso: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206 e ss.

Em conclusão, a utilização das pulseiras telemáticas na atualidade, e de outros meios no futuro que cumpram idêntica função, pode alterar de forma relevante a maneira de entender, porém, sobretudo de aplicar, as medidas cautelares no processo penal. E ademais, de uma forma absolutamente equitativa para vítima e imputado, já que à vítima se confere mais tranquilidade de que o imputado está em todo momento localizado. E ao imputado se outorga mais liberdade.⁴⁴²

O monitoramento eletrônico como medida cautelar de proteção à vítima é utilizado nos Estados Unidos (Flórida), na Inglaterra e na Espanha. Neste último país, a vigilância foi utilizada pela primeira vez como medida de proteção contra a violência doméstica na Catalunha e, em 2005, foi anunciado pelo Ministério do Interior um amplo programa de monitoramento por GPS para localização exata, 24 horas por dia, dos condenados por delitos sexuais que deixam a prisão.⁴⁴³

No projeto de novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009),⁴⁴⁴ o monitoramento eletrônico está previsto como espécie de medida cautelar pessoal (art. 533, IV) que pode ser imposta para a localização imediata do investigado ou acusado em caso de crimes punidos com pena privativa de liberdade com limite máximo igual ou superior a quatro anos (art. 591). Além disso, o monitoramento eletrônico fica condicionado à prévia anuência do investigado ou acusado.

O mencionado Projeto de Lei apresenta o monitoramento eletrônico como medida cautelar autônoma, cujo objetivo é a *localização permanente* (“que permita sua imediata localização”) do investigado ou acusado. Não há previsão expressa sobre a vinculação do monitoramento a uma restrição de liberdade ou de outros direitos, mas há previsão sobre a aplicação cumulativa de medidas cautelares (art. 587). Assim, o monitoramento eletrônico pode ser imposto juntamente com recolhimento domiciliar, proibição de frequentar determinados lugares, afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, proibição de ausentar-se da comarca ou do País, proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada e outras (art. 533). Nesse sentido, o próprio Projeto de Lei que não vincula expressamente o monitoramento a uma restrição de liberdade, considera descumprida a medida se o acusado ou investigado desrespeita os

⁴⁴² NIEVA FENOLL, Jordi. Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 219 (tradução nossa).

⁴⁴³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 124-126.

⁴⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 156, de 2009*. Dispõe sobre reforma do Código de Processo Penal, Brasília-DF, 07 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2012.

limites territoriais impostos pelo juiz (art. 594, II), numa clara sinalização de que deve haver restrição da liberdade para ser monitorada, ou seja, de que a aplicação deve ser conjunta ou cumulativa.

Interessante observar também que o Projeto de Lei restringe as medidas cautelares àquelas expressamente previstas na lei (art. 526), o que implicaria em vedação da aplicação de cautelar não prevista em lei com base no poder geral de cautela.

4.2 Monitoramento eletrônico e consequência jurídica da infração penal: monitoramento-sanção

Em sua dimensão dogmática ou normativa, a pena é a consequência jurídica da infração penal e consiste na privação de determinados bens jurídicos, imposta pelo Estado àquele que pratica uma conduta definida na lei como crime ou contravenção.

É importante ressaltar que a sanção penal deve observar princípios constitucionais específicos. No caso de uma pena de monitoramento eletrônico, portanto, a primeira observação importante é aquela referente aos limites constitucionais que devem ser respeitados nas fases de cominação, aplicação e execução de eventual sanção desta natureza.

Quanto à natureza jurídica, o monitoramento eletrônico pode ser estabelecido para as fases de aplicação e de execução da pena, respectivamente, como pena autônoma (com restrição de liberdade ou não) e como método de controle ou modalidade de cumprimento da pena imposta (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) ou, no caso específico da pena privativa de liberdade, de seus regimes e fases durante a execução.

O monitoramento eletrônico como pena autônoma deve conter uma restrição à liberdade de locomoção ou a outro bem jurídico, sob pena de se tornar inútil e até incompatível com a finalidade de prevenção especial da pena. Com efeito, impor a alguém apenas a restrição à intimidade e à privacidade através de monitoramento ou vigilância eletrônica parece produzir poucos efeitos preventivos futuros,⁴⁴⁵ além de caracterizar, para certos tipos penais, resposta estatal inadequada em face da

⁴⁴⁵ Substituindo a pena privativa de liberdade, o monitoramento eletrônico simples (sem outra restrição) pode evitar o efeito dessocializador da pena, mas pouco contribuiria para a reinserção social ou mesmo para impedir novos delitos durante a execução da pena, bem como significaria pouco em relação à exigência de prevenção geral.

proporcionalidade e da individualização da pena. Pierpaolo Cruz Bottini⁴⁴⁶ indica a existência do monitoramento-vigilância na literatura especializada, ou seja, a aplicação da medida com objetivo único de manter a vigilância sobre a pessoa, sem restrição à liberdade de locomoção, porém entende ser descabida a aplicação dessa forma de monitoramento eletrônico. Assim, uma pena autônoma de monitoramento eletrônico deve estar vinculada a uma restrição da liberdade de locomoção, como o recolhimento domiciliar, a limitação de fim de semana ou a proibição de frequentar determinados lugares ligados à vítima.

Conforme já mencionado, porém, o consentimento prévio do condenado, exigido em quase todos os países que adotaram a medida, pode descaracterizar o monitoramento eletrônico como pena autônoma. O mais comum, portanto, é que a pena autônoma de monitoramento eletrônico seja constituída por um programa de reinserção social, ou seja, um conjunto de restrições e obrigações ao qual pode aderir o condenado como alternativa à prisão. Nesse caso, a adesão ao programa é voluntária, mas as condições estabelecidas e a sujeição ao monitoramento eletrônico são de observância obrigatória, a ponto de o descumprimento acarretar a conversão da medida e o recolhimento ao cárcere.

Outra possibilidade de técnica legislativa seria a criação de uma sanção autônoma de monitoramento eletrônico como pena restritiva de direitos e de natureza substitutiva da pena privativa de liberdade, cuja aplicação pudesse ser cumulada com outra pena alternativa, nos termos do art. 44, §2º do Código Penal.⁴⁴⁷ Assim, o monitoramento eletrônico poderia ser utilizado para fiscalizar a restrição imposta, aumentando a efetividade e a credibilidade da pena alternativa e, conseqüentemente, sua legitimidade social. Isso porque a eficácia do monitoramento eletrônico está justamente no controle e fiscalização do cumprimento de outras restrições (sanções). Entretanto, a aplicação cumulativa seria viável apenas em relação a penas restritivas de direitos compatíveis com o monitoramento eletrônico, conforme será analisado mais adiante.

Além disso, a pena autônoma pode receber o *nomen iuris* da restrição à liberdade que acompanha o monitoramento eletrônico, como no caso da prisão domiciliar monitorada. Neste caso, então, não haverá propriamente uma pena autônoma de

⁴⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 173.

⁴⁴⁷ Solução semelhante foi empregada pela Lei nº 12.403/2011 que alterou o Código de Processo Penal. Com efeito, o art. 282, §1º do CPP prevê a possibilidade de aplicação cumulativa da cautelar de monitoração eletrônica com outra medida cautelar, possibilitando assim que a medida cautelar principal seja fiscalizada por meio tecnológico e, além disso, evitando a inutilidade da vigilância eletrônica isolada.

monitoramento eletrônico, mas sim uma espécie de pena restritiva de liberdade controlada através de instrumentos tecnológicos. A prisão domiciliar, inclusive, pode ser controlada pelo sistema passivo (reconhecimento de voz e outros), o que reduz sensivelmente a intromissão na intimidade e privacidade, além de evitar a suposta estigmatização do condenado. Nesse sentido, o Reino Unido estabeleceu (*Criminal Justice Act* de 1991) o monitoramento eletrônico como instrumento auxiliar da execução da pena principal de *obrigação de permanência* em local e períodos fixos (*curfew order*).⁴⁴⁸

A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico pode ser prevista de forma isolada, cumulada, alternativa ou substitutiva. De modo geral, a doutrina nacional e estrangeira sugere a aplicação da prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico como forma de substituir a pena privativa de liberdade em determinados casos, ressaltando a eficácia do controle, a redução de custo e a ausência de contágio criminal, além de caracterizar forma mais humana de restrição da liberdade.⁴⁴⁹ Claus Roxin chega a sugerir a prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico como uma nova forma de punição:

Como pena nova, mais suave em face da privação de liberdade, pode-se pensar na prisão domiciliar (*Hausarrest*), cuja vigilância, face aos modernos sistemas de segurança eletrônicos, não representará mais problema algum. Esta sanção tem a vantagem de nada custar, de não trazer consigo perigos de infecção criminal e de dar à ainda assim sensível privação de liberdade uma forma mais humana.⁴⁵⁰

Com efeito, a pena privativa de liberdade aplicada para ser cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto poderia ser substituída por uma pena de prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico, cuja intensidade de controle pode variar de acordo com o regime inicial da pena substituída. Seria uma sanção penal com natureza de restrição de liberdade, prevista e aplicada como verdadeira alternativa à pena privativa de liberdade.

A própria pena privativa de liberdade também poderia ser executada através de equipamentos de monitoramento eletrônico que substituam determinados

⁴⁴⁸ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 100.

⁴⁴⁹ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 162; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 129; POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 108-109.

⁴⁵⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 21.

estabelecimentos penais. Com efeito, Ramón Pares i Gallés⁴⁵¹ afirma que os sistemas de vigilância eletrônica podem constituir uma modalidade de cumprimento alternativo das penas privativas de liberdade de curta duração. Assim, as Colônias Penais e as Casas de Albergado poderiam ser substituídas pelo monitoramento eletrônico em residência ou em locais determinados para cumprimento da prisão em regime semiaberto e aberto, respectivamente.⁴⁵²

Não seria o caso de mais uma condição a ser imposta ao condenado no cumprimento da pena privativa de liberdade, e nem de substituição da prisão por uma pena alternativa, mas sim de verdadeira substituição dos estabelecimentos penais pelo sistema de monitoramento eletrônico. Nesse sentido, Túlio Vianna⁴⁵³ sustenta que o uso da tecnologia de monitoramento eletrônico como alternativa ao cárcere pode representar o fim dos gastos com estabelecimentos penais dos regimes aberto e semiaberto, permitindo uma economia de recursos que compensaria os investimentos necessários para a implantação e a manutenção do sistema de monitoramento.

No regime semiaberto, o monitoramento eletrônico pode ser estabelecido como forma alternativa de cumprimento em relação às Colônias Penais, antecipando o desencarceramento quando recomendável, com todas as vantagens daí decorrentes (convívio familiar e social, menor custo, trabalho em alguns casos), sem prejuízo à segurança pública.

Além disso, as autorizações de saída podem ser controladas através de monitoramento eletrônico. Nesse sentido, o art. 146-B, II da Lei de Execução Penal (redação pela Lei nº 12.258/2010) já estabelece a possibilidade de monitoramento eletrônico na *saída temporária* do regime semiaberto, o que é compatível com a natureza do regime e com a vigilância *indireta* mencionada no texto legal (art. 122, *caput* da LEP – “sem vigilância direta”). Por outro lado, a exigência legal de escolta para a *permissão de saída* dos regimes fechado e semiaberto, bem como dos presos provisórios (art. 120 da LEP), poderia ser substituída pelo monitoramento eletrônico em determinadas situações, mediante prévia avaliação de risco. Da mesma forma, o monitoramento eletrônico poderia

⁴⁵¹ PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 260.

⁴⁵² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 30.

⁴⁵³ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 165.

ser inserido na legislação como forma de *cautela contra a fuga e em favor da disciplina* para autorização do trabalho externo no regime fechado (art. 36 da LEP).

No caso do regime aberto, tratando-se de instrumento para a execução da pena de prisão em meio aberto (alternativa à Casa de Albergado), e não de pena ou punição autônoma, o monitoramento eletrônico com recolhimento domiciliar deveria ser utilizado apenas durante o período em que o condenado estivesse obrigado a permanecer no estabelecimento penitenciário, ou seja, durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, §1º do CP e art. 115, I da LEP). Não haveria necessidade de localização permanente ou controle total das atividades desenvolvidas pelo condenado, o que possibilitaria, inclusive, a utilização de sistemas menos intrusivos e mais baratos, como o ativo ou o passivo, sem tecnologia GPS.

É o que ocorre na Espanha, onde o centro penitenciário estabelece um cronograma individualizado, considerando o trabalho do condenado, com horários de entrada e saída do domicílio que serão controlados através de monitoramento eletrônico, sem outras informações sobre a vida privada do condenado (não é um sistema GPS). Assim, se o condenado deveria permanecer de segunda à quinta, das 22 horas às sete horas do dia seguinte no centro penitenciário, o controle eletrônico possibilita que o mesmo período seja cumprido na própria residência do condenado, sem prejudicar o trabalho e principalmente a convivência familiar. Em comentário sobre o regime espanhol de cumprimento de pena dos classificados em terceiro grau, Pilar Otero González⁴⁵⁴ afirma que esse modo de execução da prisão parece perfeitamente compatível com o princípio da autorresponsabilidade que inspira todo o regime aberto.

Partindo do pressuposto de que a atual legislação brasileira, embora não cumprida na maior parte do país, já estabelece expressamente o cumprimento do regime aberto em estabelecimento penitenciário (Casa de Albergado), a substituição deste pelo controle eletrônico não representaria qualquer agravamento da situação do condenado, além de contribuir para um efetivo “desencarceramento” naqueles casos em que o estabelecimento penitenciário é de fato utilizado.

Além disso, países como França, Holanda, Suécia, Estados Unidos, Austrália e Singapura utilizam o monitoramento eletrônico como modalidade de execução da pena privativa de liberdade, na totalidade e independentemente da duração desta, até certo limite (França e Suécia), ou apenas numa fase, em regra na final, para concretizar o

⁴⁵⁴ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 16.

princípio da individualização da pena (França, Holanda e Austrália). Nos Estados Unidos, o monitoramento eletrônico é usado tanto como modalidade de cumprimento integral das penas curtas de prisão, de competência da própria administração (Califórnia), quanto como fase de execução da pena de prisão aplicada a jovens e adultos (Califórnia e Wisconsin).⁴⁵⁵

No Brasil, a prisão domiciliar (art. 117 da LEP), que integra o regime aberto, já conta com previsão legal expressa para ser fiscalizada através de monitoramento eletrônico, nos termos do art. 146-B, IV da Lei de Execução Penal (introduzido pela Lei nº 12.258/2010). Entretanto, as hipóteses de prisão domiciliar estão restritas às pessoas com idade avançada, doença grave e mulher grávida ou com filho menor ou com deficiência física ou mental. A utilização do monitoramento eletrônico nestas circunstâncias não se justifica, parecendo inútil e desproporcional. Por outro lado, a “prisão albergue domiciliar” concedida em caso de ausência de Casa de Albergado àquele que cumpre pena no regime aberto pode ser objeto de vigilância eletrônica, com fundamento no dispositivo legal mencionado (art. 146-B, IV da LEP).

O monitoramento eletrônico também pode ser estabelecido como método de fiscalização de condições impostas no livramento condicional (art. 132, §2º da LEP) e na suspensão condicional da pena – *sursis* (art. 78, § 2º e art. 79 do CP c/c art. 158, § 1º da LEP). Nesse caso, a vigilância pode significar um agravamento da situação do condenado em relação à legislação atual que não estabelece forma específica de fiscalização das condições, ou seja, o monitoramento não substituiria um mecanismo de fiscalização já existente, embora uma mínima fiscalização de algumas das condições seja indispensável (ex. proibição de frequentar determinados lugares). Além disso, o monitoramento eletrônico também pode ser estabelecido como mera condição para obtenção desses benefícios processuais, sem vínculo algum com uma restrição determinada, o que, porém, caracterizaria medida punitiva autônoma sem sentido e com pouca ou nenhuma eficácia preventiva.

Por outro lado, o agravamento da situação do condenado gerado pela imposição do monitoramento eletrônico pode ser compensado pelo aumento das possibilidades de concessão do benefício. Destarte, a condição de se submeter ao monitoramento pode ser estabelecida naquelas hipóteses em que o benefício não era autorizado (ou de difícil autorização), como nos casos de reincidentes em crimes dolosos (art. 77, I do CP) e de crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça contra a

⁴⁵⁵ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 101.

pessoa (art. 83, parágrafo único do CP). Dessa forma, o monitoramento estaria possibilitando uma ampliação da esfera de abrangência dos benefícios processuais que evitam o encarceramento, ao mesmo tempo em que garante a segurança ao promover maior fiscalização do cumprimento das condições legais e judiciais exigidas para sua concessão.⁴⁵⁶

A suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95) também poderia ser condicionada ao monitoramento eletrônico do acusado, mormente se ampliadas as hipóteses de concessão desse benefício processual. Nesse sentido, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Celina Maria Macedo⁴⁵⁷ relatam que a imposição do monitoramento eletrônico na suspensão condicional do processo pode permitir a prorrogação do benefício, e não sua revogação, quando o acusado for processado por outro crime durante o período de prova, evitando assim o encarceramento.

De modo geral, a doutrina especializada admite e alguns até recomendam o uso do monitoramento eletrônico no caso de suspensão da pena (*sursis* ou *probation*) e de liberdade (ou livramento) condicional.⁴⁵⁸ Nos Estados Unidos, o monitoramento eletrônico tem sido aplicado frequentemente na primeira condenação de réus primários, como reforço da *probation*, por se entender que a medida é mais suave que a prisão e mais severa que o regime de prova simples (*probation*). Gudín Rodríguez-Magariños⁴⁵⁹ afirma que o monitoramento eletrônico pode ser utilizado como medida de reforço para a *probation* do mundo anglo-saxão ou para o *sursis* da Europa continental, evitando o envio à prisão de delinquentes primários que tenham cometido delitos menos graves. Segundo o autor, o principal problema nesse caso seria de ordem psicológica, já que as medidas de *back door* (ex. liberdade condicional) são contempladas como um alívio diante de uma situação mais gravosa, enquanto aqui ocorre o contrário, o condenado não conhece o cárcere, mas sim as restrições inerentes ao monitoramento eletrônico.

⁴⁵⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 31.

⁴⁵⁷ *Ibid*, p. 31.

⁴⁵⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 111-112; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 95; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 183; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 174.

⁴⁵⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 126.

O autor espanhol também reconhece vantagens e desvantagens no uso do monitoramento eletrônico como condição para a liberdade condicional. A princípio, portanto, o monitoramento eletrônico pode servir como um sistema que permita uma maior flexibilização dos requisitos da liberdade condicional, já que a ausência total de garantias gera receio nas autoridades responsáveis por sua outorga. Por outro lado, se a liberdade condicional é uma amostra da confiança do Estado no indivíduo, submetê-lo ao controle eletrônico desvirtuará a verdadeira natureza do instituto que, portanto, parece mais adequado para o regime aberto no qual a desconfiança é muito maior.⁴⁶⁰

No Canadá e na Austrália, o monitoramento eletrônico também é utilizado cumulativamente com a *probation*, mormente em caso de reincidentes em crimes de pequena gravidade.⁴⁶¹

Da mesma forma que na pena privativa de liberdade, o monitoramento eletrônico poderia ser empregado como método de controle ou de execução de outras sanções penais, como as restritivas de direitos. Para tanto, o monitoramento eletrônico poderia ser estabelecido como método de cumprimento da restrição imposta quando possível (ex. substituição da Casa de Albergado pelo monitoramento eletrônico na limitação de fim de semana) ou como verdadeira espécie de pena restritiva de direitos a ser aplicada cumulativamente (art. art. 44, §2º do CP). Aqui, porém, somente as penas que dependem de fiscalização comportariam a aplicação do monitoramento eletrônico, como é o caso da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV do CP), a interdição temporária de direitos em alguns casos (art. 43, V e art. 47, III e IV do CP) e a limitação de final de semana (art. 43, VI do CP). Destarte, o monitoramento eletrônico revela-se incompatível com as penas de prestação pecuniária ou prestação alternativa inominada (art. 43, I e art. 45, § 2º do CP) e a perda de bens e valores (art. 43, II do CP), tendo em vista que essas sanções não demandam fiscalização do cumprimento ou controle dos movimentos do condenado.⁴⁶² Não é diferente a situação da pena de multa, pois o monitoramento eletrônico, por óbvio, não teria função na execução desta sanção de natureza pecuniária.

⁴⁶⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 128-129.

⁴⁶¹ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 101.

⁴⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 174.

O art. 47, III do Código Penal que estabelece a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículos, aplicável aos crimes culposos de trânsito (art. 57 do CP), foi derogado pela Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) que estabeleceu pena semelhante (suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação) como pena principal para os crimes de trânsito (art. 292), cominando-a aos dois delitos culposos de trânsito de forma cumulada com a prisão (art. 302 e 303), o que impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade pela substitutiva prevista no Código Penal.⁴⁶³

De qualquer forma, no caso da pena autônoma de suspensão da habilitação para dirigir veículo, além da apreensão dos documentos prevista no art. 154, § 2º da Lei de Execução Penal, a fiscalização da restrição poderia ser realizada através de monitoramento eletrônico. Com efeito, em caso de uma pena alternativa de monitoramento eletrônico, a pena privativa de liberdade cominada nos delitos de trânsito mencionados (penas máximas de quatro e dois anos, respectivamente) poderia ser substituída por *duas* restritivas quando aplicada acima de um ano (art. 44, §2º do CP), sendo uma delas o monitoramento eletrônico.

A vigilância eletrônica é utilizada na fiscalização desse tipo de sanção nos Estados Unidos (especialmente no Estado do Tennessee), na Inglaterra e também na Suécia. Nesse sentido, Gudín Rodríguez-Magariños⁴⁶⁴ sustenta que a implantação do monitoramento eletrônico na fiscalização da referida pena pode evitar muitos acidentes graves de trânsito causados por alcoólatras irrecuperáveis, conseguindo, assim, que a pena seja mais efetiva e mais seriamente cumprida.

A proibição de frequentar determinados lugares, espécie de pena de interdição temporária de direitos (art. 47, IV do CP),⁴⁶⁵ também comporta fiscalização através de monitoramento eletrônico. Esta pena, atualmente pouco aplicada em face da ausência de fiscalização, poderia ser de grande utilidade preventiva na punição da violência doméstica, impedindo o contato ou a aproximação entre agressor e vítima, bem

⁴⁶³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 314. O art. 47, III do Código Penal continua em vigor quanto à pena de suspensão de *autorização* para dirigir veículo, que é aquela concedida aos condutores de veículos de propulsão humana ou de tração animal.

⁴⁶⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 131.

⁴⁶⁵ Discute-se a natureza jurídica desta pena alternativa (proibição de frequentar determinados lugares), pois não seria de fato uma interdição de direitos, mas sim uma espécie de pena restritiva de liberdade. Além disso, questiona-se a constitucionalidade da pena referida, em face de sua indeterminação e das exigências do princípio da legalidade (taxatividade). Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. Op. cit., p. 315.

como nas agressões praticadas em eventos esportivos, impedindo o retorno de agressores por determinado período. Nesse sentido, vale transcrever a sugestão de Túlio Vianna:

Não bastasse essa variedade de opções de prisões domiciliares criadas pela tecnologia do rastreamento eletrônico, o legislador poderia ainda tornar efetiva a pena de proibição de frequentar determinados lugares (art. 47 CP), atualmente de raríssima aplicação prática por sua evidente dificuldade de controle. A possibilidade de uso do rastreamento eletrônico nestes casos permitiria sem maiores complicações a proibição do condenado de frequentar estádios de futebol, bares, boates e uma infinidade de locais onde, pelo crime que praticou, houvesse a possibilidade real de reincidir. Também com base neste artigo poderiam ser criadas zonas de exclusão dentro de uma determinada região para buscar evitar casos de violência doméstica, afastando o potencial agressor da vítima.⁴⁶⁶

Quanto aos eventos esportivos, o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) criminalizou diversas condutas específicas, entre elas, a de “promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores” (art. 41-B), cominando uma nova modalidade de sanção penal alternativa:⁴⁶⁷ a pena *impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo*, pelo prazo de três meses a três anos, de acordo com a gravidade da conduta (§ 2º do art. 41-B). De acordo com o dispositivo legal, a pena privativa de liberdade (reclusão de um a dois anos) deve ser substituída pela pena alternativa sempre que o agente for primário, tenha bons antecedentes e não tenha sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas no mesmo tipo penal. Além disso, o § 4º do mesmo dispositivo prevê uma obrigação “suplementar”, ou seja, a sentença deve impor a permanência do agente em estabelecimento indicado pelo juiz no período compreendido entre as duas horas antecedentes e as duas horas posteriores à realização de partidas de entidade de prática desportiva ou de competição determinada.

⁴⁶⁶ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 162.

⁴⁶⁷ O rol constitucional de penas (art. 5º, XLVI) tem caráter programático, ou seja, faz uma enumeração meramente exemplificativa e não taxativa das espécies possíveis de pena. Com efeito, o dispositivo constitucional referido não exclui aquelas penas cominadas na legislação especial que tem como escopo uma situação fática particular como, por exemplo, a mencionada pena *impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo*, prevista no art. 41-B, § 2º da Lei nº 10.671/2003. Outros exemplos podem ser citados: o art. 78, II da Lei nº 8.078/1990 (*a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação*) e o art. 8º, III e V da Lei nº 9.605/98 (*suspensão parcial ou total de atividades e recolhimento domiciliar*).

A pena impeditiva mencionada equivale à proibição de frequentar determinados lugares, mas é específica para condutas em eventos esportivos. De qualquer forma, o monitoramento eletrônico também pode ser usado no cumprimento dessa nova modalidade de sanção penal, dispensando o estabelecimento penitenciário. Com efeito, a obrigação de permanecer em estabelecimento indicado pelo juiz pode ser substituída pelo recolhimento domiciliar sob monitoramento eletrônico, apenas durante o período exigido no texto legal. Assim, o monitoramento eletrônico cumpriria duas funções, ou seja, fiscalizaria a permanência na residência e, conseqüentemente, controlaria a proibição de comparecimento ao evento esportivo.

A limitação de fim de semana (art. 48 do CP) também poderia ser executada através de monitoramento eletrônico, ou seja, substituindo-se a permanência do condenado no estabelecimento penitenciário (Casa de Albergado – art. 93 da LEP) aos finais de semana pelo recolhimento domiciliar no mesmo período, sob vigilância eletrônica. Além disso, o monitoramento eletrônico em domicílio pode ser estabelecido como mera alternativa para o caso de inexistência de Casa de Albergado ou de outro estabelecimento adequado para o cumprimento da pena restritiva⁴⁶⁸ ou, ainda, inexistindo o estabelecimento, como pena restritiva de aplicação cumulativa com a limitação de fim de semana. Ressalte-se que o recolhimento domiciliar sob vigilância não impede a disponibilização de cursos, palestras e atividades educativas (art. 48, parágrafo único do CP e art. 152, *caput* da LEP) que, inclusive, podem ser oferecidos em estabelecimentos públicos mais adequados e diversos do penitenciário.

Nesse sentido, Poza Cisneros⁴⁶⁹ afirma que o cumprimento da limitação de fim de semana em estabelecimento penitenciário prejudica os laços sociais e familiares, pois afeta os períodos de lazer que semanalmente permitem um melhor desenvolvimento das relações sociais e familiares, inconveniente que poderia ser evitado através do cumprimento da pena em domicílio sob monitoramento eletrônico.

Registre-se que, assim como no regime aberto, o eventual cumprimento dessas penas restritivas de direitos (*proibição de frequentar determinados lugares e limitação de fim de semana*) através do monitoramento eletrônico não deve possibilitar uma vigilância total e permanente da vida do apenado, mas apenas viabilizar o controle

⁴⁶⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 30-31.

⁴⁶⁹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 109.

estrito da obrigação imposta. Na limitação de fim de semana, portanto, não há justificativa para o monitoramento durante aqueles períodos em que o apenado não teria a obrigação de permanecer no estabelecimento penitenciário.

A autora espanhola sugere também a fiscalização da pena de prestação de serviços à comunidade através do monitoramento eletrônico.⁴⁷⁰ É o que ocorre na Holanda, onde a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela pena de trabalho em favor da comunidade cumulada com monitoramento eletrônico.⁴⁷¹

Não obstante a possibilidade de previsão legal nesse sentido, o monitoramento eletrônico caracterizaria apenas uma ampliação desnecessária do controle estatal sobre o apenado, que já é fiscalizado pela entidade beneficiária do serviço comunitário (art. 150 da LEP). Se a pena imposta é de serviço comunitário em determinada entidade, basta que o responsável pelo local comunique eventual ausência ou ato de indisciplina ao juiz da execução para que as providências sejam tomadas. Não parece imprescindível, portanto, monitorar o período em que o apenado não está prestando serviço, o momento em que está se deslocando para prestar o serviço ou, muito menos, o período em que está sob fiscalização da entidade beneficiária do serviço ou de alguém responsável em caso de serviço externo.

Por fim, o monitoramento eletrônico também poderia ser imposto para permitir a aplicação de penas alternativas naqueles casos em que a legislação atual veda a substituição da prisão. Com efeito, o legislador pode permitir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos a condenados reincidentes (ainda que específicos) ou àqueles que praticaram crimes com violência ou grave ameaça contra pessoa, desde que sejam submetidos ao monitoramento eletrônico.⁴⁷² Em termos de técnica legislativa, o monitoramento poderia ser estabelecido como simples instrumento de fiscalização da pena alternativa aplicada, se necessário, e compatível com a medida escolhida, ou como uma verdadeira pena (autônoma) alternativa a ser aplicada cumulativamente com outra para substituir a privativa de liberdade, nos termos do art. 44, §2º do Código Penal.

⁴⁷⁰ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 110.

⁴⁷¹ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 101.

⁴⁷² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 30.

4.3 Monitoramento eletrônico e medida de segurança

A medida de segurança é considerada uma sanção administrativa equiparada à pena, de natureza apenas formalmente penal,⁴⁷³ aplicável aos inimputáveis e, de forma substitutiva, aos semi-imputáveis (artigos 26, 97 e 98 do CP). As medidas de segurança previstas na legislação brasileira são a *internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico* e o *tratamento ambulatorial*, sendo a primeira aplicável em regra a crimes punidos com reclusão e a segunda para crimes punidos com detenção (artigos 96 e 97 do CP).

O sistema adotado pelo legislador para aplicação das medidas de segurança é denominado vicariante, ou seja, a medida não pode ser aplicada cumulativamente com a pena: ao imputável a pena e ao inimputável ou semi-imputável a medida de segurança. Registre-se que a medida de segurança de *tratamento* prevista na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) é caracterizada como medida *sui generis*,⁴⁷⁴ tendo em vista que pode ser aplicada em conjunto com a sanção penal.

O fundamento da medida de segurança não é a culpabilidade, mas sim a periculosidade, esta entendida como “o simples perigo para os outros ou para a própria pessoa, e não o conceito de periculosidade penal, limitado à probabilidade da prática de crimes”.⁴⁷⁵

Com efeito, o monitoramento eletrônico pode ser estabelecido para controle e fiscalização de medidas de segurança, mormente o tratamento ambulatorial, ou ainda, como medida autônoma a ser aplicada em conjunto com outra medida em casos de elevada periculosidade.⁴⁷⁶ A aplicação da tecnologia no âmbito da medida de segurança poderia ampliar a utilização do tratamento ambulatorial, evitando a internação em casos

⁴⁷³ A natureza jurídica da medida de segurança é controvertida, mas a maioria dos autores sustenta que a medida não possui natureza de sanção penal ou de pena propriamente dita. Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência* Op. cit., p. 473; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 731.

⁴⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência* Op. cit., p. 490.

⁴⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. Op. cit., p. 732.

⁴⁷⁶ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 128.

desnecessários, inclusive nos delitos punidos com reclusão que hoje, em regra, não permitem o tratamento.⁴⁷⁷

Nesse sentido, Poza Cisneros⁴⁷⁸ afirma que a eficácia do monitoramento eletrônico seria indubitável nas medidas de segurança para controle de internação em locais que, pese a periculosidade dos internos, não reúnem condições suficientes de segurança. Igualmente, o monitoramento poderia facilitar o controle de medidas não privativas de liberdade como a submissão a tratamento médico externo, o seguimento de programas formativos e motivacionais específicos e outras.

Gudín Rodríguez-Magariños⁴⁷⁹ lembra que a maioria das patologias mentais que afetam pessoas envolvidas em crimes não possui um caráter estável, duradouro e permanente, mas sim um caráter crônico, podendo ser controladas mediante adequado seguimento e ajustada medicação. Entretanto, essas pessoas submetidas à internação permanecem nos centros de custódia mesmo nos momento de lucidez, em razão de exigências de segurança coletiva. Assim, o ideal seria que a internação não representasse apenas o prolongamento de um tratamento médico já desnecessário, mas sim a submissão da pessoa perigosa a medidas terapêuticas psicológicas ou sociais que possibilitassem sua reinserção social, sem perder de vista sua finalidade curativa. Entre as medidas possíveis, o autor espanhol destaca a viabilidade do monitoramento eletrônico para supervisionar tanto a efetividade do tratamento quanto a falta de periculosidade social do condenado.

O monitoramento eletrônico também poderia ser útil no tratamento ambulatorial diante da reduzida consciência da enfermidade apresentada pelos enfermos que, muitas vezes, faz com que o tratamento ou o controle médico seja recusado. Assim, seria possível controlar a efetiva realização do tratamento sem a necessidade de isolamento ou internação do enfermo.

Gudín Rodríguez-Magariños⁴⁸⁰ sugere que o monitoramento eletrônico pode ser uma solução ou mesmo um sério paliativo para os casos de enfermos mentais delinquentes. Com a tecnologia, evita-se que um ser humano lúcido seja confinado pela prática de um ato em momento de alienação e, por outro lado, a sociedade pode

⁴⁷⁷ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 163.

⁴⁷⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 110.

⁴⁷⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 132.

⁴⁸⁰ *Ibid*, p. 134.

supervisionar o tratamento para ter certeza de que o paciente cumpre com as exigências do mesmo e que a internação não mais se justifica.

Não se pode olvidar, ainda, que diversos países aplicam a medida de segurança de forma cumulativa com a pena, como é o caso da Alemanha⁴⁸¹ e da França. Nesta, o *monitoramento eletrônico móvel* (MEM), criado por lei de 12 de dezembro de 2005, é tratado como medida de segurança e destina-se essencialmente a delinquentes sexuais. A medida consiste na localização permanente do condenado por GPS (precisão de alguns metros), funda-se na periculosidade do mesmo e é aplicada para prevenir a reincidência e para a sua neutralização.⁴⁸²

4.4 Monitoramento eletrônico e o regime especial para menores de idade

A Constituição Federal estabelece expressamente a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos (art. 228), aos quais deve ser aplicada uma legislação especial em caso de prática de infração penal. Da mesma forma, o art. 27 do Código Penal dispõe sobre a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos.

Assim, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) estabelece um regime jurídico especial aos menores que praticam atos definidos em lei como fatos típicos e antijurídicos, mas que, diante da ausência de culpabilidade (pela inimputabilidade), não podem ser considerados *crimes* ou *contravenções* (art. 103 do ECA). O diploma legal referido, portanto, denomina tais infrações de *atos infracionais* e comina *medidas socioeducativas* aos infratores adolescentes (artigos 2º, 104 e 105 do ECA).

As medidas socioeducativas estão previstas no art. 112 da Lei nº 8.069/1990 e muitas delas poderiam ser efetivamente cumpridas através de monitoramento eletrônico. Aqui, assim como no caso da pena privativa de liberdade, o monitoramento eletrônico poderia ser utilizado não apenas para fiscalizar restrições e obrigações impostas aos adolescentes infratores, mas também para substituir o cumprimento institucionalizado de algumas medidas socioeducativas.

⁴⁸¹ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 (Del Rey Internacional; 12), p. 13-14.

⁴⁸² CÉRÉ, Jean-Paul. As novas tecnologias a serviço do direito penal: monitoramento eletrônico estático e móvel. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 92.

Com efeito, as medidas socioeducativas de liberdade assistida (inciso IV), regime de semiliberdade (inciso V) e internação em estabelecimento educacional (inciso VI) revelam-se compatíveis com o monitoramento eletrônico, vale dizer, poderiam ser cumpridas com o auxílio dessa tecnologia.

Poza Cisneros⁴⁸³ afirma que as medidas suscetíveis de serem impostas aos menores comportam, por sua natureza, a utilização da vigilância eletrônica como mecanismo de controle, citando de exemplo a internação, a permanência de fim de semana em domicílio combinada com tarefas socioeducativas e a liberdade vigiada com regras de conduta.

Por outro lado, o principal obstáculo para a introdução da vigilância eletrônica no âmbito da legislação menorista seria a dificuldade de valorar juridicamente o consentimento do menor, cuja ausência ou prestação por representante aumentariam os questionamentos relativos à constitucionalidade da medida, mormente em face da proteção especial conferida à intimidade dos menores de idade. A autora mencionada, porém, lembra que a legislação espanhola atribui consequências jurídicas muito relevantes ao consentimento do menor, o que poderia ser reconhecido também no caso da vigilância eletrônica.

Da mesma forma, poderia surgir entre nós o questionamento sobre a validade do consentimento prestado pelo menor de 18 anos, diante de sua incapacidade civil e penal. Entretanto, a legislação brasileira também atribui efeito jurídico à vontade do adolescente em algumas situações específicas (ex. consentimento necessário para guarda, tutela ou adoção – art. 28, § 2º do ECA), o que permite considerar a possibilidade de reconhecer validade ao consentimento do adolescente infrator para ingressar em programas de monitoramento eletrônico. Ressalte-se que a alternativa do monitoramento eletrônico não impede, ao contrário, facilita a frequência do adolescente infrator a cursos de natureza educativa.

Além disso, a busca por alternativas mais humanas e que afastem o adolescente do cárcere constitui um imperativo constitucional e legal. Nesse sentido, merece transcrição a observação de Poza Cisneros sobre o problema da criminalidade juvenil e da busca por respostas adequadas na Espanha, cuja realidade descrita muito se aproxima da brasileira:

⁴⁸³ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 113-114.

Ao mesmo tempo, deve ser considerada a confluência de dois fatores, um de índole criminológico, outro de natureza jurídica. Por um lado, a constatada e crescente realidade de uma delinquência juvenil extraordinariamente violenta e perigosa; por outro, a fortaleza dos argumentos que impõem o afastamento do menor do meio carcerário. As buscas de alternativas à prisão constituem, no caso dos menores, algo mais que uma preocupação doutrinária ou uma política criminal mais ou menos sensível a essas inquietudes. No caso do menor, é, ao menos em nosso país (Espanha), um imperativo constitucional e legal que não pode ignorar as demandas de segurança por parte de uma sociedade complexa que sofre o fenômeno da delinquência juvenil e contempla com impotência e irritação a ineficácia das medidas de prevenção, proteção, e custódia com as quais os poderes públicos pretendem enfrentá-lo. Novamente, a vigilância eletrônica poderia constituir uma fórmula de compromisso que, se não solucionaria o problema, ao menos ampliaria a oferta de respostas disponíveis em termos razoavelmente equilibrados de garantia dos direitos do menor e controle social.⁴⁸⁴

Na Inglaterra e no País de Gales, o monitoramento eletrônico já é utilizado para menores de 18 anos. Conforme mencionado anteriormente, o *Criminal Justice and Police Act* de 2001 autorizou a vigilância de jovens delinquentes de doze a dezesseis anos que pratiquem infrações graves, como infrações violentas ou de natureza sexual. O programa de vigilância destina-se a delinquentes juvenis reincidentes que tenham praticado ao menos quatro delitos nos últimos doze meses.⁴⁸⁵

4.5 Monitoramento eletrônico como instrumento de combate à criminalidade

Não obstante os limites estabelecidos pelo título deste estudo (penas e alternativas penais), é interessante observar que o método tecnológico de monitoramento eletrônico também tem sido utilizado em momento anterior à própria prática da infração penal. Com efeito, as diversas possibilidades oferecidas pela tecnologia passaram a ser utilizadas na prevenção da criminalidade, ou seja, para evitar que alguém cometa um ato criminoso.

A utilização de métodos tecnológicos no controle da criminalidade pode ser percebida entre nós na instalação de câmeras de vigilância em prédios e espaços públicos, além de estabelecimentos privados. Interessa aqui, porém, apenas o controle exercido pelo poder público através da vigilância eletrônica ou da escuta telefônica e de

⁴⁸⁴ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 114-115 (tradução nossa).

⁴⁸⁵ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 25; OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 40.

outras técnicas, e não o controle feito pelo indivíduo em sua esfera de vida privada (ex. câmeras em residência e estabelecimentos empresariais).

Essa técnica de controle do crime é recomendada por Claus Roxin⁴⁸⁶ como forma de prevenir a criminalidade, ao invés de punir o criminoso, ou seja, o autor sugere o fortalecimento do controle estatal, com um controle mais intensivo do crime pelo Estado através de “uma abrangente vigilância de todos os cidadãos”, o que reduziria a criminalidade e, conseqüentemente, a intervenção penal.

Segundo o autor alemão, em países democráticos com uma estrutura social menos individualista que a ocidental (ex. Japão), o indivíduo está submetido a um controle social através da família, dos vizinhos e de uma polícia de imagem social, o que dificulta o comportamento desviante.⁴⁸⁷ Por outro lado, cidades com intenso policiamento (ex. Munique) são as mais seguras em termos de criminalidade e obtêm maior eficácia preventiva. O autor, assim, justifica o aumento do controle social (formal) pelo Estado, concluindo que esse controle intensivo pode reduzir a necessidade e a severidade da intervenção penal. Esse controle seria realizado através dos instrumentos tecnológicos disponíveis na atualidade, como as escutas telefônicas, a gravação secreta da palavra falada mesmo em ambientes privados, a vigilância através de câmeras de vídeo, o armazenamento de dados e seu intercâmbio global, métodos eletrônicos de rastreamento e medidas afins. Tais meios, já utilizados por diversos países democráticos, poderiam impedir vários delitos, como também identificar seu autor em caso de cometimento do delito, além de gerar um efeito de intimidação que tornaria supérflua a necessidade da pena.⁴⁸⁸

Claus Roxin⁴⁸⁹ ressalva a importância da proteção à privacidade e à intimidade, concluindo que não se pode proceder a uma vigilância acústica e ótica de ambientes privados, sob pena de lesão ao núcleo da personalidade do suspeito.⁴⁹⁰ Por outro

⁴⁸⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Op. cit., p. 05.

⁴⁸⁷ Ibid, p. 05-06. Ao que parece, Roxin está se referindo ao tipo de controle social denominado *informal*, ou seja, aquele integrado pela instância da família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clubes de serviço, etc. Por outro lado, o controle social *formal* é aquele realizado pelo aparelho político do Estado, ou seja, através da Polícia, Justiça, Exército, Administração Penitenciária e outras instâncias (cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Op. cit., p. 60).

⁴⁸⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Op. cit., p. 06-07.

⁴⁸⁹ Ibid, p. 08.

⁴⁹⁰ Claus Roxin informa que em 1998 o legislador alemão aprovou a vigilância acústica da moradia privada, que foi chamado de o “grande ataque da escuta”. O Tribunal Constitucional alemão, porém, declarou a inconstitucionalidade de grande parte do dispositivo legal que autorizava a medida (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Op. cit., p. 07-08). No Brasil, a interceptação ambiental de conversa alheia não foi prevista pela Lei nº 9.296/1996, que regulamenta apenas a interceptação de conversa através de telefone. Guilherme de Souza Nucci, analisando a licitude da gravação feita para ser usada em processo, afirma que a captação ambiental de conversa alheia mantida em local público não caracteriza prova ilícita, enquanto a captação ambiental de conversa em local privado (ex. domicílio) constitui prova ilícita pela invasão de privacidade, em

lado, parece-lhe justificada uma incessante vigilância através de câmeras ou da presença policial em instalações públicas, ruas e praças, além de rondas policiais para proteção de residências privadas. Nesse caso, os direitos da personalidade não seriam seriamente restringidos, “pois qualquer um que apareça em público se submete à observação por outras pessoas”. Além disso, sugere que a criminalidade econômica e a organizada poderiam ser enfrentadas de forma mais eficiente com a possibilidade de suspensão do sigilo fiscal das agências financeiras e com a obrigação dos bancos de informar regularmente ao fisco as operações financeiras efetivadas em suas contas, o que não seria problema diante do atual desenvolvimento da tecnologia de comunicações de dados.⁴⁹¹

Pilar Otero González,⁴⁹² por outro lado, afirma que a vigilância eletrônica será sempre excessiva quando utilizada na prevenção de delitos. Como exemplo de excesso, a autora lembra que o Ministério do Interior britânico decidiu combater o vandalismo e a delinquência juvenil colocando dispositivos eletrônicos em jovens considerados problemáticos. No mesmo Reino Unido, em 2002, depois do sequestro e assassinato de duas crianças, alguns pais tentaram implantar dispositivos transmissores intracutâneos em seus filhos menores de idade para localizá-los. Além disso, o Ministério de Assuntos Exteriores de Israel introduziu, em janeiro de 2000, um sistema de pulseiras transmissoras para evitar a subtração de recém nascidos dos hospitais. Nos Estados Unidos, desde o final de 2006, verifica-se a implantação de bracelete eletrônico em testemunhas na cidade de Chicago.

Segundo a autora, portanto, essa estratégia de combate à criminalidade através das novas tecnologias está “levando a extremos que desequilibram a proporcionalidade necessária entre os bens jurídicos em conflito” e, no caso da prevenção do terrorismo internacional, lesa garantias elementares dos cidadãos.

Com efeito, a filosofia de segurança global, fundamentalmente desde os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, gerou um projeto de defesa que dilui o princípio da legalidade processual, convertendo-se o Estado em um controlador interessado na vigilância do sistema, que reforça a observação dos cidadãos fundamentalmente a partir do controle telamático. Supõe a utilização do desenvolvimento tecnológico como fator de poder que, sob a égide da segurança coletiva, restringe a

face da inviolabilidade constitucional do domicílio (art. 5º, XI da CF) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 648).

⁴⁹¹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Op. cit., p. 08.

⁴⁹² OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 96.

intimidade individual de massas incalculáveis de pessoas em espaços muito reduzidos.⁴⁹³

De fato, esta estratégia de vigilância e controle foi intensificada no Reino Unido após o atentado de julho de 2005 em Londres. Segundo estudos apresentados em 2006 por um grupo de acadêmicos denominado *Surveillance Studies Network*, os britânicos possuíam 4,2 milhões de câmeras de televisão de circuito fechado, ou uma para cada quatorze habitantes, gerando uma média diária de captação de um britânico por 300 câmeras. Além disso, são monitorados e registrados os níveis de produção dos britânicos, seus hábitos de compra e movimentos de viagem, e, em muitos casos, são compartilhados com as empresas de vigilância e controle os dados dos sistemas de informação dos cartões de crédito, telefones celulares e cartões de instituições.⁴⁹⁴

Pilar Otero González⁴⁹⁵ informa, ainda, que a legislação de proteção à informação pessoal e à privacidade do Reino Unido é uma das mais fracas da Europa e que os britânicos possuem o maior banco de DNA do mundo, com 3,6 milhões de indivíduos em 2008, muitos dos quais simples suspeitos que demonstraram sua inocência, mas continuam cadastrados.

Da mesma forma, a Itália passou a utilizar o sistema de vigilância por câmeras de vídeo e outras tecnologias na prevenção do terrorismo internacional após o atentado de 11 de setembro de 2001. A legislação italiana também autoriza a obtenção de material genético (DNA) da cavidade bucal do suspeito, inclusive contra sua vontade, caso em que a coleta deve ser feita pela polícia judicial.⁴⁹⁶

Em França, uma lei posterior a setembro de 2001 estendeu o controle estatal sobre as comunicações e, em março de 2003, outra lei autorizou a instalação de câmeras de segurança em escolas, nos transportes públicos, nas estações de trem, ônibus e metrô, autorizando também os formulários genéticos de condenados e suspeitos. Esta lei possibilita que a polícia judicial tenha acesso aos dados de órgãos públicos e entidades privadas através de sistemas de informática, bem como que possam exigir exame médico ou amostra de sangue a qualquer pessoa sobre a qual existam sérios indícios de ter

⁴⁹³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 96-97 (tradução nossa).

⁴⁹⁴ O estudo prevê, ainda, que em 2016 os britânicos estarão sendo digitalizados cada vez que ingressarem em uma loja de departamentos; as escolas incluirão cartões magnéticos que possibilitem aos pais conhecer o que seus filhos fazem, comem e como avançam nos estudos; e os empregadores pedirão aos candidatos ao posto de trabalho que detalhem suas atividades e seu estado de saúde em cartões de nova tecnologia (Ibid, p. 99).

⁴⁹⁵ Ibid, p. 99-100.

⁴⁹⁶ Ibid, p. 100.

cometido uma agressão sexual, com o fim de comprovar a possibilidade de transmissão de enfermidade sexual. Além disso, criou-se um fichário nacional de características genéticas sobre condenados por delitos sexuais, contra a humanidade, contra a vida, ameaças de atentados, contra liberdade, tráfico de pessoas, proxenetismo, exploração da mendicância, extorsões, atos de terrorismo, depósito de armas ou munição de guerra, e outros.⁴⁹⁷

Em 2006 foi aprovada uma nova lei de combate ao terrorismo que autoriza o uso generalizado da vigilância eletrônica, com a instalação de câmeras em aeroportos, estações de transportes públicos e em lugares de culto religioso e de comércio. Além disso, a lei possibilita que em locais de trânsito sejam instalados sistemas de vigilância fotográfica de veículos, inclusive para fotografar os ocupantes e manter suas imagens por oito dias, sem autorização judicial.⁴⁹⁸

Nos Estados Unidos, a Lei Patriótica de outubro de 2001 e outras leis posteriores possibilitam que as forças de segurança controlem, sem ordem judicial, telefones e contas de internet ligadas a suspeitos de terrorismo. Nas comunicações pela rede mundial de computadores, utilizam programas software para interceptação massiva de mensagens através de correio eletrônico (programa de software denominado *ECHELON*).

Há que se ressaltar, porém, que a vigilância eletrônica foi utilizada na prevenção da criminalidade pela maioria dos países europeus bem antes dos atentados terroristas de 2001 nos Estados Unidos. Com efeito, a Espanha possui previsão legal para vigilância de lugares públicos desde 1997 (sendo vedada a captação de imagens e sons em domicílios) e o Reino Unido conta com centenas de redes de vigilância por circuito fechado de televisão desde 1998, além de um sistema de reconhecimento de veículos (sistema *Talon* da empresa *Racal*) que foi apresentado em 1994.⁴⁹⁹

De qualquer forma, Pilar Otero González apresenta a seguinte conclusão sobre o uso da vigilância eletrônica como instrumento de combate à criminalidade:

Pode ser comprovado, pois, que a ferramenta principal que está sendo utilizada na prevenção da criminalidade é a vigilância eletrônica (fundamentalmente através de câmeras de vídeo combinadas com excessivas possibilidades que representa a já inquebrantável união entre a informática e a genética). Esta limita a intimidade e, em consequência,

⁴⁹⁷ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 101-102.

⁴⁹⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 116-117; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 102.

⁴⁹⁹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 97-98.

a esfera de liberdade do indivíduo, o que supõe uma nova tentação “orwelliana” do Estado onipresente cujo controle telemático para atingir a segurança chega a comprometer a própria dignidade da pessoa, o que gera um novo desequilíbrio entre ambos os bens jurídicos objetos de proteção. Desequilíbrio que se aproxima perigoso, na medida em que este tipo de legislação, nascida com marcante caráter excepcional, tendem a se perpetuar no tempo.⁵⁰⁰

Diante das considerações de Claus Roxin, bem como das ponderações e ressalvas de Pilar Otero González, há que se reconhecer a possibilidade e os riscos do uso do monitoramento eletrônico na prevenção de delitos. O uso da tecnologia da vigilância eletrônica na prevenção de delitos, mormente em determinados lugares públicos, parece ser uma tendência sem retorno e pode colaborar com a redução da criminalidade; entretanto, esse uso não pode ser generalizado a ponto de representar um controle absoluto do espaço público pelo Estado. Além disso, não há justificativa para a vigilância prévia e constante de pessoas (jovens ou adultos) consideradas “problemáticas” ou infratores potenciais, sob pena de lesão aos direitos constitucionais da intimidade e privacidade, bem como da afronta ao princípio da presunção de inocência. Vale, aqui, a observação de María Poza Cisneros,⁵⁰¹ resumida e repetida com insistência por Faustino Gudín Rodríguez-Magariños: “as tecnologias não são boas nem más, maus ou bons são os homens que a utilizam”.⁵⁰²

⁵⁰⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 106 (tradução nossa).

⁵⁰¹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 133.

⁵⁰² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Op. cit., p. 12 (tradução nossa).

5 JUSTIFICATIVAS E OBJETIVOS: AS FINALIDADES DA PENA

5.1 Justificativas e objetivos iniciais

O monitoramento eletrônico de pessoas foi idealizado por Ralph Schwitzgebel na década de 1960 para solucionar o problema social causado por grupos de indivíduos que se afastam das normas de convivência. A ideia ligava o avanço tecnológico ao conhecimento científico e consistia em disponibilizar instrumentos técnicos de controle para que os terapeutas penitenciários pudessem realizar aquilo que a prisão não conseguia sozinha, a reeducação e a reforma de delinquentes, mormente os reincidentes.

O objetivo principal do monitoramento eletrônico, em sua origem, era a recuperação de enfermos mentais e a ressocialização dos delinquentes através de tratamento psicossocial realizado na execução da pena privativa de liberdade.

Entretanto, quando o monitoramento eletrônico foi efetivamente utilizado na prática da execução penal pela primeira vez, na década de 1980 nos Estados Unidos, o objetivo era evitar o encarceramento e seus efeitos negativos, e não propriamente possibilitar a ressocialização do condenado. Com efeito, a intenção do juiz Jack Love era a de evitar o encarceramento do condenado que descumprisse a ordem de *probation*, impondo a este um regime de prova mais rigoroso e fiscalizado sob monitoramento eletrônico.

A experiência inicial no Novo México (EUA) foi repetida logo em seguida em diversos pontos dos Estados Unidos, principalmente em razão de um problema que começava a despontar e a incomodar: a superpopulação carcerária e o elevado custo de manutenção do sistema penitenciário. Além disso, Gudín Rodríguez-Magariños⁵⁰³ informa que a perspectiva inicial ressocializadora de Schwitzgebel perdeu espaço a partir das idéias de privatização que fecundaram no mundo penitenciário, dando lugar a um controle conjunto realizado pelo Estado e por empresas privadas de segurança.

A partir daí, de modo geral, é possível afirmar que o monitoramento eletrônico foi introduzido em diversos países com três objetivos principais que justificaram sua adoção: lutar contra a superpopulação carcerária, diminuir o custo dos encargos com as pessoas encarceradas e reduzir os riscos de reincidência criminal.

⁵⁰³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 92-93.

Ressalte-se que a diversidade político-cultural dos países que adotaram o monitoramento eletrônico fez com que a tecnologia fosse aplicada com diferentes fins ou, simplesmente, com maior ênfase para esta ou aquela finalidade de política criminal. Destarte, algumas finalidades tiveram sua importância recuperada e outras também passaram a ser utilizadas para justificar a adoção da vigilância eletrônica na execução de penas e alternativas penais, como é o caso da reinserção social do condenado (redução da reincidência) e da individualização da pena. Com efeito, sustenta-se que a substituição da prisão por medidas acompanhadas de monitoramento eletrônico pode evitar os efeitos criminógenos da prisão, com a manutenção de laços familiares e profissionais, auxiliando na reinserção social do apenado ou na redução da dessocialização provocada pela prisão.

Assim, retoma-se a antiga ideia da prevenção especial (positiva) através da substituição da prisão por alternativas penais que, inclusive, inspirou o idealizador da vigilância eletrônica. Nesse sentido, a própria busca por alternativas efetivas e confiáveis à pena privativa de liberdade também justifica o uso do monitoramento eletrônico. De fato, algumas alternativas utilizadas para evitar a prisão revelaram-se ineficazes e, assim, geram desconfiança política, mormente em face da falta de estrutura para cumprimento, o que se resolve em grande parte pelo uso da tecnologia de monitoramento eletrônico.

Os objetivos político-criminais propostos para justificar o monitoramento eletrônico dependem da realidade social e das opções políticas de cada Estado. Assim, além da realidade social brasileira, devem ser observados os princípios do Estado Democrático de Direito consagrado e constituído pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º da CF). Portanto, cada objetivo utilizado para fundamentar o uso do monitoramento eletrônico deve ser analisado e submetido à crítica, inclusive diante das teorias sobre as finalidades da pena que, em última análise, devem também revelar a própria finalidade do monitoramento eletrônico no âmbito penal, qualquer que seja a sua natureza jurídica, já que o uso da tecnologia passa a integrar a pena como um todo mesmo quando não prevista como pena autônoma. Antes, porém, é necessária uma abordagem panorâmica sobre as teorias da pena para uma tentativa de definição da questão.

5.2 O fundamento da pena: justificação ou legitimação da punição

A primeira questão a ser considerada refere-se ao *fundamento* da sanção penal, ou seja, quais razões legitimam ou justificam a sua cominação e aplicação pelo

Estado.⁵⁰⁴ Em resposta à questão do fundamento da pena (*se e por que punir, proibir e julgar*), dois tipos de discurso podem ser identificados: o *abolicionista* e o *justificacionista* (ou justificador).

O discurso abolicionista, de modo geral e resumido, não reconhece qualquer razão para a existência da pena e do próprio direito penal, negando até que as sanções penais tenham um futuro. Nesse sentido, o abolicionismo penal sustenta que a eliminação da pena estatal é socialmente vantajosa e, portanto, deve ser substituída por instrumentos verdadeiramente pedagógicos e que o controle social deve ser realizado de maneira imediata e informal.⁵⁰⁵

O discurso justificacionista, por outro lado, justifica a existência da pena por sua necessidade para manutenção da ordem jurídica, condição indispensável para a convivência em comunidade (*mal necessário*). Reconhecendo a necessidade da pena, em oposição aos abolicionistas, o discurso justificador procura fundamentar a pena, e o próprio direito penal, por seus objetivos, razões ou funções morais ou sociais (para responder à indagação do “por que punir?”).⁵⁰⁶

De modo geral, duas teorias resumem essa tentativa de legitimação da intervenção penal (pena), seja com fundamento na *justiça* da punição (teoria absoluta ou retributiva), seja atribuindo à punição uma função socialmente útil (teoria relativa ou preventiva). Ressalte-se que a questão do fundamento ou legitimação da pena deve revelar a função ou missão do próprio direito penal, já que “toda teoria da pena é uma teoria da

⁵⁰⁴ Luigi Ferrajoli distingue a legitimação externa ou justificação da legitimação interna. Segundo o autor, o sistema penal será considerado legítimo do ponto de vista externo se for considerado “justo” por critérios morais, políticos, racionais, naturais, ou outros, externos ao direito positivo. Por outro lado, será considerado legítimo do ponto de vista interno se estiver em consonância com as normas de direito positivo que regulam a produção do mesmo. Trata-se de distinção coincidente com aquela existente entre *justiça* e *validade* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171). No mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que a legitimidade e a racionalidade do sistema penal dependem de dois fatores fundamentais, ou seja, a coerência interna do discurso jurídico-penal (coerência dogmática) e o seu valor de verdade quanto à nova operatividade social (socialmente verdadeiro) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 4. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 16).

⁵⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 200; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Cláudia de Miranda Avena. Revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 143; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal: Curso Completo*. Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37.

⁵⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 200; FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Op. cit., p. 142.

função que deve cumprir o direito penal”.⁵⁰⁷ Destarte, Enrique Bacigalupo⁵⁰⁸ afirma que a primeira teoria atribui ao direito penal a *função metafísica* de realizar um ideal de justiça; enquanto a segunda atribui a *função social* de prevenção de delitos, para proteção de certos interesses sociais reconhecidos pela legislação (bens jurídicos).

Anabela Miranda Rodrigues esclarece que as teorias da pena (retributiva e preventiva) surgiram, historicamente, para fundamentar a *legitimação* ou a *justificação* da intervenção penal, sendo que em ambos os casos é este o problema que está em causa, e não o da *finalidade* ou *fim* da pena. A atribuição de uma finalidade à pena foi utilizada pela teoria preventiva para justificar a intervenção penal, o que não é o caso da teoria retributiva, a qual encontrou suas respostas na *justiça* da punição.

Se quisermos continuar a usar a bipartição usual, devemos então fazê-lo – hoje, repete-se – com a consciência de que estamos a dar resposta a perguntas diferentes, com valor em planos diferentes. Em suma: de que ela constitui uma arrumação não para um, mas para dois problemas distintos. Se com as teorias preventivas se encontra (também) solução para a questão das finalidades da pena, já com a teoria retributiva estamos a lidar com o problema da justificação da pena.⁵⁰⁹

Portanto, não se pode confundir o *fundamento da pena* (função do direito penal) que tenta legitimar ou justificar a intervenção penal, com a *finalidade atribuída à pena* (objetivos de política criminal).⁵¹⁰ Com efeito, a discussão sobre o fundamento da pena tem como objetivo responder a questão do “por que punir?”, enquanto a finalidade da pena deve responder a questão do “para que punir?”.⁵¹¹ Assim, a questão sobre as finalidades da pena terá maior relevância apenas dentro de uma perspectiva

⁵⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. Op. cit., p. 108; MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58; HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução (da 2ª ed. alemã rev. e ampl.) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 369; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 114; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 89.

⁵⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Op. cit., p. 21.

⁵⁰⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 152-156.

⁵¹⁰ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Op. cit., p. 141.

⁵¹¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 203.

utilitarista de prevenção, visto que na concepção retributiva a pena justifica-se independentemente de eventuais finalidades estabelecidas.

Além disso, é importante destacar que a questão do fundamento ou legitimação da sanção penal, assim como da função ou missão do direito penal, pode ser encarada de diferentes pontos de vista. Assim, a função que *efetivamente* desempenha o direito penal, do ponto de vista sociológico (real) ou criminológico, não se confunde com a função que é atribuída ao direito penal pela ordem jurídica positiva (dogmática) como *programa normativo*,⁵¹² já que neste caso não se indaga se, de fato, a função estabelecida é cumprida. Por outro lado, diversa é a questão da filosofia jurídica e da política criminal sobre qual a função que o direito penal (e a pena) *deveria* cumprir (*de lege ferenda*).⁵¹³

De modo geral, portanto, é nesta última perspectiva que se analisará em seguida a questão da legitimação e das finalidades da pena, ou seja, considerando a função que a pena *deveria* cumprir para justificar e legitimar sua imposição. Assim, a introdução do monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro, assim como sua aplicação e execução,⁵¹⁴ deve estar em consonância com a função da pena e do próprio direito penal. Além disso, devem ser analisadas eventuais finalidades político-criminais específicas que são utilizadas para justificar a utilização do monitoramento eletrônico como pena ou alternativa penal.

5.2.1 Teorias absolutas ou retributivas

As teorias absolutas atribuem à pena um caráter de retribuição, expiação, reparação ou compensação, ou seja, a sanção penal compensa o *mal* do crime e restaura a ordem atingida pelo ato do criminoso. Essa reprimenda, pretendida pelos adeptos das teorias absolutas, ocorre com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que livremente violou a norma. Com efeito, as teorias absolutas

⁵¹² Nesse sentido, o art. 59 do Código Penal estabelece que a pena deve ser aplicada conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime. Além disso, o art. 1º da Lei nº 9.710/1984 (LEP) estabelece que a pena e a medida de segurança devem ser executadas com objetivo de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

⁵¹³ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 57-58.

⁵¹⁴ Em regra, o monitoramento eletrônico estabelecido como pena ou alternativa penal deve ser aplicado exclusivamente pela autoridade judiciária (cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 170-171). Registre-se, porém, que o monitoramento eletrônico utilizado em diversos países como modalidade de execução da pena privativa de liberdade é aplicado pela própria administração penitenciária (ex. Espanha, Suécia e outros).

encontram na retribuição justa, não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo.⁵¹⁵ Assim, todos os demais efeitos (intimidação, correção, supressão do meio social), embora possíveis de ocorrer, não guardariam qualquer relação com a natureza da pena. Pune-se em razão do ato praticado (passado), do “pecado” ou na expressão reproduzida por Sêneca, *punitur, quia peccatum est*.

Não obstante a ausência de fins sociais nas teorias retributivas, estas atribuem à pena a *função* de realizar *justiça*, função esta fundada em exigências incondicionadas (religiosas, morais ou jurídicas) que não podem depender de conveniências utilitárias relativas a cada momento, impondo-se com caráter absoluto.⁵¹⁶

As teorias retributivas, portanto, encontram fundamentação religiosa, ética (moral) ou jurídica.⁵¹⁷ Do ponto de vista religioso, a pena é justificada por comparação à justiça divina (retribuição religiosa).

A fundamentação ética foi idealizada pelo filósofo alemão Kant, que afirmava ser o Homem “um fim em si mesmo”, ou seja, o ser humano não pode ser instrumentalizado em benefício da sociedade. Assim, não seria possível punir alguém por razões de utilidade social, mas apenas como uma exigência incondicional de justiça (retribuição moral). A lei penal seria, portanto, um “imperativo categórico”.

Para ilustrar sua posição, Kant apresenta o famoso exemplo de uma ilha cuja população decidisse dissolver-se e dispersar-se pelo mundo, tendo que resolver o que fazer com seus delinquentes presos. O filósofo alemão responde a questão da seguinte forma: ainda que resultasse de todo inútil para tal sociedade – posto que a mesma deixaria de existir –, dever-se-ia executar até o último assassino que se encontrasse na prisão para que todos compreendessem o valor de seus atos⁵¹⁸ e para que a culpabilidade não recaísse

⁵¹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: Parte General. 11. ed. 4. ed. castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 283.

⁵¹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal*: fundamentos e teoria do delito. Op. cit., p. 60. Entretanto, Jorge de Figueiredo Dias cita Claus Roxin para dizer que a questão de saber se a concretização da idéia de *justiça* também é um fim, ou se apenas finalidades empírico-sociais seriam consideradas revela mero jogo de palavras, pois “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” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 94).

⁵¹⁷ Hans Welzel complementa a idéia: “Estas teorias afirmam que a necessidade ética da pena garante também sua realidade, seja em virtude da identidade de razão e realidade (Hegel), ou de um imperativo categórico (Kant) ou em razão de uma necessidade religiosa (Stahl)” (WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: Parte General. Op. cit., p. 283, tradução nossa).

⁵¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal*: fundamentos e teoria do delito. Op. cit., p. 59.

sobre o povo que não insistiu na sanção (podendo ser considerado partícipe na lesão pública da justiça).⁵¹⁹

A fundamentação jurídica foi apresentada por Hegel em sua conhecida concepção dialética, segundo a qual a pena é a negação da negação do direito, o que restabelece o direito lesado (retribuição jurídica). A pena é justificada pela necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, esta representada pela ordem jurídica e que é negada pela vontade especial do delinquente.

Santiago Mir Puig⁵²⁰ afirma que na teoria de Hegel a pena é concebida como reação, visando ao passado (delito), e não como instrumento de fins utilitários posteriores, e por isso é considerada como retributiva. Günther Jakobs, por sua vez, indica similaridades entre a teoria de Hegel e a prevenção geral positiva, afirmando que, “em *Hegel*, a pena é, de fato, absoluta no que se refere ao conceito, mas, em sua configuração concreta, é relativa ao respectivo estado da sociedade”.⁵²¹ Ainda sobre Hegel, Luigi Ferrajoli sustenta que sua teoria é apenas aparentemente distinta de Kant, pois a “idéia de retribuição jurídica baseia-se, em última análise, a bem da verdade, no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado, para não dizer no imperativo penal individualmente considerado”.⁵²²

As formulações retributivas de Kant e Hegel originam-se de uma filosofia política liberal do século XIX, que encontra na proporcionalidade entre delito e pena uma garantia do cidadão contra a ação do Estado. Destarte, não se podia punir mais severamente o cidadão, ainda que por motivos preventivos, pois a dignidade humana não poderia ser usada como instrumento para fins sociais. Santiago Mir Puig⁵²³ afirma que parte da doutrina atual sustenta o retorno da teoria retributiva como única forma de evitar os excessos punitivos que, em nome da prevenção, foram praticados pelo regime nazista e também para impedir uma excessiva intervenção do direito penal. O autor, porém, critica as teorias absolutas sustentando que não é função do Estado moderno a realização da justiça absoluta, até porque o Direito deve manter-se afastado da religião e da moral.⁵²⁴

⁵¹⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: Parte General*. Op. cit., p. 283.

⁵²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 60.

⁵²¹ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Coordenação e revisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 38-39.

⁵²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 205.

⁵²³ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 60-61.

⁵²⁴ *Ibid*, p. 62.

Claus Roxin,⁵²⁵ por sua vez, levanta três argumentos contrários às teorias retributivas. Primeiro, afirma que a teoria da retribuição já pressupõe a necessidade da pena que deveria fundamentar, ou seja, não resolve a questão essencial de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar e, assim, fracassa na tarefa de estabelecer um limite, *quanto ao conteúdo*, ao poder punitivo do Estado (seria um cheque em branco ao legislador). Segundo, afirma não ser satisfatória a justificação da pena com base na compensação da culpa, pois “a liberdade humana pressupõe a liberdade da vontade (o livre arbítrio), e a sua existência, como os próprios partidários da idéia da retribuição concordam, é indemonstrável”.⁵²⁶ Terceiro, afirma que a própria idéia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé, pois, em termos racionais, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal (a pena).

É claro que tal procedimento corresponde ao arreigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a “culpa de sangue do povo”, expie o delinquente, etc., tudo isto é concebível apenas por um ato de fé que, segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal.⁵²⁷

Da mesma forma, Jorge de Figueiredo Dias rejeita a teoria retributiva em face de sua inadequação para legitimar e fundamentar a intervenção penal. Segundo o autor, a pena só pode ser justificada pela necessidade de “proporcionar as condições de existência comunitária, assegurando a cada pessoa o espaço indispensável de realização livre da sua personalidade”. E assim complementa o autor português:

Para o cumprimento de uma tal função a retribuição, a expiação ou a compensação do mal do crime constituem meios patentemente inidôneos e ilegítimos. O Estado democrático pluralista e laico dos nossos dias não se pode arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens

⁵²⁵ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998, p. 17.

⁵²⁶ Ibid, p. 18. Enrique Bacigalupo, porém, afirma que tampouco é possível demonstrar-se o contrário (que o livre-arbítrio não existe). “De qualquer modo, não se pode negar que no caso concreto a culpabilidade só pode ser demonstrada mediante a comparação do autor com nossa experiência geral sobre a livre determinação” (BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal*: parte geral. Op. cit., p. 152).

⁵²⁷ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 19.

jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta.⁵²⁸

Acrescenta ainda o autor que a teoria absoluta se caracteriza como uma doutrina social-negativa em face da ausência de fins, tornando-a inimiga de qualquer tentativa de ressocialização do delinquente e de qualquer atuação preventiva para controle da criminalidade.⁵²⁹

Luigi Ferrajoli⁵³⁰ também se posiciona contra a retribuição, afirmando que os adeptos desta teoria confundiram conceitos diversos, ou seja, a resposta à questão “por que punir?” refere-se à legitimação externa da pena (razão legal), à sua finalidade justificadora, e não deve ser confundida com a questão de “como punir?” ou “quando punir?” que se refere à legitimação interna (razão judicial), ao motivo de sua aplicação (pune-se quando ocorre um delito). A pena retributiva também não responde, segundo o autor, à questão do “por que proibir?” que é pressuposto do “por que punir?”. Além disso, o autor italiano não vê sentido na retribuição, afirmando que o crime não pode ser reparado, ao contrário do que ocorre com o ilícito civil, e acrescenta que a teoria retributiva serve para justificar modelos não liberais de direito penal máximo,⁵³¹ embora reconheça sua utilização por autores denominados garantistas.⁵³²

Todavia, importante contribuição foi deixada pela teoria retribucionista: somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal. Com efeito, a principal virtude desta concepção retributiva é a idéia de medição da pena, o que podemos chamar de princípio da proporcionalidade,⁵³³ dado informativo de qualquer moderna legislação penal. Da mesma forma, Jorge de Figueiredo Dias⁵³⁴ ressalta o mérito da retribuição ao erigir a culpabilidade como princípio absoluto de toda a aplicação da pena e ao impedir de forma absoluta que a aplicação da pena criminal viole a dignidade humana.

Além disso, parece inegável o caráter essencialmente retributivo da sanção penal, ou seja, a pena pode ser definida como a reafirmação do poder estatal por meio de uma restrição imposta àquele que violou a paz social garantida pelo Estado. Com

⁵²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 94.

⁵²⁹ Ibid, p. 95-96.

⁵³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 207.

⁵³¹ Ibid, p. 208.

⁵³² Ibid, p. 206-207. Entre diversos defensores da retribuição, o autor menciona uma recente orientação anticorrecional nos Estados Unidos sob o título de *Justice Model* que agrega orientações liberais e outras moralistas como aquelas baseadas na “pena merecida”.

⁵³³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 156.

⁵³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 93.

efeito, a retribuição faz parte do conceito ontológico da pena (plano do *ser*), o que não gera implicações necessárias em relação à função que a pena deve ou deveria cumprir enquanto programa normativo (plano do *dever ser*).⁵³⁵

5.2.2 Teorias relativas ou preventivas

Em oposição às teorias absolutas (ou retributiva) surgiram as teorias que preveem uma efetiva finalidade para a pena. São as chamadas teorias relativas (ou preventivas), pois ao contrário da justiça, que é absoluta, as necessidades de prevenção são relativas e circunstanciais.⁵³⁶ A pena tem uma função *utilitária*, pois se fundamenta na necessidade de intervenção estatal para a manutenção de determinados bens sociais, sempre visando ao futuro, ao contrário da pena retributiva. Daí serem chamadas também de teorias utilitárias. Na frase de Sêneca, que se refere a Protágoras e Platão: *Nam, ut Plato ait, “nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur”*. As teorias relativas não negam que, na essência, a pena representa um *mal* para quem a sofre, mas “como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não se pode a pena bastar com essa característica, em si mesma destituída de sentido social-positivo”.⁵³⁷

Thomas Hobbes já polemizava com o retribucionismo sustentando que a punição destituída de finalidade não pode ser denominada pena. Assim, afirma Hobbes que “todo dano infligido sem intenção ou possibilidade de predispor o delinquente, ou outros

⁵³⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. Op. cit., p. 202. No mesmo sentido, esclarece Santiago Mir Puig: “Importa enfatizar, não obstante, desde o princípio, que a diferença existente entre retribucionismo e prevenicionismo não se refere ao *conceito* de pena, mas sim à sua *função* e à *legitimação desta*, não olha para o que é a pena, mas sim para que serve e o que justifica o seu exercício. O conceito de pena está acima desta polêmica doutrinária. Nada pode negar que a pena é um *mal* que se impõe *como consequência de um delito*. A pena é, sem dúvida, um *castigo*. Aqui não valem eufemismos, e também a teoria preventiva deve começar a reconhecer o caráter de castigo da pena. Contudo, uma coisa é o que seja a pena e outra distinta qual seja sua função e o que legitima o seu exercício. Na segunda, se contrapõem as concepções retributiva e preventiva” (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 118-119 – tradução nossa). Giuseppe Bettiol, por sua vez, afirma que a pena é essencialmente retributiva e se justifica por si mesma, independentemente de qualquer finalidade que lhe seja atribuída. Porém, o autor distingue claramente a *definição* e o *fundamento* do instituto (pena) da *finalidade* com que o mesmo deve ser utilizado: “Por que se pune? Com a afirmação de que a pena é retribuição, não se respondeu ainda à indagação a respeito do escopo da pena, porque uma coisa é definir o instituto e indicar seu precípua fundamento e outra é responder à indagação acerca de sua função” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal: Volume III*. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 112).

⁵³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 63.

⁵³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 97.

homens, através do exemplo, à obediência às leis, não é pena, mas ato de hostilidade, porque sem tal finalidade nenhum dano merece receber esse nome”.⁵³⁸

A crítica geral às teorias preventivas, provenientes dos adeptos da retribuição, é a de instrumentalização do ser humano na medida em que a punição se justifica por fins utilitários e pragmáticos que se pretendem alcançar no contexto social, ou seja, a transformação do ser humano em objeto, violando sua dignidade.

Jorge de Figueiredo Dias, porém, rejeita a crítica da violação da dignidade pela instrumentalização do ser humano:

Houvesse razão na crítica e teria então de se concluir pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar finalidades socialmente úteis – desde que a atuação de tais instrumentos pudesse pôr em causa direitos, liberdades e garantias da pessoa. A verdade é antes que, para o funcionamento da sociedade, cada pessoa tem de prescindir – embora só na medida indispensável – de direitos que lhe assistem e lhe terão sido conferidos em nome de sua eminente dignidade. A questão da preservação da dignidade da pessoa é por isso, em definitivo, estranha à questão das finalidades da pena e deve ser resolvida independentemente dela. Problema diferente é saber se não a pena, mas a sua *aplicação* não se deve fazer em termos que respeitem aquela intocável dignidade; e aqui a resposta não pode ser senão afirmativa. Esse é porém um problema que contende já não com os *fins* das penas, mas com os *limites* que, sejam quais forem aqueles fins, à pena têm necessariamente de ser postos pelas *condições da sua aplicação*.⁵³⁹

Günther Jakobs,⁵⁴⁰ por sua vez, também rebate a crítica relativa à instrumentalização do ser humano (“inclusão do agente entre os objetos do Direito das Coisas”) sustentando que na teoria da prevenção geral positiva⁵⁴¹ a pena deve ser legitimada por meio do valor da ordem em nome de cuja manutenção se pune, e não através do argumento do bem-estar das outras pessoas. Segundo o autor, a teoria absoluta não resolve o problema da legitimação, pois punir o agente “porque ele cometeu um crime” só é justo também quando a infração for legitimamente definida. A teoria de Kant,

⁵³⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Op. cit., p. 236.

⁵³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 98.

⁵⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Op. cit., p. 36-37.

⁵⁴¹ “Segundo o modelo da prevenção geral positiva, anteriormente exposto, a pena deve garantir a segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando, assim, a existência da própria sociedade. O modelo não fornece uma justificativa para tal proceder, pressupondo, antes, que a ordem social é digna dos custos que são impostos ao violador da norma” (JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Op. cit., p. 35).

porém, nada fornece sobre a definição do crime, limitando-se a presumir a legitimidade da definição, classificando a lei penal como imperativo categórico.

Segundo as teorias relativas, portanto, a pena se justifica pela finalidade de prevenção de delitos, ou seja, por seus efeitos de *prevenção geral e especial*, que atualmente são entendidos em dois sentidos, um negativo e outro positivo.

De acordo com a *teoria da prevenção geral*, em seu sentido negativo, a pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos. No sentido atual, o conceito foi introduzido por Feuerbach (além de Filangieri e Bentham), que considerou a pena, em seu momento de cominação legislativa, uma ameaça legal aos cidadãos para que não cometam crimes (doutrina da coação psicológica). A execução da pena, portanto, serviria apenas para mostrar a seriedade da ameaça.⁵⁴²

Claus Roxin,⁵⁴³ porém, aponta três defeitos na teoria da prevenção geral negativa. Primeiro, a intimidação tende a criar um clima de terror estatal, ou seja, quanto maior a pena, teoricamente seria mais eficaz a prevenção. Segundo, o efeito intimidador não se verifica em todos os agentes, como é o caso dos delinquentes profissionais e dos delinquentes impulsivos ocasionais, bem como nos casos de crimes contra a vida e contra a honra. Terceiro, a intimidação esbarraria na impossibilidade de instrumentalização do ser humano, ou seja, não se justifica que a pena seja imposta a uma pessoa pensando-se unicamente nos efeitos que possam ser produzidos em um terceiro.

Günther Jakobs⁵⁴⁴ argumenta que a teoria da prevenção geral negativa mede a vantagem potencial do delinquente e compensa essa vantagem com um mal, porém, não considera os danos que o fato gera para a ordem social. Assim, considerando a prevenção geral negativa, em um assassinato cometido para obtenção de algumas centenas de euros, uma multa de alguns milhares de euros poderia produzir efeito preventivo, enquanto na difamação cometida com fim de incrementar a carreira, apenas pode ser mal suficiente uma privação de liberdade por muitos anos.

Por outro lado, Jorge de Figueiredo Dias rejeita tais críticas e define a prevenção geral em sua dupla perspectiva (negativa e positiva).

A aludida atuação estatal sobre a generalidade das pessoas assume porém, ainda, uma dupla perspectiva que se vem a revelar essencial para

⁵⁴² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 63-64.

⁵⁴³ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 23-25.

⁵⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Op. cit., p. 44.

uma correta e adequada concepção dos fins das penas, tal como ela deve ser defendida na atualidade. A pena pode ser concebida, por uma parte, como forma estatalmente acolhida de *intimidação* das outras pessoas através do mal que com ela se faz sofrer ao delinquente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais: fala-se então, a este propósito, de *prevenção geral negativa ou de intimidação*. Mas a pena pode ser concebida, por outra parte, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a *confiança* da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica apesar de todas as violações que tenham tido lugar: neste sentido fala-se hoje de uma *prevenção geral positiva ou de integração*.⁵⁴⁵

Figueiredo Dias ressalta que a prevenção, ao contrário da teoria retributiva, pode ser ligada diretamente à função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos, pois, considerada tal função, revela-se perfeitamente compreensível que a pena tenha finalidade de atuar preventivamente sobre a generalidade das pessoas, seja no momento da cominação, da aplicação ou da execução da sanção penal.⁵⁴⁶

Além disso, o autor português recusa o argumento de que os índices crescentes da criminalidade (não o real, com a “cifra negra”, mas o índice da criminalidade “conhecida pela polícia”) revelam a ineficácia da finalidade preventiva atribuída à pena. Isso porque é indiscutível o cumprimento da finalidade preventiva em relação à maioria da população e porque tal argumento apenas comprovaria (se fosse o caso) a pouca efetividade da pena propriamente dita e não da finalidade que lhe é atribuída.⁵⁴⁷

Destarte, conforme acima mencionado, a prevenção geral pode ser encarada no sentido positivo ou de integração e, assim, a pena se justifica para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na vigência das normas penais, ou seja, a pena como instrumento idôneo para garantir à comunidade a vigência e a não ruptura da ordem jurídica apesar da violação perpetrada. Segundo esta perspectiva, a norma deve ser estimulada em seu cumprimento, sendo esse um processo de formação da pessoa, com oportunidades de assimilar os valores básicos da sociedade.

⁵⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 99. Logo em seguida, porém, o autor ressalva a fraqueza teórica e prática da doutrina da prevenção geral se encarada unicamente pela perspectiva negativa (intimidação), pois, nesse caso, torna-se impossível determinar o *quantum* de pena necessário para tal efeito e, ainda, a não erradicação do crime pode gerar uma tendência de elevação das penas, correndo-se o risco de descambar para um *direito penal do terror* com violação da dignidade humana (Ibid, p. 101).

⁵⁴⁶ Ibid, p. 100-101.

⁵⁴⁷ Ibid, p. 101.

Santiago Mir Puig⁵⁴⁸ agrupa os partidários da prevenção geral positiva em duas categorias: aqueles que defendem esta forma de prevenção como *fundamentadora* (e ampliadora) da intervenção penal e aqueles que pretendem utilizar esta prevenção como *limitadora* da prevenção geral negativa (intimidação) e da prevenção especial. A primeira tendência pretende conferir à pena e ao direito penal a missão de formação de valores morais na coletividade, influenciando na consciência ético-social do cidadão em sua atitude perante o Direito (Hans Welzel⁵⁴⁹ e Gunther Jakobs). A segunda tendência mencionada pretende limitar as exigências de intimidação, conferindo à sanção penal a função de perseguir a proteção efetiva da consciência social da norma através de uma pena proporcional (reformulação da idéia de retribuição) e ressocializadora (Winfried Hassemer). Além disso, Claus Roxin também se manifesta contrário à intimidação, propugnando uma prevenção geral (positiva) compensadora ou integradora.

As diferentes concepções dos dois expoentes da prevenção geral positiva (Jakobs e Roxin) devem ser analisadas separadamente: a primeira aqui, entre as teorias relativas ou preventivas e a segunda entre as mistas ou unificadoras, em razão de sua natureza (combinação de finalidades *preventivas*) e da própria designação utilizada por seu autor (*teoria dialética unificadora*).

Com efeito, Günther Jakobs⁵⁵⁰ denomina *violação normativa* o comportamento que contradiz a norma, ou seja, que desautoriza a norma e provoca um conflito social na medida em que a norma é questionada enquanto modelo de orientação social. A pena surge então como oposição à violação normativa executada à custa do agente, porém, não é função da pena evitar a lesão a bens jurídicos. Segundo a teoria da prevenção geral positiva deste autor, “a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma”.⁵⁵¹ O caráter preventivo na teoria de Jakobs, portanto, encontra-se na finalidade de evitar através da pena, não delitos futuros, mas sim a erosão normativa da sociedade.

De acordo com Günther Jakobs,⁵⁵² a pena tem função preventiva e é aplicada para *exercitar a confiança normativa* (proteção pela validação da confiança

⁵⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Op. cit., p. 132.

⁵⁴⁹ O autor espanhol esclarece que Welzel não considerou esta função ético-social do direito penal como integrante da prevenção geral, mas sim como vinculada à retribuição justa. Todavia, afirma ser evidente o caráter preventivo com que Welzel defende a mencionada função ético-social (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Op. cit., p. 133).

⁵⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Op. cit., p. 26.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 32-34.

daqueles que confiam na norma), para *exercitar a fidelidade jurídica* (ao impor consequências dispendiosas ao comportamento violador da norma, aumenta a chance de que este seja aprendido, em geral, como alternativa incabível) e para *exercitar a aceitação das consequências* (por meio da pena, ensina-se a conexão entre comportamento e obrigação de arcar com os custos). O autor admite apenas secundariamente os efeitos de intimidação da pena, afirmando que não deve ser função da pena provocá-los.

Günther Jakobs⁵⁵³ adverte, porém, que sua teoria da prevenção geral positiva não abrange todos os setores do processo punitivo, ou seja, deixa alguns momentos deste processo sem configuração, os quais devem ser preenchidos pela prevenção especial de forma subsidiária (rejeita as teorias da retribuição, da expiação e da prevenção geral negativa). Assim, a execução da pena seria orientada pela prevenção especial, a qual repercute também sobre as margens penais escolhidas no momento legislativo e sobre a aplicação judicial da pena. Por outro lado, o autor rejeita a culpabilidade como limite da prevenção geral positiva sustentando que a pena limitada pela culpabilidade impede que seja dada à prevenção o que esta exige, fazendo-a desaparecer (uma pena adequada à culpabilidade não pode ser fundamentada com objetivos de “educação” se é, em razão da culpabilidade, muito pequena para atingir a finalidade pretendida). Acrescenta o autor referido que a medida da pena deve ser estabelecida de acordo com o estágio de desenvolvimento da sociedade (“experiência valorativa social concreta”), ou seja, conforme suposições sobre a periculosidade da conduta para a sociedade. Além disso, nos modelos preventivos que se limitam pela culpabilidade não é possível saber se os limites superiores das margens penais deixaram de ser superados em razão da culpabilidade ou porque seu aumento seria desnecessário do ponto de vista preventivo.⁵⁵⁴

De acordo com alguns autores,⁵⁵⁵ Jakobs parte de uma perspectiva funcionalista (*funcionalismo sistêmico* ou *radical*), inspirada nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann,⁵⁵⁶ para sustentar a teoria da prevenção geral positiva, justificando a pena

⁵⁵³ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Op. cit., p 53-54.

⁵⁵⁴ *Ibid*, p. 39-40.

⁵⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 222; GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, out./dez. 2000, p. 139; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2001, p. 39.

⁵⁵⁶ Luis Greco resume assim o pensamento de Luhmann: “o mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido. As possibilidades do agir humano são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão. O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um ‘elemento de perturbação’: não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, o de *expectativa*, desempenha um valor central na teoria de Luhmann: são

como fator de coesão do sistema político-social diante de sua capacidade para restaurar a confiança coletiva abalada pelas transgressões, estabilizar o ordenamento jurídico e, por conseguinte, renovar a fidelidade dos cidadãos nas instituições.

Jorge de Figueiredo Dias,⁵⁵⁷ porém, aponta uma exasperada “normativização” na concepção de Jakobs que atribui à pena a função estabilizadora das expectativas na validade da norma e nega a função de proteção de bens jurídicos, ressaltando que esta idéia pode direcionar a pena e o direito penal para uma função puramente *simbólica*. O autor português sustenta que a função da pena é a de proteção necessária de bens jurídicos no caso concreto, com um sentido prospectivo de necessária tutela da confiança e das “expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada”. Assim, a idéia da estabilização das expectativas comunitárias seria “apenas uma forma plástica de tradução daquela idéia essencial” de proteção de bens jurídicos.

Da mesma forma, Santiago Mir Puig⁵⁵⁸ ressalva que a prevenção geral positiva deve ser entendida de modo a limitar a tendência de uma prevenção geral meramente de intimidação, o que implicaria restringir a intervenção estatal através da consideração de diversos princípios limitadores, como, por exemplo, a proporcionalidade entre delito e pena. Tal construção evitaria os excessos que uma prevenção geral ilimitada poderia causar ao recomendar penas mais elevadas para crimes menos graves, em razão da ausência de barreiras da moral social (ex. no caso do crime de aborto, a pena recomendada pela prevenção geral seria gravíssima para compensar a levíssima sanção social ao fato, ou seja, para neutralizar a falta de firmeza da proibição do aborto em amplos setores sociais).

Enrique Bacigalupo, por sua vez, destaca que a prevenção geral positiva supera as objeções que invalidam as demais teorias da pena (fracasso concreto da

as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura. E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais. Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. Luhmann prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta suas expectativas à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: ‘normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente’. Mas as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um ‘processamento das decepções’: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 139-140).

⁵⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 130-131.

⁵⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 65-66.

intimidação e da ressocialização), “na medida em que estas faziam referência a certas consequências que exigiam uma verificação empírica”.⁵⁵⁹ Além disso, o autor rejeita a crítica de que a prevenção geral positiva nega a ideologia da ressocialização, afirmando que a teoria defendida não impede um desenvolvimento da fase de execução e que a mesma tem o “mérito de não criar falsos otimismo em relação às possibilidades da execução da pena privativa de liberdade e, desse modo, origina, necessariamente, uma discussão sobre as alternativas reais a esta pena”.⁵⁶⁰

A *teoria da prevenção especial* (ou individual) justifica a imposição da pena para prevenir delitos que possam ser cometidos por um determinado agente, ou seja, aquele que já praticou o delito. A prevenção especial, portanto, não se dirige à coletividade, mas sim ao delinquente e, além disso, não produz efeitos no momento da cominação legal, mas sim em momento posterior, vale dizer, na aplicação judicial e na execução da pena.

A teoria mencionada foi apresentada como alternativa mais moderna que a prevenção geral e teve em Franz von Liszt seu principal divulgador (Programa de Marburgo). Para von Liszt, a pena tem função de prevenção especial por meio da *intimidação* (do delinquente, não da coletividade), da *correção* (atualmente ressocialização) e da *inocuidade*, que corresponderiam às três categorias de delinquentes existentes, ou seja, os ocasionais, os de estado e os incorrigíveis. O autor alemão combateu, com base na teoria da prevenção especial, as penas de prisão de curta duração por sua ineficácia educativa e pelos prejuízos ao réu, sustentando, porém, as penas mais longas.⁵⁶¹ Santiago Mir Puig afirma que a posição de Liszt está fundada em uma “concepção de Direito penal como instrumento de luta contra o crime, luta dirigida às *causas empíricas do delito*, que se refletiriam na personalidade do delinquente”.⁵⁶²

⁵⁵⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Op. cit., p. 31. Winfried Hassemer afirma que a prevenção geral positiva exige confirmação empírica apenas em relação ao aspecto do conhecimento da norma (prevenção de integração), pois a formalização do controle social tem caráter normativo e é ordenado, e não encontrado. A possibilidade de intervenção (influência) da formalização no controle social extrapenal é uma esperança, mas não sua justificação. Assim, para a prevenção geral positiva, “é suficiente que o sistema jurídico-penal colabore de um modo diferenciado com o controle social em geral e atue em uma correlação” (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Op. cit., p. 427-428). Alamiro Velludo Salvador Netto, porém, aponta que a impossibilidade de comprovação empírica dos efeitos sociais da prevenção geral positiva a transformaria, “como tudo não comprovado, mais em uma profissão de fé ou princípio de articulação dogmática” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. Op. cit., p. 235).

⁵⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Op. cit., p. 31.

⁵⁶¹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Op. cit., p. 226.

⁵⁶² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 68.

Segundo a formulação esclarecedora de Claus Roxin,⁵⁶³ a prevenção especial pode ocorrer da seguinte forma: corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável, e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável. Atualmente, portanto, a prevenção especial pode ser entendida em dois sentidos, ou seja, um negativo (neutralização pela prisão) e outro positivo (ressocialização ou reinserção social).

Com efeito, alguns entendem que a “correção” do delinquente não pode ser alcançada e que a pena deve apenas *intimidar* o agente para que não volte a delinquir; enquanto outros entendem que a pena deve obter *defesa social* através da segregação ou separação do delinquente para *neutralizar* sua periculosidade social. Em ambas as concepções é a idéia negativa da prevenção especial que prevalece. De outro lado estão aqueles que pretendem dar à pena uma finalidade de prevenção especial positiva, seja de reforma interior (moral) do delinquente, com “sua adesão íntima aos valores que conformam a ordem jurídica”, seja de correção através do “tratamento das tendências individuais que conduzem ao crime”. Tais pretensões, porém, devem ser reduzidas à finalidade de criar e oferecer condições para uma vida futura sem delitos, ou seja, de “prevenção da reincidência” (prevenção especial positiva ou de socialização), rejeitando-se a correção moral ou o tratamento médico das tendências individuais do delinquente.⁵⁶⁴

Entretanto, Claus Roxin⁵⁶⁵ novamente apresenta três objeções à teoria referida. Primeiro, afirma que a prevenção especial não permite uma limitação do poder punitivo do Estado quanto ao seu conteúdo e quanto ao tempo de duração das penas. Assim, seria possível um regime político no poder submeter a tratamento penal os inimigos políticos, além da possibilidade de penas indefinidas (até alcançar a definitiva “correção”). Segundo, não seria necessário aplicar a pena quando não houvesse risco de reincidência ou quando o agente estivesse socialmente “integrado”, mesmo nos crimes mais graves. Terceiro, afirma que a prevenção especial não contém justificção em si mesma para o fim propugnado para a pena.

Mais importante é perguntar: o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a

⁵⁶³ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 20.

⁵⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 103 e 105.

⁵⁶⁵ Roxin reconhece que tais consequências foram extraídas apenas pelos defensores mais radicais da prevenção especial, porém, conclui que essa possibilidade comprova a carência da teoria da prevenção especial (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 21).

sua vontade pessoas adultas? Porque não hão-de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos de seus concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?”⁵⁶⁶

Por outro lado, Jorge de Figueiredo Dias afirma que a prevenção especial revela particular sintonia com a função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos na medida em que pretende exatamente evitar novos delitos através da prevenção da reincidência. Além disso, afirma que o Estado só se legitima para impor uma restrição ao delinquente quando esse mal pode ser socialmente positivo, como é no caso da socialização, ou quando, em casos excepcionais, a socialização se revele impossível, mas os interesses de segurança da generalidade (defesa social) prevaleçam sobre o mal imposto através da pena. Destarte, conclui o penalista português que “o pensamento da prevenção individual é uma componente irrenunciável das finalidades da pena e também para a qual não se divisa ainda hoje alternativa”.⁵⁶⁷

Da mesma forma, a prevenção especial assume papel relevante no domínio do direito penal econômico, inclusive com maior eficácia, tendo em vista que o receio da publicidade negativa pode afastar o delinquente econômico (*white-collar*) de novas práticas ilícitas. Por outro lado, não merece prevalecer o argumento de que este tipo de delinquente dispensa ressocialização porque já está integrado à sociedade. Com efeito, o *white-collar* revela evidente *defeito de socialização*, o que justifica a adoção de métodos estatais para a prevenção de futuros delitos.

O grande argumento seria o de que não tem qualquer sentido tentar a socialização de pessoas que – dado o seu alto *status* econômico-social, a respeitabilidade de que se reveste o seu modo-de-vida, a estabilidade da sua inserção comunitária – possuiriam já um alto grau de socialização e não precisariam, por isso, de passar por uma estratégia de “recuperação social”. Este argumento, permito-me dizê-lo, não me convence minimamente. Ele continua, em meu parecer, demasiado apegado ainda a uma concepção totalizante – e totalitária ... – da recuperação social, como uma espécie de tratamento imposto no sentido da alteração das concepções *globais* do delinquente. E não é uma concepção destas que poderei augurar um bom futuro. Também o crime econômico revela, em princípio, um *defeito de socialização* – que não tem que ver com a

⁵⁶⁶ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 22.

⁵⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 105. O autor português, porém, faz também algumas ressalvas sobre a prevenção especial. Assim, o autor recusa a possibilidade de correção moral do delinquente, bem como rejeita o paradigma médico ou clínico da prevenção especial, sempre que ele se tome como tratamento coativo das tendências criminosas do apenado (Ibid, p. 105).

Weltanschauung do delinquente, com a estabilização da sua inserção (cultural, econômica, familiar) na comunidade, mas concretamente com a sua atitude pessoal perante uma especial orientação estadual em matéria sócio-econômica. Também em vista de um tal defeito se torna uma obrigação para o Estado proporcionar ao delinquente, como atrás acentuei, o máximo de condições favoráveis para que, no futuro, não volte a cometer crimes.⁵⁶⁸

As qualidades da prevenção especial, portanto, devem ser reconhecidas. Esta teoria tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização da reação penal estatal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de ressocialização, esta entendida como proposta ou oferta de reinserção social e redução dos efeitos dessocializadores da pena.

5.2.3 Teorias mistas ou unificadoras

Da combinação entre os diferentes aspectos das correntes acima mencionadas surgiram teorias ecléticas denominadas *mistas ou unificadoras*. A teoria eclética foi iniciada na Alemanha por Merkel e constitui opinião dominante neste país, bem como na Espanha. A retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial seriam aspectos distintos de um fenômeno complexo como a pena.⁵⁶⁹

Com efeito, Gudín Rodríguez-Magariños⁵⁷⁰ cita Muñoz Conde e descreve as diferentes finalidades da pena de acordo com as suas respectivas fases (cominação, aplicação e execução). Segundo o autor, portanto, a prevenção geral é decisiva no momento da ameaça penal (cominação), porém, se uma infração penal é cometida a despeito da ameaça, a pena deve ser aplicada no momento judicial com caráter predominante de retribuição, executando-se a pena em seguida com finalidade de prevenção especial. Da mesma forma, Enrique Bacigalupo⁵⁷¹ reconhece na teoria da prevenção geral positiva uma função social utilitária, consistente na comunicação de uma mensagem destinada a fortalecer a confiança na vigência da norma violada, possibilitando a articulação com as teorias absolutas (retribuição), na forma própria das *teorias da união*.

⁵⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130-131.

⁵⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 71.

⁵⁷⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 140.

⁵⁷¹ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Op. cit., p. 33-34.

Em geral, as teorias ecléticas atribuem ao direito penal a função de proteção da sociedade. Entretanto dividem-se em duas grandes correntes: por um lado, aqueles que fundamentam a pena na retribuição justa, deixando à prevenção um papel complementar dentro do marco da retribuição na determinação da pena; por outro lado, aqueles que colocam a defesa da sociedade como fundamento da pena (proteção de bens jurídicos), deixando a retribuição, ainda que chamada de outra forma (culpabilidade), como limite máximo das exigências de prevenção, impedindo que estas conduzam a uma pena superior àquela merecida pelo fato.⁵⁷²

Claus Roxin⁵⁷³ critica as teorias meramente unificadoras ou aditivas sob o argumento de que representam, no mais das vezes, pura justaposição das diversas teorias destruindo a lógica imanente a cada concepção, como também aumentando o âmbito de aplicação da pena, convertendo a reação penal estatal em meio utilizável para sanar qualquer infração à norma. Esta concepção unificadora quebraria a idéia de que o direito penal deve ser utilizado de forma subsidiária, como *ultima ratio*. Argumenta, ainda, contra a teoria unificadora, a impossibilidade de se misturar teorias que negam fins à pena (retributivas) com outras que atribuem fins a ela (preventivas).

Nesse sentido, Claus Roxin⁵⁷⁴ formula sua *teoria dialética unificadora* que centraliza a questão nas três fases essenciais da pena: cominação legal, aplicação judicial e execução da condenação. No primeiro momento (cominação legal), as cominações penais se justificam por motivos de prevenção geral, ou seja, quando necessário para proteção subsidiária de prestações públicas e bens jurídicos. Entretanto, o autor não limita a prevenção geral ao seu aspecto negativo, afirmando que a cominação da pena também deve informar o âmbito do proibido a quem não necessita de intimidação.⁵⁷⁵ No segundo momento (aplicação judicial), a pena deve ser aplicada com função de

⁵⁷² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 71. Jorge de Figueiredo Dias divide as teorias mistas ou unificadoras da seguinte forma: 1. teorias em que reentra a idéia da retribuição ou *doutrinas diacrônicas* dos fins da pena, que se identificam com aquelas chamadas de *unificadoras aditivas* por Roxin; 2. teorias da *prevenção integral*. Segundo o autor português, as primeiras justificam na retribuição a aplicação da pena e na prevenção a cominação (geral) e a execução (especial). Por outro lado, as segundas produzem uma unificação entre os fins preventivos (geral e especial) para justificar a pena e excluem a idéia de retribuição como fundamento da pena, inclusive algumas (von Liszt, Hassemer, Jakobs) recusando o princípio da culpabilidade como limite da punição e substituindo este conceito pela *perigosidade* ou pela *proporcionalidade* e outras (Roxin) mantendo a culpabilidade como limite da pena (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 109-111).

⁵⁷³ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 26 e 44.

⁵⁷⁴ *Ibid*, p. 31-40.

⁵⁷⁵ Paulo de Souza Queiroz aponta características de prevenção geral *positiva* na teoria de Roxin quando este menciona o necessário “fortalecimento da consciência jurídica da comunidade” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58).

proteção subsidiária e preventiva (geral⁵⁷⁶ e especial) de bens jurídicos e de prestações estatais, limitada pela medida da culpa (culpabilidade). A culpabilidade, porém, é entendida como limite e não como fundamento único da pena, afastando-se o princípio da culpabilidade da teoria da retribuição.⁵⁷⁷ No terceiro momento (execução), a pena deve ser executada com finalidade de prevenção especial, mormente a ressocialização.

A teoria preventiva descrita (dialética unificadora) decorre da postura funcionalista adotada por Roxin (*funcionalismo teleológico* ou *moderado*). Assim, o autor supera o dogma liszteano (von Liszt) segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal. A política criminal não é apenas um conceito “instrumental”, ou seja, aquele segundo o qual a política criminal é o conjunto de medidas eficazes para obtenção de quaisquer fins (que não se importa com a legitimidade das medidas e dos fins). Este conceito de política criminal é substituído por outro cheio de conteúdo, capaz de integrar tanto o interesse na evitação e persecução do crime como a preservação das liberdades e garantias individuais (direitos humanos e princípios do Estado de direito e do Estado social integram-se nas valorações político-criminais). Com efeito, as valorações político-criminais não são relativas, mas advém diretamente da ordem constitucional do Estado democrático de direito que respeita e promove a dignidade humana e os direitos fundamentais.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Assim como na cominação da pena, o autor não limita a prevenção geral na aplicação ao seu aspecto negativo, afirmando que o conceito deve significar a salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 33).

⁵⁷⁷ Segundo Roxin, os conceitos de dignidade humana e de autonomia da pessoa pressupõem a concepção do homem como um ser capaz de culpa e responsabilidade. Assim, independentemente do reconhecimento de um livre arbítrio, deve ser reconhecido “o princípio da culpa na esfera normativa das regulamentações ordenadoras da sociedade, como uma disposição da comunidade jurídica que protege o particular da superioridade de um poder estatal que viole a personalidade daquele”. A culpabilidade do delinquent, portanto, justifica a *aplicação* da pena porque, “como membro da comunidade, tem de responder por seus atos na medida da sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade”, e não porque aquele tenha que suportar um mal devido a um imperativo categórico (retribuição). Em nota posterior, o autor reconhece que a culpabilidade, enquanto limite da pena, é uma condição necessária desta e, portanto, também a fundamenta. Esclarece, porém, que a culpabilidade não é suficiente para, por si só, fundamentar a pena, ou seja, uma conduta culpável só justifica a aplicação da pena se esta for necessária por motivos preventivos (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 35-38). Jorge de Figueiredo Dias, porém, afirma que a teoria unificadora de Roxin fundamenta a pena exclusivamente na prevenção (geral e especial), sem afastar o princípio da culpabilidade como pressuposto e limite de sua medida, mas admite a idéia da retribuição, ainda que de maneira “encoberta”, ao sustentar que a medida da pena deve ser obtida dentro de uma moldura de culpabilidade (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 112). Santiago Mir Puig aponta que a limitação da pena pela culpabilidade é o único aspecto da teoria retributiva admitido por Roxin, que rejeita a outra exigência do retribucionismo, qual seja, a de que a pena não pode ser inferior ao que impõe a culpabilidade. Além disso, Mir Puig acrescenta que em trabalhos mais recentes o autor alemão acentuou a importância da prevenção especial na determinação da pena (MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Op. cit., p. 75).

⁵⁷⁸ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 136-137.

5.3 As finalidades da pena e o monitoramento eletrônico

Diante dos argumentos e questionamentos expostos, infere-se que uma única teoria ou explicação do fenômeno da pena não é suficiente para legitimar a intervenção penal do Estado. Primeiro porque todas as teorias encontram críticas consistentes e de difícil superação; segundo porque a pena pode ser analisada e justificada em diversos momentos (cominação, aplicação e execução), o que dificulta uma solução única, ou seja, diferentes teorias podem ser mais adequadas de acordo com o momento considerado.

De modo geral, porém, pode-se afirmar que a intervenção penal (pena) se justifica e se legitima por motivos *preventivos*, ou seja, porque a proteção de determinados bens jurídicos é indispensável à vida comunitária. Em outras palavras, a pena é cominada, aplicada e executada para (com a função de) prevenir a prática de futuros crimes,⁵⁷⁹ ou seja, para a proteção subsidiária de bens jurídicos, não obstante o reconhecimento de que a retribuição faz parte da própria essência da sanção penal. Nessa perspectiva preventiva, portanto, para proteger bens jurídicos, a pena deve cumprir a *finalidade* de prevenção geral positiva como ponto de partida⁵⁸⁰ e de prevenção especial, em regra positiva e excepcionalmente negativa, como ponto de chegada.⁵⁸¹

Entretanto, a pena pode também ser justificada de forma específica nas diferentes fases ou momentos da intervenção penal. No momento legislativo de cominação, portanto, a pena se justifica pela finalidade de prevenção geral positiva.⁵⁸² No momento judicial da aplicação, a pena se justifica por razões de prevenção geral e especial, ou seja, a

⁵⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 129.

⁵⁸⁰ No plano fático (do *ser*), parece inegável a ocorrência de efeitos negativos de intimidação, ainda que não pretendidos, o que não invalida a idéia da prevenção geral positiva ou de integração enquanto programa normativo (política criminal). Jorge de Figueiredo Dias chega a afirmar que o efeito lateral de intimidação da pena é, em muitos casos, até desejável (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 132).

⁵⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 133-134.

⁵⁸² Segundo Roxin, a finalidade de prevenção geral das cominações penais decorre da natureza das coisas, pois as cominações “precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reações retributivas ou de prevenção especial” (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 31). Ferrajoli, comentando sobre a predeterminação legal da pena, observa que as opções do legislador em relação às margens penais (limites mínimos e máximos) revelam uma escala de valores ou de bens penalmente protegidos pelo ordenamento. Segundo o autor italiano, “ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio de proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador consideramos de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 323). No mesmo sentido: HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Op. cit., p. 382-383.

determinação da medida da pena (pena concreta) deve ser orientada por essas finalidades preventivas, observando o limite máximo intransponível da culpabilidade. Assim, a pena deve ser determinada em *qualidade* e *quantidade* dentro de uma moldura de prevenção geral positiva, na qual podem e devem atuar considerações de prevenção especial, em regra positiva e excepcionalmente negativa, sendo que estas devem determinar, em última instância, a *medida da pena*,⁵⁸³ observando o limite da culpabilidade.⁵⁸⁴ Por fim, no momento da execução a pena deve ser cumprida com finalidade de prevenção especial, mormente em seu aspecto positivo de ressocialização, entendida esta como proposta de reinserção social e redução dos efeitos dessocializadores da pena, com as devidas garantias à sociedade.

No plano do direito positivo, o Código Penal brasileiro estabelece, de forma expressa e inédita em nossa história legislativa, que a pena deve ser *aplicada* no momento judicial conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime (art. 59 do CP – redação pela Lei nº 7.209/1984). Ressalte-se que o dispositivo legal mencionado refere-se à finalidade de *reprovação* do crime, ou seja, a um necessário juízo

⁵⁸³ De acordo com Jorge de Figueiredo Dias, “existe uma *medida ótima de tutela dos bens jurídicos* e das expectativas comunitárias” que a pena deve alcançar e que não pode ser excedida por considerações de prevenção especial (periculosidade), mas pode ser reduzida até o limiar mínimo chamado de *defesa do ordenamento jurídico*, abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem prejudicar sua função de tutela de bens jurídicos. Assim, a pena deve ser “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” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 131-133 e 135). Por outro lado, Luigi Ferrajoli sustenta que a determinação judicial da pena deve referir-se apenas à *quantidade* e não à *qualidade* da pena (cabe apenas ao legislador definir qual é a pena do delito). Além disso, o autor italiano afirma que na aplicação da pena devem ficar excluídas as considerações ou juízos em matéria de prevenção ou de defesa social, “posto que dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não a justiça do caso concreto, o juiz não pode propor finalidades de prevenção geral que fariam de cada uma de suas condenações uma sentença exemplar” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 323-326).

⁵⁸⁴ Jorge de Figueiredo Dias sustenta que a culpabilidade não é *fundamento* da pena, mas sim pressuposto e limite inultrapassável da pena (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Op. cit., p. 112 e 134). Nesse sentido, o autor esclarece: “Assim entendidas as coisas, parece dispensável – se não for mesmo equívoca – a ideia de que (não as finalidades, mas a) a legitimação da pena repousa substancialmente num duplo fundamento: o da prevenção e o de culpa; e isto porque a pena só seria legítima quando é necessária de um ponto de vista preventivo e, para além disso, é justa, não se tratando deste modo de uma união eclética de elementos heterogêneos, mas de uma justificação cumulativa. Esta acumulação, na parte em que é exacta, já encontra plena tradução na ideia de que a culpa é pressuposto indispensável e limite inultrapassável da pena, não se tornando necessário turvar a limpidez da natureza exclusivamente preventiva das *finalidades* da pena com exigências (se bem que justificadas) de justiça e de merecimento da sua aplicação. Toda a pena que responda adequadamente às exigências preventivas e não exceda a medida da culpa é uma pena justa” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 83-84). Em sentido contrário, porém, María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella afirmam que “a culpabilidade é, ao mesmo tempo, *fundamento* e *limite* da pena” (FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Op. cit., p. 155).

de reprovabilidade sobre o fato (culpabilidade) como pressuposto e limite da pena. A necessária consideração da culpabilidade no momento da aplicação da pena torna efetivo o princípio da proporcionalidade da pena no caso concreto e também impede que a pena seja aplicada por critérios exclusivamente utilitários. Além disso, a Lei de Execução Penal prescreve que a *execução penal* deve proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º da Lei nº 7.210/1984).⁵⁸⁵

É certo, portanto, que o monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais (seja como método de cumprimento, seja como alternativa penal propriamente dita), deve ser aplicado e executado de modo a atender as exigências legais estabelecidas, as quais inclusive coincidem, em grande parte, com as recomendações de política criminal predominantes na doutrina penal e aqui sustentadas.

Nos momentos da cominação e aplicação da pena, o monitoramento eletrônico deve ser previsto e utilizado como verdadeira alternativa penal (substituição da prisão), seja possibilitando o cumprimento da prisão em meio aberto (regimes semi-aberto e aberto), seja constituindo uma alternativa efetiva e confiável à disposição do aplicador da lei (pena alternativa e medida cautelar). Assim, o monitoramento eletrônico pode concretizar a antiga pretensão de extensão e consolidação das penas alternativas, deslocando a prisão para casos graves e realmente necessários e atendendo às finalidades preventivas requeridas (prevenção geral e especial).

Na execução, o monitoramento eletrônico deve ser utilizado sempre que representar vantagem para fins de reinserção social, mormente possibilitando o cumprimento da pena privativa de liberdade em meio aberto para, sem prejuízo à

⁵⁸⁵ Nesse sentido, o Projeto Alternativo alemão de 1966 propôs em seu parágrafo 2º: “As penas e medidas de segurança servem para a proteção dos bens jurídicos e para a reintegração do autor na comunidade jurídica”. Mais recentemente, a Lei de Execução Penal alemã estabeleceu as seguintes “finalidades da execução”: “Na execução da pena privativa de liberdade o preso deve se tornar capaz de futuramente, com responsabilidade social, levar uma vida sem delitos” (§2º, proposição 1); “A execução da pena privativa de liberdade serve também para proteção da sociedade em face de outros delitos” (§2º, proposição 2) (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Op. cit., p. 373). A reforma do Código Penal português ocorrida em 1995 introduziu em seu art. 40, sob a epígrafe “finalidades das penas e das medidas de segurança”, a seguinte disposição: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa à proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Op. cit., p. 84). Da mesma forma, a Constituição espanhola de 1978 estabelece no art. 25.2: “As penas privativas da liberdade e as medidas de segurança estão orientadas para a reeducação e a reinserção social e não podem consistir em trabalhos forçados. (...)”; e a Constituição italiana de 1948 dispõe que as penas “devem visar a reeducação do condenado” (art. 27). Cf. GOUVEIA, Jorge Barcelar. *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis, 2000 (Direito, Legislação; 17). A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), por sua vez, estabelece no art. 5º, § 6º que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade será “a *reforma* e a *readaptação social* do condenado”. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. Op. cit., p. 99.

segurança social, manter os laços familiares, comunitários e trabalhistas do apenado. Nesse sentido, pode ser utilizado na execução de penas restritivas de direitos e na fiscalização de certos benefícios processuais, gerando condições concretas para o aumento das hipóteses legais de concessão e até mesmo aumento das situações de convencimento judicial em relação ao benefício.

André Valloton⁵⁸⁶ inclusive destaca a importância da avaliação científica de novas penas e novas formas ou métodos de execução penal, como é o caso do monitoramento eletrônico, apontando algumas constantes que devem ser consideradas. De início, a aceitação da nova pena pela população é um fator importante para a prevenção geral. Assim, a vigilância eletrônica deve ser reconhecida como pena (ou modo de execução) pela população para que tenha eficácia dissuasiva e seja percebida também pela vítima. Além disso, a avaliação deve aferir a viabilidade prática do monitoramento eletrônico e a possibilidade de eventuais incidentes. Da mesma forma, o cumprimento da finalidade de prevenção especial deve ser analisado com prioridade. Nesse sentido, além da reincidência devem ser considerados outros fatores de risco determinantes como as atitudes e os sentimentos antissociais, a estabilidade familiar, a identificação com papéis e modelos, o domínio de si e a atitude de resolver problemas, a presença de uma dependência ou a estabilização de uma doença mental.

5.3.1 Monitoramento eletrônico como alternativa penal: fundamento e finalidades específicas das penas alternativas

A busca por alternativas à pena privativa de liberdade é antiga e decorre diretamente do modelo de Estado adotado pela Constituição, bem como das finalidades preventivas atribuídas à sanção penal.

A Constituição Federal de 1988 constituiu no *caput* do art. 1º o Estado Democrático de Direito, consagrando nesse conceito os princípios do Estado social e do Estado liberal.⁵⁸⁷ O mesmo dispositivo constitucional estabelece os *fundamentos* do Estado

⁵⁸⁶ VALLOTTON, André. Surveillance électronique, expérimentation et évaluation. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 160-161.

⁵⁸⁷ Segundo Alberto Silva Franco: “Em resumo, o Estado Social e Democrático de Direito é aquela *concepção sintética* que reúne, em relação dialética, a idéia de Estado de Direito, isto é, de um Estado regido pelo Direito que provém da vontade geral expressa pelo povo e de um Estado social que interfere, direta e imediatamente no jogo social; é a fusão entre o Estado-guardião do cidadão e do Estado intervencionista das relações sociais, a que se acresce a idéia da democracia, isto é, do Estado que exclui a prepotência e é, por sua formação e por seu conteúdo organizacional, democraticamente, legitimado”. Cf. FRANCO, Alberto

Democrático de Direito, ou seja, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Entre os fundamentos mencionados, interessa aqui a dignidade da pessoa humana e suas implicações para o sistema de penas e para o próprio direito penal.

Na ciência jurídica, a *dignidade humana* é considerada um *valor fundamental (supremo ou superior)*⁵⁸⁸ ou *fundamento jurídico* de inúmeras normas que legitimam o próprio Estado ao impor limites aos seus poderes em face da pessoa. Além disso, a dignidade humana também é *norma jurídica* com característica de *princípio* de força normativa concreta.⁵⁸⁹

Assim, a dignidade humana prevista no art. 1º, III da Constituição como *fundamento* da república brasileira (*valor fundamental ou superior*), revela uma decisão política fundamental em relação à posição da pessoa humana no centro do Estado e da sociedade, expressando-se juridicamente através dos direitos fundamentais.⁵⁹⁰ A dignidade humana, portanto, legitima o próprio Estado e seu *ius puniendi* (direito penal),

Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. Op. cit., p. 34. Da mesma forma, Santiago Mir Puig analisa dispositivo semelhante na Constituição espanhola e afirma que através da fórmula *Estado Democrático de Direito*, “a Constituição emprega uma terminologia consagrada que aponta a uma concepção sintética de Estado, produto da união dos princípios próprios do Estado Liberal e do Estado Social. Como toda síntese, a imagem resultante do Estado supõe uma superação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite inferir uma terceira característica da fórmula constitucional: a democracia. A importância respectiva que se atribua a cada uma das três componentes examinadas dependerá de forma notável da concreta visão política de que se parta. Aqui, porém, somente importa destacar o ponto de acordo em que devem convergir as possíveis interpretações do «Estado social e democrático de Direito»: é este um modelo de Estado que pretende juntar, superando-os, os modelos de Estado liberal e Estado social” (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Op. cit., p. 31 - tradução nossa).

⁵⁸⁸ Ressalte-se que a expressão “valores supremos” da sociedade está contida no preâmbulo da Constituição de 1988, referindo-se aos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Em Espanha, a Constituição de 1978 menciona a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político como “valores superiores” da ordem jurídica no art. 1 do Título Preliminar. Em Portugal, a Constituição de 1976 estabelece em seu art. 1º que a República portuguesa está baseada (fundada) na dignidade da pessoa humana. Ressalte-se, porém, que a doutrina constitucionalista discute a validade jurídica do preâmbulo da Constituição (cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74-78).

⁵⁸⁹ Jorge Miranda afirma que a dignidade humana é um “princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um *metaprincípio*”. Cf. MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 170. Helena Regina Lobo da Costa afirma que, enquanto *norma jurídica*, a questão a ser respondida é: trata-se de *princípio* ou *regra*? A autora cita Alexy (é norma de dupla estrutura, ou seja, regra e princípio) e Canotilho (é princípio jurídico fundamental), mas adota a concepção de Humberto Ávila e afirma que a dignidade humana gera não apenas normas principiológicas, mas também *postulados normativos*, ou seja, *metanormas* que estruturam a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas, situando-se em um plano diverso daquele das regras e princípios (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35-36).

⁵⁹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. Op. cit., p. 36-37.

caracterizando-se como limite e fim, inclusive na definição das características do fato ligado a uma sanção penal.

Além disso, a dignidade humana enquanto *princípio (metanorma ou metaprincípio)* dá origem a dois outros princípios, ou seja, o princípio da culpabilidade e o princípio da humanidade das penas. O princípio da humanidade das penas, que impede o Estado de aplicar penas cruéis e desumanas, está expresso na Carta Magna, porém, não de forma única e sintetizada, mas sim em diversos dispositivos constitucionais.

Com efeito, o art. 5º, III da Constituição Federal estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.⁵⁹¹ Além disso, o princípio da humanidade encontra-se expresso em outros dispositivos constitucionais, mormente entre os incisos do art. 5º, os quais estabelecem: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5º, XLVII); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX); “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5º, L).

Ademais, é através da forma de punir que se verifica o estágio humanitário em que se encontra uma sociedade, não se admitindo, nos tempos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição de pessoa humana, sujeito de direitos fundamentais invioláveis. A lição de Jescheck sobre a humanidade da pena merece ser transcrita, inclusive porque é mencionada pela maioria dos autores nacionais quando analisam o princípio em questão:

O Direito Penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinquente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. E isso não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela

⁵⁹¹ Com redação semelhante, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes” (art. V). Da mesma forma, a Constituição italiana de 1948 dispõe que “as penas não podem consistir em tratamentos contrários ao sentimento de humanidade e devem visar a reeducação do condenado” e veda a pena de morte, salvo em caso de guerra (art. 27), enquanto a Carta de Portugal (1976) estabelece: “A vida humana é inviolável. Em caso algum haverá pena de morte” (art. 24º, 1 e 2). Cf. GOUVEIA, Jorge Barcelar. *As Constituições dos Estados da União Européia*. Op. cit.

natureza de sua missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo Direito Penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade.⁵⁹²

A própria pena privativa de liberdade representou, em um determinado momento histórico,⁵⁹³ um avanço humanitário em relação à pena de morte, então a forma mais comum de punição.⁵⁹⁴ Na segunda metade do século XVIII, quando a pena capital não mais conseguia conter o aumento da criminalidade e as tensões sociais, a pena privativa de liberdade consistiu no novo grande invento social, substituindo a pena de morte como um método melhor e mais eficaz.⁵⁹⁵ Não por coincidência, é a partir do século XVIII que o conceito de dignidade humana, antes entendido como atributo da aristocracia, vincula-se ao conceito de liberdade e passa a ser entendido como atributo da *pessoa*, generalizando-se (todo homem é um ser livre e, portanto, digno – *jusnaturalismo moderno*).⁵⁹⁶

Nos tempos atuais, a dignidade humana e o princípio da humanidade da pena exigem uma constante avaliação da pena privativa de liberdade, mormente em relação à sua forma de cumprimento, que ocorre muitas vezes em condições materiais desumanas. Além disso, os efeitos criminógenos da prisão e a frustração de parte das expectativas preventivas (ressocialização) nela depositadas geram uma necessidade constante de

⁵⁹² JESCHECK, Hans-Heinrich apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 35; GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (Coleção temas atuais de direito criminal; v. 1), p. 67.

⁵⁹³ Denominado por grande parte da doutrina como período humanitário da pena (cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral: volume 1*. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do livro *Lições de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31).

⁵⁹⁴ Conforme mencionado anteriormente, seria ingenuidade acreditar que a pena de prisão surgiu por motivos exclusivamente humanitários e apenas como uma forma de substituir a pena capital. Na verdade, o desenvolvimento do capitalismo como regime econômico, além de outras causas, contribuiu para a implantação da prisão como principal forma de punição (cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Op. cit., p. 27-31).

⁵⁹⁵ HENTIG, Hans von. *La Pena: las formas modernas de aparición: volumen II*. Op. cit., p. 186.

⁵⁹⁶ Nesse sentido, Helena Regina Lobo da Costa aponta o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (revolução francesa), que estabeleceu: “todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, vagas e empregos públicos segundo sua capacidade”. Além disso, a autora informa que no final do século XVIII, Kant apresentou seu conceito de dignidade humana na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*: a dignidade da pessoa é produto da autonomia decorrente da razão e liberdade humanas (funda a dignidade no homem e a estende a todos os seres racionais – conceito universal). Segundo Kant, portanto, os seres irracionais têm valor relativo, pois podem ser substituídos e por isso chamam-se coisas; seres racionais denominam-se pessoas porque são fins em si mesmos e não podem ser empregados como meios (valor absoluto). Depois de esquecida durante o século XIX e início do século XX, a dignidade humana ressurgiu com o final da segunda guerra mundial (retomada do direito natural) e a positivação do conceito em textos constitucionais (Constituição Italiana de 1947 e Lei Fundamental Alemã de 1949). A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também estabeleceu a “fé das Nações Unidas na dignidade e no valor da pessoa humana” (preâmbulo) e que os “seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (art. 1º) (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. Op. cit., p. 22/28).

aperfeiçoamento, bem como de reforma ou substituição em determinados casos. As alternativas penais, portanto, surgiram e se generalizaram diante dos problemas apresentados pela prisão e, principalmente, pela maior possibilidade de realização da finalidade da pena de reinserção social ou de ressocialização (prevenção especial).

Nesse sentido, as chamadas Regras de Tóquio sobre medidas alternativas à pena privativa de liberdade estabelecem como regras específicas relacionadas à execução das penas e medidas alternativas a *vigilância*, o tratamento e a assistência. Segundo este documento internacional, o objetivo da vigilância ou supervisão é “readaptar o condenado e evitar a reincidência”, escolhendo-se sempre “o tipo mais adequado de vigilância ou tratamento, que podem ser revistos e reajustados periodicamente”. Quando necessário, “deve ser prestada aos delinquentes assistência psicológica, social e material, e oferecidas oportunidades para fortalecer os vínculos com a comunidade e facilitar sua reintegração social”.⁵⁹⁷

Neste contexto, o monitoramento eletrônico surge como alternativa interessante inclusive para substituir a forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, ou seja, a substituição dos muros físicos da prisão pelas barreiras eletrônicas ou tecnológicas.⁵⁹⁸ O monitoramento eletrônico pode representar, assim, um modo mais humano de se aplicar e executar a privação da liberdade ou, ainda, um instrumento de eficácia para as alternativas penais, abrindo um enorme leque de possibilidades para a desejada reabilitação social do delinquente e a redução das chances de reincidência criminal (prevenção especial).

Alguns autores, porém, questionam a validade do discurso das penas alternativas por sua suposta compatibilidade com uma ideologia crescente de repressão penal. Com efeito, a idéia das penas não privativas de liberdade encobriria a necessidade de descriminalização, mormente em relação aos fatos de pequena repercussão social,

⁵⁹⁷ A Assembléia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, estabeleceu regras mínimas para a adoção de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, documento este que ficou conhecido como *Regras de Tóquio*. Trata-se de documento internacional de importância fundamental para o direito penal, motivo pelo qual foi denominado por Luiz Flávio Gomes de “Constituição Mundial” das penas e medidas alternativas à prisão (GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Op. cit., p. 27). Os objetivos fundamentais das Regras de Tóquio encontram-se expressos na primeira parte do documento (I – Princípios Gerais, 1. Objetivos fundamentais), e podem ser assim resumidos: promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade; garantir direitos mínimos dos que se submetem às medidas alternativas; promover uma maior participação da comunidade na administração da justiça penal e na ressocialização (“tratamento”) do delinquente; estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade.

⁵⁹⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 34.

sustentando a concepção de um direito penal máximo.⁵⁹⁹ As penas alternativas, porém, revelam-se compatíveis com a dignidade humana e adequadas à realização da finalidade preventiva da pena (ressocialização), possibilitando o cumprimento da pena na comunidade e, além disso, evitando eventuais punições desproporcionais. O abandono das penas alternativas, ou mesmo a ineficácia destas, antes de produzir a reclamada descriminalização, pode reafirmar a legitimidade da prisão como única resposta estatal para todas as espécies de infração penal, mesmo aquelas de menor potencial ofensivo.

Segundo outra parte da doutrina, a alternativa do monitoramento eletrônico pode ser encarada como reflexo de uma possível mudança no paradigma da ressocialização enquanto fundamento das penas alternativas. Nesse sentido, Elena Larrauri⁶⁰⁰ afirma que a discussão sobre o fundamento justificador das penas alternativas deixou de ser fundada na idéia predominante da ressocialização e passou a ser mais cheia de nuances.

De acordo com a autora, como primeira novidade podem ser apontadas as posições retribucionistas liberais contemporâneas (Wasik-von Hirsch) que sustentaram as penas alternativas também por motivos de proporcionalidade. Nesta perspectiva, as penas alternativas passaram a ser defendidas não necessariamente por seu potencial ressocializador, mas porque representam uma resposta mais *adequada* (em termos de proporcionalidade) à pequena gravidade do delito praticado ou simplesmente uma *solução apropriada* aos casos jurídico-penais como resultado da proporcionalidade.⁶⁰¹ Além disso, alguns autores (Zimring-Hawkins) passaram a sustentar as penas alternativas por sua capacidade para cumprir com fins de *incapacitação* e outros por sua capacidade de atendimento aos *interesses da vítima*.

A mudança na fundamentação das penas alternativas causou, segundo a autora mencionada, certa alteração no tipo de penas que se promovem e nas finalidades predominantes que se espera que elas cumpram. Destarte, a nova geração de penas alternativas reflete a perda de confiança na capacidade de alterar as convicções do infrator e uma aposta pragmática em seu controle físico para impedir a prática de um novo delito, sem a privação total da liberdade. Como exemplo dessa mudança, dois grupos de penas alternativas podem ser citados: aquelas que pretendem restringir movimentos sem recorrer à prisão (prisão domiciliar, vigilância permanente, toque de recolher para determinadas

⁵⁹⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal: Curso Completo. Parte Geral*. Op. cit., p. 36-37.

⁶⁰⁰ LARRAURI PIJOAN, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 53, mar./abr. 2005, p. 72.

⁶⁰¹ Cf. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Op. cit., p. 388-389.

horas ou locais) e aquelas fundadas em uma vigilância intensiva. O desenvolvimento tecnológico tem facilitado o surgimento de tais penas alternativas (ex. monitoramento eletrônico), tendo em vista que o pressuposto destas é o seu próprio controle.⁶⁰²

Essas modalidades de penas alternativas certamente não são novas, porém alguns países as têm utilizado de forma inédita, ou seja, como penas principais que podem ser impostas única e autonomamente, não dependendo de outras medidas como a *probation* ou o *sursis*. Além disso, essas novas penas alternativas apresentam um maior grau de exigência ao infrator, pois podem ser cumuladas com outras restrições (restrições de movimento com vigilância eletrônica ou não, multa, reparação da vítima, etc), e o descumprimento acarreta o recolhimento à prisão tradicional.

A autora aponta a influência sobre as penas alternativas de um clima político de “populismo punitivo” em alguns países (Inglaterra, Alemanha, Holanda, Finlândia, Estados Unidos e Austrália) nas últimas décadas do século XX, que exigiu penas não só capazes de reabilitar, mas também de incapacitar, ou seja, de estabelecer um controle ou uma vigilância sobre o comportamento para impedir ou detectar o risco de futuras condutas delitivas.⁶⁰³

Pierre Landreville⁶⁰⁴ também identifica essa mudança de fundamento na aplicação do monitoramento eletrônico como alternativa penal. Segundo o autor, a idéia da substituição da prisão foi corroída particularmente na América do Norte por uma política penal mais severa que defende sanções intermediárias realmente punitivas, situadas entre a *probation* tradicional e o encarceramento. Para alguns, o público reclama penas mais justas, merecidas, confiáveis e intermediárias, como é o caso da *probation* acompanhada de vigilância eletrônica. Assim, a vigilância eletrônica não seria uma alternativa ao encarceramento, mas uma medida punitiva e de controle que pode conferir mais eficácia a sanções como a *probation*, a prisão domiciliar ou a liberdade provisória sob fiança. Nessa

⁶⁰² LARRAURI PIJOAN, Elena. Nuevas tendencias em las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 72-73.

⁶⁰³ Ibid, p. 70-71. Um dos indicativos dessa influência apontado pela autora é o abandono da expressão “alternativas à prisão” e sua substituição por outras como “castigos comunitários”, “sanções intermediárias” ou “penas não privativas de liberdade”. Tais expressões destacam a idéia de “castigo” (não de desencarceramento) para atrair apoio popular e se definem de forma positiva (não negativa, como aquelas “não privativas de liberdade”), ou seja, comportam alguma restrição de liberdade, em residência (arresto domiciliar) ou mesmo em estabelecimento penitenciário (arresto de fim de semana). A autora também afirma que nas décadas de sessenta e setenta (1960-1970) as medidas destinadas a encurtar o tempo de prisão ou a atenuar o regime de cumprimento da prisão (ex. liberdade condicional e semiliberdade) não eram consideradas penas alternativas, mas passaram a ser incluídas no conceito de alternativas à pena privativa de liberdade.

⁶⁰⁴ LANDREVILLE, Pierre. La surveillance électronique des délinquants: un marché en expansion. *Déviance et Société*, Genève, vol. 23, n. 1, 1999, p. 114.

perspectiva, inclusive, a questão da inflação penal ou da escalada do controle penal (*net-widening*) seria um falso problema.

Elena Larrauri,⁶⁰⁵ porém, ressalta algumas experiências (ex. Canadá) e alguns estudos que revelam o ressurgimento do interesse por programas de reabilitação social, bem como para a eficácia destes tratamentos. De qualquer forma, a autora indica que as mudanças de fundamento e as influências mencionadas produziram um sistema mais punitivo no âmbito das penas alternativas e questiona se o aumento do caráter aflitivo e da credibilidade das penas alternativas é necessário para diminuir o número de pessoas condenadas à prisão. Em resposta, a autora sustenta que as penas alternativas devem ter credibilidade, porém não podem conter a mesma carga aflitiva que a prisão porque não se destinam ao mesmo tipo de delito ou à mesma espécie de infrator.

De fato, as penas alternativas não devem conter a mesma carga aflitiva que a prisão, sob pena de perder seu próprio fundamento justificador. Entretanto, conforme reconhecido pela autora referida, a pena alternativa deve ser confiável e eficaz para que possa representar uma verdadeira alternativa à pena privativa de liberdade, atendendo às finalidades preventivas da sanção penal, e não mais um instrumento jurídico esquecido e inútil.

Nesse sentido, o monitoramento eletrônico representa não apenas uma nova modalidade de pena alternativa, mas também um instrumento de efetividade que pode conferir confiança e credibilidade às penas alternativas tradicionais para finalmente consolidar um sistema de penas mais proporcional e menos centrado na prisão como principal resposta penal. Em definitivo, se o caráter aflitivo da vigilância eletrônica é inegável, também parece certo que esta característica não pode ser comparada à carga aflitiva imposta com a privação da liberdade em local físico.⁶⁰⁶

A preocupação de uma escalada do controle penal (efeito *net-widening*) é relevante e deve ser considerada. Tudo depende, porém, da forma utilizada (natureza jurídica) e das finalidades atribuídas ao monitoramento eletrônico no sistema de penas brasileiro. Com efeito, a utilização do monitoramento eletrônico como pena alternativa

⁶⁰⁵ LARRAURI PIJOAN, Elena. Nuevas tendencias em las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 80 e 83-84.

⁶⁰⁶ Interessante lembrar que na Inglaterra, muitos condenados por infração de trânsito preferiram cumprir um período de 50 dias sob vigilância eletrônica a pagar a multa imposta (WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 41). Gudín Rodríguez-Magariños afirma que os reclusos, em todos os países, optam com os “olhos fechados” pela aplicação das novas técnicas punitivas, por muito que os desagradem as contrariedades geradas por sua aplicação (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 147).

deve estar vinculada à finalidade preventiva de reinserção social, admitindo-se apenas como eventual efeito secundário a incapacitação. A *eficácia* buscada nas penas alternativas através do monitoramento eletrônico deve referir-se principalmente à ressocialização e não apenas à incapacitação, vale dizer, eficácia para reduzir o efeito dessocializador na execução da pena e não eficácia punitiva ou meramente de controle. Com efeito, penas alternativas desprovidas de estrutura (física ou virtual) para fiscalização e acompanhamento são inúteis e nada realizam, principalmente em relação à finalidade primordial de reinserção ou reabilitação social.

Ademais, o monitoramento eletrônico parece perfeitamente compatível com uma recomendável consideração dos interesses da vítima na aplicação da sanção penal, possibilitando a imposição da reparação do dano causado ou a proteção da vítima (ex. afastamento obrigatório ou aproximação proibida), sempre que isso se mostrar adequado.

5.3.2 Diminuição da reincidência criminal: prevenção especial

A diminuição da reincidência criminal talvez seja a principal finalidade a ser atribuída ao monitoramento eletrônico enquanto alternativa penal, máxime no momento de execução da pena. A diminuição da reincidência pela pena pode ser alcançada de duas maneiras: ressocialização (prevenção especial positiva) ou incapacitação (prevenção especial negativa). Vale lembrar, porém, que o art. 1º da Lei nº 7.210/1984 (LEP) estabelece expressamente que a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (prevenção especial positiva ou ressocialização).⁶⁰⁷

Nesse sentido, Claus Roxin⁶⁰⁸ afirma que a execução da pena deve perseguir a reintegração do delinquente na comunidade, porém sem eliminar completamente da execução o ponto de partida da prevenção geral. Além disso, o esforço ressocializador apenas pode constituir uma *oferta* ao delinquente para que se ajude a si

⁶⁰⁷ A necessária conjugação do art. 1º da Lei de Execução Penal (prevenção especial positiva) com o art. 59 do Código Penal (reprovação e prevenção, geral e especial) permite concluir que a execução penal deve ser orientada, sem prejuízo das demais finalidades, preponderantemente pela prevenção especial positiva (ressocialização). Nesse sentido, a própria Lei de Execução Penal estabelece instrumentos processuais orientados por finalidades diversas, como no caso do art. 52 da LEP (Regime Disciplinar Diferenciado – RDD) que revela finalidade de prevenção especial negativa (neutralização) (cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. Op. cit., p. 254-256).

⁶⁰⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Op. cit., p. 40-42.

próprio com o trabalho, fracassando quando ele não está disposto a esse esforço, o que não desvincula a sociedade da obrigação. Por sua vez, Gudín Rodríguez-Magariños⁶⁰⁹ afirma que a pena deve se caracterizar como um programa de reabilitação para uma pessoa que deseja redirecionar sua vida aceitando uma *propuesta* feita pela sociedade para sair de sua situação. No entanto, se o indivíduo rejeita voluntariamente essa proposta, o Estado deve respeitar essa opção, com o que este programa comum desaparece e a pena volta a adquirir uma dimensão puramente retributiva ou de castigo.

Em definitivo, Santiago Mir Puig sustenta a viabilidade da pena com fim de reintegração do delinquente na sociedade, reconhecendo a incapacidade da ressocialização para oferecer uma resposta global para o problema da criminalidade e recusando a filosofia de tratamento que permite a manipulação da personalidade ou a intromissão na esfera moral do indivíduo (programas de ressocialização máxima).

Creio, para concluir, em uma versão estritamente limitada da ressocialização. Limitada, em primeiro lugar, porque não se deve ocultar o caráter aflitivo e negativo da pena para o condenado. Deve-se começar por evitar o *eufemismo* e reconhecer que não é o bem do delinquente, mas sim a necessidade de proteção social, o que justifica a intervenção penal. A ressocialização não pode pretender justificar a pena como um bem necessário para o delinquente. O único que pode justificar a ressocialização é a ajuda que o condenado admita voluntariamente para sua subseqüente reinserção social.⁶¹⁰

A prisão, porém, não obstante necessária para garantir a segurança social, tem sido muito criticada como um meio inidôneo para cumprir com a finalidade preventiva de ressocialização estabelecida para a execução penal de forma não única, mas primordial. Com efeito, a doutrina especializada aponta o paradoxo da ressocialização através da segregação social e da privação da liberdade.⁶¹¹ Entre nós, parece certo que o problema é ainda mais acentuado pela carência de recursos e pela histórica ausência de vontade política em relação aos meios materiais necessários para cumprimento da finalidade ressocializadora. Essa é, inclusive, uma das razões justificadoras ou fundamentadoras das penas alternativas.

⁶⁰⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 141-142.

⁶¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Op. cit., p. 148-149 (tradução nossa).

⁶¹¹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Op. cit., p. 378; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 148-152.

Winfried Hassemer⁶¹² recusa a crítica à ressocialização fundada nas cifras da reincidência, afirmando que não é possível isolar as variáveis intervenientes que influenciam na reincidência, o que também se verifica quando se substitui a pena privativa de liberdade por outra forma de reação. Assim, o autor sustenta a idéia da ressocialização como finalidade da pena na execução, mas propõe o seu aperfeiçoamento para o que denomina de *terapia social emancipadora*. Mesmo assim, o autor reconhece que “subsiste a busca por alternativas à pena privativa de liberdade que prometam uma melhora ou também apenas uma solução apropriada para os casos jurídico-penais”, o que resulta do princípio da proporcionalidade. O aperfeiçoamento da execução da pena privativa de liberdade como instrumento de ressocialização, portanto, não impede a busca por alternativas à prisão.

O monitoramento eletrônico, mormente quando aplicado no conjunto de programas com acompanhamento psicossocial, pode contribuir para a reinserção social do condenado e, portanto, para a redução da reincidência criminal. Com efeito, o cumprimento de pena em meio aberto permite a manutenção do trabalho e garante certa estabilidade resultante da manutenção da vida social e familiar. Além disso, a estruturação das penas alternativas pela vigilância eletrônica pode consolidar um sistema de penas centrado na proporcionalidade e na *restrição* (não privação) da liberdade, ou ainda, na restrição de bens jurídicos diversos da liberdade sempre que isso for mais adequado (proporcional) no caso concreto, aumentando as possibilidades de reinserção social. Inegável, também, que o monitoramento eletrônico pode ser um potente instrumento de neutralização de ações delinquentes, pois submete o indivíduo a um forte esquema de vigilância durante o curso da execução da medida.⁶¹³

Nesse sentido, Poza Cisneros reconhece a eficácia do monitoramento eletrônico enquanto alternativa penal para cumprir a finalidade primordial da pena, ou seja, a ressocialização.

Desde a perspectiva dos fins da pena e tendo presente o valor constitucional prioritário da ressocialização, como finalidade primordial, porém não única, de penas e medidas privativas de liberdade, deve ser reconhecido que o fato de permitir que o sujeito permaneça com sua família, conserve seu trabalho, prossiga seus estudos, se submeta a tratamento externo e não sofra a estigmatização do cárcere, contribui para a ressocialização do apenado com grande diferença em relação aos resultados que podem ser esperados com sua permanência na prisão e

⁶¹² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Op. cit., p. 377 e 385-388.

⁶¹³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 18.

sem perda significativa em relação àquelas atribuídas a outras alternativas como a suspensão. Tudo isso, ademais, oferecendo superiores garantias para a sociedade. No entanto, a ressocialização não é um efeito claramente vinculado à vigilância eletrônica, tendo em vista os índices de reincidência em comparação com outras alternativas. E, por outro lado, a superior eficácia ressocializadora da medida é constatada quando acompanhada de programas de tratamento ou motivacionais.⁶¹⁴

Gudín Rodríguez-Magariños também defende a alternativa da vigilância eletrônica como instrumento de ressocialização, sustentando a inidoneidade da prisão para alcançar os fins preventivos da execução penal.

É hora de romper com a equação internamento é igual a tratamento. Depois de todo delito talvez deva haver um período mais ou menos longo de segregação social (o qual inevitavelmente reporta a uma idéia de castigo). Mas então, toda a ação penitenciária deve estar dirigida a reintegrar o indivíduo na comunidade (o que carrega uma idéia de reinserção). (...) Reinsere fora da sociedade é um absurdo; o ambiente negativo que se respira atrás dos muros em nada favorece a nenhuma ação positiva, e por muito atrativas que pareçam algumas das idéias de compatibilizar o castigo com a educação, isto não é mais que uma vã ilusão: quando cessa a coação nos comportamentos como queremos, não nos amoldamos ao que nos impõem. Não obstante, soltar um delinquente sem nenhum gênero de garantias é um ato de irresponsabilidade. A vigilância eletrônica se converte em um *tertius genus* que serve para compatibilizar ambos extremos, para romper o nó cego que vincula os dois extremos que se repelem. Sem embargo, a vigilância não é o fim, o fim é recuperar a confiança no interno. Que com a reiteração de condutas positivas este demonstre à sociedade que é um cidadão e que sobre ele não são necessárias cautelas adicionais.⁶¹⁵

José Nieva Fenoll⁶¹⁶ observa que a aplicação da vigilância eletrônica obrigará uma séria reconsideração a respeito das razões de permanência na prisão e provavelmente evidencie que, em muitos casos, o motivo do encarceramento é simplesmente a prevenção da reiteração delitiva durante certo período, bem como a imposição de um castigo propriamente dito.

Por outro lado, alguns autores criticam a utilização do monitoramento eletrônico com a finalidade de ressocialização, alegando a ineficácia dessa tecnologia para

⁶¹⁴ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 129 (tradução nossa).

⁶¹⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 154 (tradução nossa).

⁶¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 219.

tanto. Com efeito, Javier Augusto De Luca e Martín Poulastrou⁶¹⁷ afirmam que não se pode compreender como a medida poderá fortalecer os melhores aspectos da personalidade e viabilizar a autorresponsabilidade necessária para uma respeitosa vida social futura, se a pessoa está vigiada constantemente e observando pautas de conduta pré-estabelecidas, sob pena de privação da liberdade. Segundo os autores, o condenado apresentará boa conduta apenas enquanto estiver sendo vigiado, pois não é possível ressocializar uma pessoa que não pode escolher entre o bem e o mal. A partir desse ponto de vista, o controle eletrônico seria pior que a prisão física em condições edilícias e humanas dignas, já que nos estabelecimentos penitenciários o interno goza de determinados âmbitos de intimidade, o que não ocorre com o monitoramento eletrônico. Os autores argentinos acrescentam que o controle eletrônico interfere no processo interior de livre escolha individual, coagindo para a escolha esperada, ou seja, cumprido o processo e liberado da vigilância, nada terá mudado para o condenado em seu interior em relação à sua disposição para cumprir as regras de convivência social.

Há que se observar, no entanto, que a finalidade de ressocialização deve ser entendida como proposta de reinserção social e de redução dos efeitos dessocializadores da sanção penal, e não como forma de mudança ou reforma íntima do condenado e seus valores morais. O monitoramento eletrônico, ao possibilitar o cumprimento da pena em meio aberto, evita os efeitos dessocializadores da prisão e permite maior nível de livre escolha que a prisão ao recluso, até porque o localizado não é necessariamente *observado* e, em muitos casos, nem localizado permanentemente. Além disso, não se pode desconsiderar que os condenados, em geral, preferem a vida monitorada à prisão, inclusive preferem a vigilância ao pagamento de certas quantias de multas, conforme revelam estudos já mencionados.

Segundo Miguel Ángel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente,⁶¹⁸ os partidários da vigilância eletrônica sustentam que o controle eletrônico da pena pode favorecer de um modo flexível e individualizado a *ressocialização* do condenado, ao mesmo tempo em que evita os efeitos negativos dessocializadores e a estigmatização social provocada pelo contato com a subcultura carcerária, permitindo que conserve seu posto de trabalho e suas relações familiares. Além disso, a medida permite uma adequação

⁶¹⁷ DE LUCA, Javier Augusto; POULASTROU, Martín. Libertad vigilada por monitoreo electrónico. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 7, dic. 1997, p. 659-660.

⁶¹⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1093.

individualizada da sanção penal caso a caso e contribui para estabilizar o autocontrole do condenado, bem como fornece um estímulo à reflexão para que, no futuro, possa levar uma vida ordenada em liberdade, sendo um fator decisivo para evitar ou diminuir os índices de reincidência.

Os autores ressaltam, porém, que a análise da experiência prática estadunidense (ao contrário da europeia) parece não revelar a ressocialização como interesse prioritário. O sistema de vigilância parece reduzir-se a um puro mecanismo de controle, vazio em si mesmo de conteúdo, e a uma administração e registro das possíveis infrações do programa diariamente estabelecido.⁶¹⁹ Ainda de acordo com os mesmos autores, a experiência dos demais países parece demonstrar que a prisão domiciliar com vigilância eletrônica é medida idônea apenas para um grupo relativamente reduzido de pessoas (com perfil favorável), o que estaria em contradição com a finalidade ressocializadora atribuída à mesma.⁶²⁰

Escobar Marulanda⁶²¹ também faz algumas ressalvas à eficácia preventiva da vigilância eletrônica, mormente diante dos resultados apresentados nos Estados Unidos. Em relação à segurança e ao efeito incapacitador, pesquisas revelam um alto índice de cumprimento total da medida (entre 70% a 94%), porém, apontam um número maior de fugas quando o monitoramento eletrônico é aplicado antes do julgamento, na fase processual. Quanto ao índice de reincidência, variando entre 25% e 30%, o resultado não foi muito encorajador, revelando-se semelhante àquele produzido por outras medidas de controle comunitário, como a *probation*, apesar de envolver apenas pessoas de baixo risco e pré-selecionadas. Além disso, o autor observa que a manutenção das relações sociais e familiares não é um efeito exclusivo da vigilância eletrônica, mas sim de todas as medidas penais comunitárias, ou seja, um menor efeito dessocializador não é um efeito específico da vigilância eletrônica.

Nesse sentido, Christophe Cardet⁶²² menciona estudo realizado na América do Norte por Klein e Safran em 1995 revelando a ausência de efeito significativo da vigilância eletrônica sobre a reincidência de indivíduos liberados sob monitoramento. De acordo com o estudo, nada autoriza afirmar que o monitoramento eletrônico alcance

⁶¹⁹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1094.

⁶²⁰ Ibid, p. 1102.

⁶²¹ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 208-209.

⁶²² CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 18.

mais certamente o objetivo de prevenção da reincidência que uma clássica pena de prisão ou que apresente efeitos distintos da liberdade pura e simples. Na Inglaterra, da mesma forma, foram verificadas altas taxas de conclusão do programa de monitoramento com sucesso (80% em média), porém, os números de reincidência continuavam inalterados e semelhantes aos números de reincidência de condenados a outras penas comunitárias.⁶²³

Por outro lado, os programas de monitoramento eletrônico existentes em alguns outros países, notadamente Suécia, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, apresentam números significativos em relação à redução da reincidência.⁶²⁴ Da mesma forma, nos três primeiros anos de aplicação do monitoramento eletrônico na França (2000 a 2003), somente quinze novos fatos criminais foram praticados no curso da execução da medida, em um total de 1.136 ordens judiciais proferidas.⁶²⁵

Há que se destacar o caráter *instrumental* da vigilância eletrônica que, nos países mencionados, está inserida em programas intensivos de tratamento socioeducativo e de recuperação social do infrator. Além disso, os bons índices de reincidência devem ser considerados apenas relativamente, pois os programas de monitoramento contam com processos seletivos rigorosos, o que mascara a eficácia preventiva dos mesmos. Com efeito, qualquer espécie de pena que seja aplicada a condenados primários, com bons antecedentes, inseridos na vida social, com emprego e estrutura familiar, além de um perfil psicológico favorável, terá maior chance de produzir melhores resultados em relação à reincidência.

De qualquer forma, os estudos realizados pelo *National Institute of Justice* e pela *American Probation & Parole Association* sugerem que o controle eletrônico pode ser positivo quando aplicado por períodos curtos de tempo e em conjunto com outros programas de tratamento socioeducativo.⁶²⁶ Por outro lado, resultados menos significativos podem surgir quando não se programam atividades construtivas aos detentos, não se

⁶²³ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 35; RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 71.

⁶²⁴ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 18; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 73; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 15, 2006, p. 141.

⁶²⁵ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 18.

⁶²⁶ MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 255; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Op. cit., p. 140.

estrutura um mínimo suporte laboral que lhe proporcione alguma independência econômica ou se não há compromisso dos familiares do condenado com o programa.⁶²⁷ Gudín Rodríguez-Magariños⁶²⁸ também lembra que os meios eletrônicos não são um fim em si mesmo, nem produzem necessariamente a reabilitação do sujeito, ou seja, devem ser considerados como um instrumento a mais para obter o fim ressocializador. Assim, a legislação penitenciária não pode deixar de lado outras técnicas também úteis (programas formativos, de desintoxicação, de trabalho, etc) que incidem nos índices de reincidência.

5.4 Outras finalidades e objetivos

O monitoramento eletrônico, no entanto, é justificado também por outras finalidades e objetivos de natureza mais pragmática. Com efeito, o monitoramento eletrônico cresceu e se generalizou em muitos países como medida alternativa à prisão destinada a combater a superpopulação carcerária, bem como para reduzir os custos elevados do encarceramento, ou seja, como método mais econômico de cumprimento de pena. Além disso, considerações sobre os interesses das vítimas (reparação de danos, afastamento do agressor doméstico, etc) também podem justificar a utilização do monitoramento eletrônico.

5.4.1 Superpopulação carcerária

O crescimento excessivo da população carcerária gera inúmeros problemas e os recursos disponíveis para resolvê-los geralmente são limitados. Assim, considera-se que o monitoramento eletrônico contribui para a redução da superpopulação carcerária, possibilitando a substituição da pena privativa de liberdade em alguns casos e, ainda, o cumprimento seguro da prisão em meio aberto, dispensando-se o estabelecimento penitenciário.

Christophe Cardet⁶²⁹ lembra que este objetivo, certamente louvável, é retomado sempre que é necessário justificar a existência de uma nova medida penal, assim como ocorreu com a liberdade condicional (1885) e com o *sursis* simples (1891) na

⁶²⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Op. cit., p. 141.

⁶²⁸ Id, *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 167.

⁶²⁹ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 17.

França. Segundo o autor, não deve ser negligenciado o potencial substitutivo do monitoramento eletrônico ou a sua capacidade de propiciar uma melhor execução de penas curtas de prisão, já que na França, só na fase de execução de sentença, os condenados a uma pena inferior a um ano representavam em 2003 mais de 30% da população carcerária. Isso significa que aproximadamente um terço da população carcerária francesa poderia estar cumprindo pena em meio aberto, sob monitoramento eletrônico.

Na Europa, a grande quantidade de imigrantes e a ausência de recursos complicaram a situação da população carcerária, a ponto de transformar a redução desta população em política criminal prioritária para os países europeus. Trata-se de um problema econômico e humanitário, já que a dificuldade de bem administrar um estabelecimento penitenciário excessivamente lotado é evidente. Diante dos problemas e dificuldades geradas por esse aumento da população carcerária, Gudín Rodríguez-Magariños questiona:

E se o cárcere eletrônico é efetivo, se é mais econômico e mais humano em múltiplos pressupostos, por que não repensar nosso catálogo punitivo? Como já disse, a tecnologia se pode utilizar de muitas formas, e algumas delas são mais adequadas e eficazes que as atuais. Pode-se ter recolhido à prisão um pedófilo por vinte anos sem permissões de saída, e ter a quase consciência certa que ao final deste período voltará a delinquir. Não parece mais adequado reduzir o período de internamento e ampliar o de vigilância?⁶³⁰

Indaga-se, porém, se a redução da população carcerária é consequência direta da vigilância eletrônica ou se depende de outras variáveis e, além disso, se é real ou se o monitoramento eletrônico acarreta o aumento da capacidade de acolhimento do sistema penitenciário (*net-widening*). O aumento da rede de controle penal é apontado também em face da ameaça de prisão para o caso de descumprimento das condições estabelecidas no monitoramento eletrônico.

Com efeito, pesquisas realizadas na Inglaterra e na França não apresentaram consenso sobre a eficácia da vigilância eletrônica como fator de redução da população carcerária.⁶³¹ Na Inglaterra, por exemplo, a inflação carcerária não regrediu e o

⁶³⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 143-144 (tradução nossa).

⁶³¹ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Op. cit., p. 114; CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 18.

número de prisioneiros passou de 64.770 em 1990 para mais de 75.000 em 2004.⁶³² Além disso, a adoção do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos parece também não ter gerado redução da população carcerária ou redução de estabelecimentos penitenciários.⁶³³

Diante da situação penitenciária estadunidense, Escobar Marulanda⁶³⁴ afirma que não existe a anunciada relação direta entre o uso da vigilância eletrônica e a redução da taxa de encarceramento, ou seja, o aumento da população monitorada não se reflete na diminuição da população penitenciária. Segundo o autor, esta falta de relação pode ser explicada por três razões: primeiro porque juízes ou promotores constroem e assumem argumentos e crenças necessárias para aplicação da prisão que não são facilmente abandonadas; segundo porque a vigilância pode ser aplicada como alternativa a outras medidas (*probation* e liberdade condicional) ou como condição adicional para concessão destas, fazendo dos monitores eletrônicos mais um “instrumento automatizado de controle” que uma alternativa à prisão; terceiro, porque as condutas às quais se aplicam a prisão e o arresto domiciliar vigiado são diferentes, ou seja, a prisão é aplicada aos delitos graves e os monitores eletrônicos aos delitos de pouca gravidade, que não deveria corresponder à prisão; por fim, também são diferentes as pessoas que recebem uma e outra medida, ou seja, a prisão é reservada para pessoas consideradas de alto risco e os monitores eletrônicos principalmente para pessoas sem histórico criminal e não violentas, inclusive com trabalho, estudo e residência fixa (com telefone).

No que se refere à redução da população carcerária (desmassificação), portanto, Escobar Marulanda⁶³⁵ conclui que o impacto da vigilância eletrônica não foi muito significativo nos Estados Unidos e na Inglaterra, ou ao menos não foi maior que o efeito produzido por outras medidas alternativas com a *probation*.

Otero González⁶³⁶ também constata que o crescimento da população monitorada nos Estados Unidos não gerou decréscimo equivalente nas cifras de encarceramento, apontando como causa a política criminal adotada nesse país, onde a

⁶³² RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 71.

⁶³³ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 66 e 128; ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 206.

⁶³⁴ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 206-207.

⁶³⁵ *Ibid*, p. 209.

⁶³⁶ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 79.

vigilância é utilizada como “alternativa de alternativas” e não como autêntica alternativa à prisão.

Na Espanha, por outro lado, os meios telemáticos de controle não surgiram como solução para a massificação carcerária, mas sim como sistema de trabalho das medidas alternativas, com finalidade imediata de descongestionar parcialmente o regime aberto. Segundo Otero González,⁶³⁷ a demanda pela aplicação de medidas alternativas aumentou a partir de 2004, consolidando-se em 2005, em razão de reformas legislativas sobre a condução de veículo sob efeito de álcool e contra violência de gênero. Entretanto, não houve uma ampliação das medidas penais alternativas associadas aos outros delitos e nem uma diminuição do número de pessoas submetidas à pena privativa de liberdade, motivo pelo qual a autora infere que está ocorrendo um fenômeno de expansão da rede de controle penal na Espanha (*net-widening*).

Assim, a resposta à primeira pergunta formulada (se a vigilância eletrônica gera redução da população carcerária), conforme já mencionado, depende da forma com que o monitoramento eletrônico é utilizado (natureza jurídica), bem como das finalidades político-criminais escolhidas. Com efeito, se utilizado como modalidade de cumprimento de prisão em meio aberto ou como medida substitutiva da prisão, poderá haver redução da população carcerária. Assim, o monitoramento eletrônico pode substituir determinados estabelecimentos penitenciários destinados ao cumprimento de pena privativa de liberdade nos regimes aberto e semiaberto, bem como aqueles reservados para cumprimento de prisão provisória. Além disso, o monitoramento pode constituir um meio de evitar que certos delinquentes ingressem na prisão, mormente os primários que nunca estiveram presos, evitando os efeitos negativos do encarceramento.

A adoção do monitoramento eletrônico como alternativa à prisão ou à forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, portanto, pode levar a uma redução de estabelecimentos penitenciários⁶³⁸ e, conseqüentemente, a uma diminuição significativa de pessoas encarceradas. Nesse sentido, em três anos de experiência com o monitoramento eletrônico, a Suécia reduziu a população carcerária em 25%⁶³⁹ e, nos anos seguintes, fechou dez unidades prisionais com capacidade para quatrocentas pessoas com a

⁶³⁷ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 80-81.

⁶³⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 128.

⁶³⁹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 51.

substituição de penas privativas de liberdade pelo controle eletrônico.⁶⁴⁰ Também no Canadá se verifica uma redução significativa da população carcerária através da liberação de presos com adequados sistemas de supervisão.⁶⁴¹

Ademais, ainda que a redução do contingente carcerário não seja significativa, o monitoramento eletrônico pode possibilitar uma melhor administração desta população, proporcionando a ampliação das hipóteses de liberação antecipada, saídas temporárias, autorizações de trabalho externo ou mesmo contribuindo com a reinserção social, o que tende a diminuir o número de pessoas que regressam ao sistema carcerário.⁶⁴²

5.4.2 Redução dos custos gerados pelo encarceramento

Um dos objetivos mais utilizados para justificar a aplicação do monitoramento eletrônico é, sem dúvida, propiciar a redução dos custos gerados pelo encarceramento de pessoas.

Segundo Christophe Cardet,⁶⁴³ a vontade de reduzir custos com pessoas encarceradas constitui o fundamento principal do desenvolvimento da prisão domiciliar sob vigilância eletrônica nos Estados Unidos, o que corresponde, na visão do autor francês, à característica deste país de forte pragmatismo e uso de lógica puramente econômica. Entretanto, o autor reconhece que também na França, onde a pena deve atender antes a fins utilitários, o argumento econômico foi determinante para a introdução do monitoramento eletrônico. Com efeito, o senador Guy-Pierre Cabanel justificou o monitoramento eletrônico em seu relatório pelo baixo custo em relação à prisão: entre oitenta e 120 francos por pessoa ao dia, contra quatrocentos francos para o encarceramento, em 1996. Da mesma forma, o relatório do deputado Warsmann sobre as alternativas ao encarceramento concluiu que a construção de uma nova área em uma penitenciária custaria 106.400 euros e que a diária de um preso ficaria em 55,8 euros (custos sem encargos salariais e despesas de

⁶⁴⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 21.

⁶⁴¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 162.

⁶⁴² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 27.

⁶⁴³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 19.

amortização), enquanto o preço do material destinado ao monitoramento eletrônico seria de doze a dezoito euros por dia.

De fato, estudos realizados sob o prisma econômico indicam que o cumprimento de uma pena no sistema de monitoramento eletrônico acarreta uma economia considerável, ou seja, de aproximadamente a metade do custo da execução tradicional de uma pena na prisão, sem contar os benefícios indiretos como a manutenção do emprego para sustento familiar, pagamento de impostos e reparação da vítima.⁶⁴⁴

A experiência estrangeira também revela que o sistema de monitoramento eletrônico demanda custo menor que o encarceramento, além de representar redução de custo em relação aos estabelecimentos de cumprimento de pena em regime aberto. Com efeito, o custo de cada pessoa monitorada na Suécia em 2002 foi estimado em aproximadamente 75 dólares por dia, valor muito inferior ao custo diário de 160 dólares da prisão em regime aberto.⁶⁴⁵ Na Inglaterra em 2001, o custo médio do monitoramento eletrônico foi estimado em 1.300 libras para 45 dias de prisão domiciliar monitorada e em 2.150 libras mensais para uma cela não lotada, o que produziria uma economia anual de aproximadamente 37 milhões de libras.⁶⁴⁶ Em 2008, o custo de um interno por semana foi estimado entre 360 e 660 libras, enquanto um condenado sob vigilância eletrônica custaria 30 ou 40 libras por semana, não chegando neste caso a 2.000 libras por ano para cada condenado.⁶⁴⁷ Entretanto Françoise Richardson⁶⁴⁸ ressalta que o crescimento dos programas de monitoramento eletrônico impediu uma economia mais significativa de recursos na Inglaterra, pois o orçamento anual passou de 34 milhões de libras em 2003 para 80 milhões de libras em 2004, o que ainda assim representa um quarto do custo da prisão.

Na França, em 2007, o custo do bracelete equivale a 45 reais por dia, enquanto o custo de um dia na prisão foi estimado em 180 reais.⁶⁴⁹ Na Espanha, foi aprovado em 2002 um investimento de 1.803.036,313 euros para o programa de

⁶⁴⁴ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1092.

⁶⁴⁵ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 79.

⁶⁴⁶ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 40.

⁶⁴⁷ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 82.

⁶⁴⁸ RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 72.

⁶⁴⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 170, jan. 2007, p. 3.

monitoramento eletrônico, cuja expectativa era de reduzir o custo de cada interno para menos de 4,81 euros diários,⁶⁵⁰ o que seria uma economia significativa se considerado o custo da prisão naquele país, estimado em 36,20 euros por dia para cada recluso em 1991 e em 49,46 euros por dia em 2005 (ou 1.483,90 mensais).⁶⁵¹ Nos Estados Unidos, em 2006, estimou-se em 168 dólares por pessoa ao dia o custo do cumprimento da pena na prisão e, na modalidade de arresto domiciliar sob vigilância eletrônica, em 75 dólares, além da redução de aproximadamente quatrocentos dos dois mil estabelecimentos de cumprimento de pena em regime aberto.⁶⁵² No Canadá em 1996, o custo do programa de monitoramento foi estimado em menos da metade do que o custo gerado pelos centros de custódia aberta⁶⁵³ e aproximadamente 50% menor que o custo do interno na prisão,⁶⁵⁴ ou seja, custo de 48 dólares por vigiado ao dia no sistema de vigilância eletrônica e 109 dólares no sistema penitenciário.⁶⁵⁵ Ainda em 2008, o custo de uma pessoa monitorada (50 dólares canadenses) foi estimado em valor menor que a metade do custo estimado da prisão.⁶⁵⁶

Estudos detalhados realizados na Escócia, porém, demonstraram que o argumento econômico só se justifica quando a prisão domiciliar sob vigilância é aplicada como verdadeira alternativa à prisão e quando a população vigiada alcança determinadas dimensões que permitem distribuir os custos fixos, sobretudo no caso de não se admitir a repercussão do custo sobre o vigiado.⁶⁵⁷ Pilar Otero González afirma também que os estudos disponíveis não contêm um caráter global, que considere todas as variáveis

⁶⁵⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 139 e 143-144.

⁶⁵¹ Ibid, p. 31.

⁶⁵² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1092.

⁶⁵³ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 68-69. Conforme mencionado no capítulo sobre as experiências estrangeiras, o Ministro de Serviços Penitenciários do Canadá chegou a manifestar intenção de financiar o sistema de monitoramento eletrônico com o fechamento de 25 estabelecimentos de prisão aberta (albergues).

⁶⁵⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 111.

⁶⁵⁵ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1092.

⁶⁵⁶ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 82.

⁶⁵⁷ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 128.

possíveis para assegurar que o argumento econômico (redução de despesas) justifica o investimento inicial requerido pelo sistema de vigilância eletrônica.⁶⁵⁸

Nesse sentido, Miguel Angel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente⁶⁵⁹ observam que nas estimativas econômicas do sistema de vigilância eletrônica devem ser considerados também os custos fixos do pessoal da administração penitenciária já existente e dos novos servidores especializados para executar os programas de vigilância, bem como a manutenção das instalações já construídas. Os autores ressaltam, ainda, que a execução de uma pena de arresto sob vigilância como medida única, limitada ao controle de cumprimento dos períodos de arresto (como ocorre normalmente na Grã-Bretanha), mantém um custo notavelmente inferior (aproximadamente três vezes menor) ao custo daqueles programas que incorporam uma atuação mais intensa, com terapias, visitas pessoais diárias ou contatos telefônicos, cursos de formação ou seminários sobre trabalho (como na Suécia e na Espanha).

Escobar Marulanda⁶⁶⁰ também faz ressalvas à aparente economia gerada pelo uso dos monitores eletrônicos em relação à prisão e às outras formas de controle comunitário, afirmando que o aumento do número de pessoas monitoradas e do tempo de monitoramento pode elevar o custo, inclusive acima do custo da prisão. Além disso, o autor observa que o arresto domiciliar com vigilância eletrônica transfere uma importante parte dos custos para o condenado e sua família.

A experiência estrangeira e os estudos referidos revelam, portanto, que não podem ser desprezadas as vantagens econômicas do monitoramento eletrônico em relação ao custo do encarceramento e dos estabelecimentos penitenciários. De modo geral, o custo do monitoramento eletrônico tem sido estimado em metade ou mesmo um terço do custo médio de uma vaga em estabelecimento prisional, ainda que sejam necessários recursos humanos e financeiros para sua aplicação e acompanhamento diário. Alguns autores chegam a estimar o custo da vigilância eletrônica em cinco vezes menos que o custo da prisão⁶⁶¹ ou aproximadamente um quarto do custo médio da prisão quando a

⁶⁵⁸ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 82.

⁶⁵⁹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1092-1093.

⁶⁶⁰ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 210-211.

⁶⁶¹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 82.

vigilância é aplicada no âmbito das penas comunitárias.⁶⁶² Novamente, porém, a forma utilizada (natureza jurídica) e os objetivos político-criminais fixados podem interferir nos custos do sistema de monitoramento eletrônico.

Assim, o monitoramento eletrônico pode representar aumento de gastos quando utilizado para substituir medidas de menor custo ou para acompanhar outras penas e medidas penais, como a suspensão condicional da pena, o livramento condicional ou as penas restritivas de direitos.⁶⁶³ Além disso, um eventual nível elevado de descumprimentos e violações do monitoramento eletrônico pode acarretar mais encarceramento e, conseqüentemente, maior custo. Não se pode olvidar, ainda, os custos indiretos gerados pelo monitoramento eletrônico, já que o sistema exige recursos humanos e financeiros para controle e armazenamento de dados. Por outro lado, feito o investimento inicial, a utilização racional e direcionada por claros objetivos de política criminal pode reduzir sensivelmente as despesas com a execução da pena e de medidas penais. Nesse sentido, alguns países conseguiram reduzir efetivamente o custo financeiro do sistema penitenciário, como é o caso de Nova Zelândia, Austrália (Nova Gales do Sul), Estados Unidos e Reino Unido.⁶⁶⁴ No Brasil, por exemplo, a aplicação do monitoramento eletrônico como alternativa às Casas de Albergado pode gerar redução de custos se considerados os gastos necessários para construção e manutenção adequada destes estabelecimentos penitenciários que existem em número muito reduzido no país. Por óbvio, a implementação do monitoramento eletrônico pode acarretar aumento de gastos se comparada com a situação atual, ou seja, de ausência de estabelecimento adequado ao regime aberto e cumprimento em domicílio, sem qualquer vigilância.

Diante desse quadro, alguns países transferiram a totalidade (Estados Unidos, Suécia e Bélgica) ou uma parte (França) do custo gerado pelo monitoramento aos próprios infratores. Com efeito, o programa de monitoramento eletrônico da Suécia exige o pagamento de aproximadamente 5,4 euros por dia pelo uso do equipamento, valor que pode ser reduzido em caso de condenado com recursos insuficientes.⁶⁶⁵ Nos primeiros anos

⁶⁶² RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 73.

⁶⁶³ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 128; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 82.

⁶⁶⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Op. cit., p. 141.

⁶⁶⁵ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 25-26; PEREIRA, Luís de MIRANDA. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de*

do programa, até o ano de 2002, a exigência de pagamento foi suspensa em 47% dos casos.⁶⁶⁶ A contribuição exigida dos monitorados nos Estados Unidos é de cinco a dez dólares diários e na Suíça de vinte francos suíços por dia (no Cantão de Tessin é de dez francos) e cinquenta francos mensais pela conexão telefônica.⁶⁶⁷ Uma diferenciação interessante é feita no Estado mexicano de Chihuahua, onde os condenados devem pagar trinta mil pesos para ingressar no programa de vigilância eletrônica, porém, as despesas dos processados (sem condenação) devem ser pagas pelo Estado.⁶⁶⁸

De fato, a participação nas despesas geradas pela execução da medida penal pode não apenas reduzir custos, como também aumentar o compromisso do condenado com o cumprimento das condições impostas e reforçar a idéia de auto-responsabilidade que deve orientar a execução em regime aberto, revelando a intenção real do condenado em aceitar a proposta formulada para sua reintegração social. Além disso, a contribuição pode ser destinada para o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima, como ocorre na Suécia.

Nesse sentido, a Lei de Execução Penal já estabelece que uma parcela da remuneração (não inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo) obtida pelo preso, em caso de trabalho, deve ser destinada ao ressarcimento das despesas do Estado com a manutenção do condenado (art. 29, §1º, alínea *d* da LEP), além de outras destinações. Não obstante a insuficiência da remuneração fixada,⁶⁶⁹ o sistema legal é razoável quanto ao ressarcimento das despesas do Estado, pois está condicionado a um eventual trabalho disponibilizado ao preso e é fixado em proporção previamente estabelecida, sem prejuízo das demais destinações como a reparação do dano à vítima e a assistência à família do preso.

No caso de cumprimento de pena em meio aberto sob vigilância eletrônica, essa exigência deve ser semelhante, ou seja, condicionada ao efetivo exercício de trabalho remunerado pelo condenado e fixada em parcela proporcional em face da

Ciência Criminal. Op. cit., p. 257; WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Op. cit., p. 17.

⁶⁶⁶ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 79.

⁶⁶⁷ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1100.

⁶⁶⁸ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 109.

⁶⁶⁹ Guilherme de Souza Nucci comenta que a remuneração fixada (ao menos $\frac{3}{4}$ do salário mínimo) é claramente insuficiente para cobrir as despesas previstas no mesmo dispositivo legal (indenização à vítima, assistência familiar, despesas pessoais, ressarcimento ao Estado e fundo de pecúlio), ou seja, para tanto seria necessário um “*milagre da multiplicação do dinheiro*” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Op. cit. p. 420).

remuneração (não em valor fixo). Isso porque a exigência de ressarcimento das despesas não pode caracterizar tratamento desigual entre os condenados, mormente entre empregados e desempregados, ou seja, não pode impedir eventual substituição da prisão e o acesso ao programa de monitoramento eletrônico por motivo de falta de condição econômica.

Christophe Cardet⁶⁷⁰ afirma que o monitoramento eletrônico permite que o infrator permaneça em liberdade trabalhando, assumindo não apenas a manutenção de sua família e a eventual reparação do dano causado à vítima, mas também as despesas do sistema que lhe permite permanecer em liberdade, mas aponta o risco de uma visão puramente econômica da medida que pode produzir uma forma de seleção social entre os infratores. Segundo o autor francês, o pagamento das despesas pode propiciar uma dinâmica de responsabilidade do infrator e contribuir, do ponto de vista econômico, para a rentabilidade do sistema, embora a ausência de semelhante exigência aos presos possa caracterizar violação ao princípio da igualdade na execução.⁶⁷¹

Da mesma forma, Miguel Ángel Iglesias Ríó e Juan Antonio Pérez Parente⁶⁷² ressaltam que o pagamento das despesas normalmente exigido por alguns países que adotam o monitoramento eletrônico pode caracterizar tratamento desigual. Segundo os autores, a discriminação poderia ser evitada com a renúncia ao pagamento se o sujeito não está em condições de fazê-lo, averiguando os rendimentos mensais do condenado para subtrair certa quantidade, como acontece nos Estados Unidos e na Suécia, ou substituindo o pagamento pela obrigação de participar de programas ocupacionais ou trabalhos comunitários, desde que computados os períodos respectivos para efeito de cumprimento da pena para evitar a dupla punição (*bis in idem*).

A redução de custo também é utilizada como argumento pelas empresas de segurança para justificar a participação do setor privado no sistema penitenciário, sobretudo no caso do monitoramento eletrônico. Sem dúvida, a participação de empresas privadas na realização do controle eletrônico pode reduzir ainda mais os custos da execução penal. Entretanto, uma visão puramente econômica neste assunto pode gerar mais problemas que soluções e, ainda, impedir ou dificultar a concretização das finalidades

⁶⁷⁰ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 20.

⁶⁷¹ Ibid, p. 56.

⁶⁷² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1100.

atribuídas à sanção penal. A questão da privatização do controle eletrônico será analisada com maiores detalhes em tópico específico.

5.4.3 Interesses da vítima: reparação do dano

Em regra, as vítimas se caracterizam como as grandes ausentes nas considerações de política criminal, bem como nas disposições do direito penal e processual penal. Alguns autores mencionam o menosprezo da vítima pelo direito penal e outros chegam a apontar um verdadeiro abandono da vítima pelo direito penal (material e processual), pela política criminal e social e também pelas ciências criminológicas de uma maneira geral.⁶⁷³

Com efeito, o sistema legal define precisamente os direitos do infrator (acusado ou condenado), porém, não contempla garantias semelhantes à vítima. Além disso, a resposta penal geralmente é orientada por critérios preventivos ou retributivos, desatendendo às exigências reparatórias e relegando a vítima ao desamparo e ao papel exclusivamente testemunhal no processo penal.⁶⁷⁴

Assim, Jorge de Figueiredo Dias⁶⁷⁵ refere-se a uma autônoma e nova finalidade da pena consistente no propósito de obter a possível conciliação entre o agente e a vítima através da reparação dos danos, inclusive morais. Trata-se de um importante fator social de legitimação da pena, mas não deve ser considerada uma *finalidade geral* da pena, pois só vale para sanções de certos tipos de delitos e, ainda assim, não esgota o conteúdo sancionatório nesses casos, além de conduzir o sancionamento a uma esfera de disponibilidade da vítima e do agente. De qualquer forma, a conciliação pela reparação do dano certamente pode contribuir para o restabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime que, segundo o autor, constitui o próprio cerne da prevenção geral positiva, atendendo também a exigências de prevenção especial positiva.

⁶⁷³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Op. cit., p. 55; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 72-73.

⁶⁷⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. Op. cit., p. 73.

⁶⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Op. cit., p. 58-60. Winfried Hassemer também ressalta a importância da reparação do dano através do acordo entre o autor e a vítima, inclusive como “uma terceira via junto às penas e às medidas” (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Op. cit., p. 398-399.

É certo que a legislação brasileira atual estabelece a obrigação do condenado de reparar o dano (art. 91, I do CP), bem como sanções penais específicas destinadas à reparação do dano causado (prestação pecuniária – art. 45, §1º do CP). Entretanto, as reparações efetivamente realizadas pelos reclusos são poucas, até pelo baixo nível socioeconômico verificado, em geral, nesta população.

Nesse sentido, o monitoramento eletrônico pode viabilizar a reparação do dano pelo infrator ao possibilitar a manutenção do seu eventual posto de trabalho ou, ainda, a condição necessária para que procure um emprego e, assim, possa arcar com sua responsabilidade reparatória. Ao viabilizar a reparação do dano, a vigilância eletrônica atende às finalidades primordiais da pena, quais sejam a prevenção geral positiva (restabelece a paz e a confiança da vítima na vigência da norma) e a prevenção especial positiva (sinal positivo de reintegração social).

Gudín Rodríguez-Magariños ressalta a importância da reparação do dano no âmbito social e aponta a vigilância eletrônica como instrumento idôneo para a consecução deste fim.

A vigilância eletrônica facilita meios para conseguir que dois princípios ínsitos da justiça (*neminem laedere, suum cuique tribuere*) cobrem uma mínima viabilidade prática. Permitir que os delinquentes permaneçam irresponsáveis dos prejuízos ocasionados, gera fortes sensações vingativas no âmbito social. Há um direito por parte da vítima de ser ressarcida dos prejuízos, e a vigilância eletrônica proporciona uma via para garantir que o delinquente trabalhará e com uma parte proporcional de seu salário enfrentará suas responsabilidades. (...) Muitas vezes se esquece de que por trás das vozes que incentivam uma maior dureza punitiva se escondem tanto a impotência e frustração das vítimas como o sentimento de insegurança da coletividade. Aliviando estes dois fatores, conseguiremos um sistema penitenciário mais racional e humano. Não se pode esquecer que uma das funções essenciais do Direito penal é a pacificação, que consiste em evitar um clima social geral em que todos se vejam como inimigos potenciais e sintam a necessidade de se proteger à margem do Direito.⁶⁷⁶

Além disso, o autor menciona estatísticas da Sociedade Internacional de Criminologia as quais revelam que os delinquentes violentos que pagaram a compensação

⁶⁷⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 144-145 (tradução nossa). Os princípios jurídicos mencionados através das expressões latinas (*neminem laedere, suum cuique tribuere*) podem ser entendidos como “não prejudicar ninguém” e “dar a cada um o que é seu”.

às suas vítimas apresentaram índices de reincidência menores que aqueles que não o fizeram, inclusive por condenações mais leves.⁶⁷⁷

Da mesma forma, Otero González⁶⁷⁸ acrescenta que a vigilância eletrônica deve ser acompanhada de um programa de tratamento socioeducativo e uma intensa política de reparação do dano à vítima, para compensar o possível grau de insatisfação que gera nela esta nova tecnologia aplicada no âmbito penitenciário, bem como para que se torne uma pena confiável, ou seja, dotada de prestígio em relação ao discurso das penas alternativas.

Por fim, não se pode esquecer que o monitoramento eletrônico pode desempenhar também um importante papel na proteção dos interesses das vítimas de violência doméstica. Com efeito, a Lei nº 11.340/06 (Lei “Maria da Penha”) estabelece medidas cautelares como o afastamento do local de convivência e a proibição de se aproximar de determinadas pessoas ou frequentar lugares (art. 22), as quais podem ser fiscalizadas pela monitoração eletrônica cautelar com o advento da Lei nº 12.403/2011. Entretanto, a ausência de previsão legal de uma pena de monitoramento eletrônico pode deixar a vítima em situação menos segura após a condenação, já que o agressor eventualmente condenado a uma pena restritiva de direitos (ex. proibição de frequentar lugares) pela violência doméstica não poderá ser submetido ao controle eletrônico, mesmo que isso tenha sido necessário durante o processo.

⁶⁷⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 145.

⁶⁷⁸ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 13.

6 PROBLEMATIZAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO E PERSPECTIVAS DE POLÍTICA CRIMINAL

O monitoramento eletrônico de penas e medidas penais suscita críticas e discussões, tanto por parte dos que pretendem adotar a técnica quanto dos que querem rejeitá-la. Nesse sentido, António Carlos Duarte-Fonseca afirma que a vigilância eletrônica “constitui uma verdadeira encruzilhada de diferentes concepções dos direitos do homem, pois é justamente a dignidade da pessoa humana que está no cerne dos fundamentos invocados pelos que a defendem e pelos que a combatem”.⁶⁷⁹ Com efeito, a vigilância eletrônica é defendida como forma mais humana de punição e, por outro lado, criticada pela invasão da intimidade, ou seja, por afronta aos direitos fundamentais.

De fato, a vigilância eletrônica pode se constituir em uma forma mais humana e eficaz de punição ou de executar a punição imposta, mas isso depende fundamentalmente da natureza jurídica atribuída à medida, bem como das garantias jurídicas eventualmente estabelecidas. Nesse sentido, Gudín Rodríguez-Magariños⁶⁸⁰ insiste que a tecnologia não é boa nem má, bom ou mau é o homem que a utiliza. A restrição a determinados direitos fundamentais pode ser certa, mas parece justificada pela necessidade da pena e pelas finalidades atribuídas à sanção penal em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito. Os limites desse confronto com os direitos fundamentais, porém, devem ser analisados e estabelecidos pelo legislador.

Além disso, a vigilância eletrônica é alvo de crítica tanto de conservadores quanto de liberais. Com efeito, Miguel Ángel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente⁶⁸¹ afirmam que os adeptos das teorias mais conservadoras criticam a ausência de caráter penal na vigilância eletrônica, qualificando-a como excessivamente indulgente e carente de natureza repressiva, ou seja, incompatível com as finalidades atribuídas modernamente à pena privativa de liberdade. De acordo com essas teorias, a vigilância eletrônica carece de um elemento retributivo e não atende às expectativas preventivas de intimidação diante de futuras tentações delitivas dos potenciais delinquentes (prevenção geral negativa), bem como não contribui para reforçar a confiança ético-

⁶⁷⁹ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 103.

⁶⁸⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 12.

⁶⁸¹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1095.

jurídica da população na importância dos valores protegidos pelas normas (prevenção geral positiva). Diante das críticas “conservadoras”, os autores espanhóis reconhecem que o arresto domiciliar sob vigilância eletrônica não dispõe de mecanismos coativos para impedir futuros delitos, permanecendo vivo um risco para a segurança coletiva.

Por outro lado, ainda segundo Iglesias Río e Pérez Parente,⁶⁸² os adeptos de posições ideológicas mais liberais criticam principalmente a introdução de métodos eletrônicos de controle no âmbito penal, advertindo para uma perigosa ampliação do controle penal (*net-widening*). Os mais pessimistas, sobretudo na Grã Bretanha e na Alemanha, consideram a vigilância eletrônica como a porta de entrada de um Estado policalesco de controle total da vida dos particulares, conforme representado por George Orwell. Assim, a vigilância eletrônica transformaria a máxima “minha casa é meu castelo” na expressão “minha casa é minha prisão”, ou seja, produziria uma “prisionalização” do espaço particular, debilitando a proteção do domicílio ao convertê-lo em local de execução de pena, uma espécie de cárcere privado. Além disso, a sofisticação do instrumental técnico que possibilita a localização permanente do sujeito por GPS produziria uma prisão virtual e móvel e, portanto, uma “prisionalização global do espaço público”. Nesse sentido, os críticos chamados “liberais” insistem que o atrativo da tecnologia futurista inerente à vigilância eletrônica, travestida de punição progressista e moderna, surge como uma nova penologia em um universo controlado pelo Estado e seria, portanto, mais uma manifestação de política criminal repressiva no conjunto de vários exemplos atingidos atualmente na luta contra a criminalidade organizada.

Diante das críticas “liberais”, os autores mencionados afirmam que uma pena com vigilância eletrônica realmente poderia servir de pretexto para consolidar uma linha político-criminal mais repressiva. A vigilância eletrônica representaria uma maior humanização da pena somente naqueles casos em que o réu estivesse efetivamente sujeito à prisão, como ocorre nos Estados Unidos e na Suécia, que executam penas de prisão incondicional de duração inferior a duas semanas.⁶⁸³

Percebe-se, portanto, que a vigilância eletrônica gera desconfiança e crítica entre conservadores e liberais. Repita-se, porém, que o monitoramento eletrônico pode ser estabelecido e utilizado de várias maneiras e com diferentes características, dependendo da natureza jurídica que lhe seja atribuída. Destarte, devem ser investigadas

⁶⁸² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1095-1096.

⁶⁸³ *Ibid*, p. 1097.

também as principais críticas formuladas à vigilância eletrônica no âmbito penal, a fim de contribuir para a tomada de posição sobre a conveniência político-criminal do controle eletrônico na legislação nacional.

6.1 Confronto com os direitos fundamentais: liberdade, intimidade (privacidade), dignidade humana e igualdade

Os direitos humanos resultam de lutas e ações sociais ao longo do tempo e assim continuam sendo construídos e conquistados. A concepção atual dos direitos humanos com características de universalidade e indivisibilidade foi introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e pode ser considerada como fruto da internacionalização desses direitos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, ou seja, como resposta às atrocidades cometidas durante o período nazista.⁶⁸⁴

Na Constituição brasileira de 1988, os direitos humanos encontram-se positivados como *direitos fundamentais* no Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Os denominados direitos de *primeira geração* (direitos políticos) estão previstos no Capítulo I – *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, enquanto os de *segunda geração* no Capítulo II – *Dos Direitos Sociais* (além dos direitos culturais e econômicos). Além disso, o direito ao meio ambiente (art. 225 da CF) tem sido considerado como a *terceira geração* (direitos de solidariedade ou fraternidade) e, segundo alguns autores, os direitos ligados às carências humanas perante os avanços da tecnologia da informação e da bioengenharia seriam a *quarta geração*. Os direitos de quarta geração devem constituir, portanto, uma proteção contra as manipulações genéticas ou, conforme mencionado por Enrique Ricardo Lewandowski, “contra a invasão da privacidade, a massificação e o totalitarismo prenunciados por Orwell em sua obra *1984* (1948), ou ainda contra a anônima e tentacular burocracia estatal e privada, prevista por Kafka em seu romance *O processo* (1915)”.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8 e 13. A autora acrescenta que no contexto do pós-guerra surgiram severas críticas à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e, por outro lado, um reencontro com o pensamento de Kant, segundo o qual as pessoas possuem valores intrínsecos e devem ser um fim em si mesmo, ou seja, dotadas de dignidade e autonomia.

⁶⁸⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 392.

Independentemente das classificações, é certo que alguns direitos já conhecidos ganharam nova e destacada importância diante do rápido desenvolvimento tecnológico dos últimos tempos, mormente a partir da década de 1980, como é o caso do direito à intimidade e à privacidade.

A proteção aos direitos fundamentais, porém, não é absoluta e sim gradual, ou seja, permite determinadas restrições ou limitações em razão de interesses coletivos como é o caso da prisão, que também afeta significativamente a intimidade, para a garantia da segurança pública.⁶⁸⁶ Não há se falar, nesse caso, em *lesão* aos direitos fundamentais, ou seja, em um atentado injustificado ao exercício destes direitos, mas sim em *restrição* ou *limitação* justificada e autorizada dos direitos fundamentais.⁶⁸⁷ Com efeito, a Constituição autoriza expressamente a intervenção do legislador no âmbito de proteção de certos direitos fundamentais, ou seja, exige apenas que a restrição ou limitação ao direito fundamental seja feita através de lei (*reserva legal simples*), como é o caso das sanções penais que recaem sobre direitos fundamentais como a liberdade, a propriedade e outros (art. 5º, XLVI da CF).⁶⁸⁸ É importante consignar, porém, que a doutrina e a jurisprudência (STF) reconhecem alguns limites (*principio da protección do núcleo essencial*) à possibilidade de intervenção do legislador para restringir ou limitar direitos fundamentais.⁶⁸⁹

A questão parece ser mais complexa quando um direito fundamental é indiretamente ou secundariamente atingido pela pena legal, como é o caso da intimidade, da dignidade humana ou da igualdade na execução da pena privativa de liberdade ou do monitoramento eletrônico. Ressalte-se que o monitoramento eletrônico, nos países que adotam essa tecnologia no âmbito penal, não é utilizado como sanção incidente sobre a intimidade, ou seja, a pena não é a “perda da intimidade por determinado tempo”. De modo

⁶⁸⁶ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 221. Escobar Marulanda cita Robert Alexy para justificar a necessária ponderação entre direitos fundamentais, ou seja, entre os princípios da dignidade e da segurança pública para saber qual terá precedência sobre o outro e em que medida. Com efeito, Robert Alexy distingue conflito de regras e colisão de princípios. No conflito de regras, a solução deve ser buscada em eventual cláusula de exceção ou pelas regras de interpretação para concluir sobre a validade de uma delas. Por outro lado, a colisão de princípios deve ser solucionada pela ponderação entre eles, ou seja, deve ser considerado o maior peso de um princípio sobre outro em determinadas condições, de modo que tenha precedência sobre o de menor peso que cede, mas não perde a validade. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008 (Coleção Teoria e Direito Público; 1), p. 92-94.

⁶⁸⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 203-204.

⁶⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 385-386.

⁶⁸⁹ *Ibid*, p. 398-399.

geral, a vigilância é utilizada como instrumento de cumprimento da pena privativa de liberdade ou de fiscalização de outras penas, medidas ou condições impostas (programas de monitoramento eletrônico). Nesse caso, portanto, a limitação à intimidade (ou outro direito fundamental) produzida pela vigilância eletrônica é indireta ou secundária, assim como ocorre na pena privativa de liberdade cumprida na prisão. Nesse sentido, Otero González⁶⁹⁰ ressalta que a vigilância eletrônica não é mais que um instrumento colocado a serviço de certas finalidades e que estas é que devem proteger os direitos fundamentais em jogo. Segundo a autora, se os meios técnicos facilitam qualquer alternativa à prisão, por si mesmos não devem, em princípio, constituir nenhum problema.

De qualquer forma, e lembrando a existência de limites ao próprio legislador, revela-se necessário justificar a eventual (direta ou indireta) restrição aos direitos fundamentais pela sanção penal e, principalmente, por uma medida penal de monitoramento eletrônico como pena autônoma ou com outra natureza jurídica. Com efeito, a restrição ou limitação ao exercício de um direito fundamental deve ser justificada, respeitando sempre o conteúdo essencial do referido direito e observando o princípio da proporcionalidade, isto é, a restrição deve ser necessária e adequada à finalidade buscada, além de responder aos objetivos de interesse geral pela necessidade de proteção dos direitos e liberdades de outros.⁶⁹¹

Nesse sentido, Francesc Guillén Lasierra⁶⁹² sustenta que o monitoramento eletrônico justifica-se quando é utilizado para o controle de autorizações de saídas penitenciárias e no âmbito dos delitos de violência doméstica. Segundo o autor, o risco de que um detento não retorne à prisão após a autorização penitenciária pode ser um obstáculo à manutenção dessas permissões essenciais à finalidade de reinserção social. Trata-se de uma situação politicamente sensível que enfraquece a posição política das autoridades penitenciárias, pois dá a sensação de certa fragilidade de todo o sistema penal que pode inviabilizar a manutenção jurídica das autorizações. A violência doméstica também justifica a vigilância eletrônica na medida em que permite efetivar uma ordem de afastamento ou distanciamento do agressor de sua vítima.

Além da justificação material, o pressuposto básico para a restrição ao direito fundamental, ainda que indireta ou secundária, deve ser a observância ao princípio

⁶⁹⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 11.

⁶⁹¹ LASIERRA, Francesc Guillén. *Contrôle électronique des déplacements: quelles garanties constitutionnelles?* In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 186 e 192.

⁶⁹² *Ibid*, p. 187-188.

da legalidade, em todos os seus aspectos de reserva legal, anterioridade e taxatividade.⁶⁹³ A doutrina costuma acrescentar a necessidade de intervenção judicial (reserva de jurisdição) para aplicar a medida restritiva de direitos fundamentais, bem como a observância, tanto na regulação quanto na aplicação, dos princípios da necessidade e da menor lesividade (subsidiariedade), os quais exigem a opção normativa e jurisprudencial pela vigilância apenas na ausência de outras medidas ou penas que possam satisfazer o interesse coletivo com igual efetividade e menor afetação aos direitos fundamentais. Além disso, a proporcionalidade também deve nortear o legislador e o aplicador (juiz) da vigilância eletrônica de modo a impedir, por exemplo, uma afetação maior aos direitos fundamentais que aquela produzida pelo cárcere.⁶⁹⁴

Assim, devem ser analisadas as situações de confronto com direitos fundamentais causadas pela vigilância eletrônica, bem como suas justificativas.

6.1.1 Monitoramento eletrônico e liberdade

A privação da liberdade de locomoção ou movimentação tem sido utilizada como principal forma de sanção penal há muito tempo. Entretanto, a vigilância eletrônica, por si só, não incide sobre a liberdade de locomoção, embora seja muito comum e até recomendável que tal medida acompanhe uma restrição de liberdade para efeito de controle dessa limitação. Nesse sentido, Francesc Guillén Lasierra⁶⁹⁵ esclarece que a liberdade não é limitada pela vigilância eletrônica propriamente dita, mas sim pela pena imposta em relação à qual se procura garantir o cumprimento.

No caso da vigilância eletrônica como alternativa penal ou como modo de cumprimento de pena privativa de liberdade, é possível afirmar que a medida possibilita a restituição de uma importante parcela de liberdade ao condenado ou processado, ao

⁶⁹³ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 124-125. Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée esclarecem que o conteúdo do princípio da legalidade é formado pela reserva legal, pela exigência de taxatividade e certeza e, ainda, pela exigência de irretroatividade. Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*: Volumen I. Madrid: Trotta, 1997 (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho), p. 81.

⁶⁹⁴ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados*: análisis jurídico, económico y social. Op. cit., p. 87; POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 125-127; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico*: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Op. cit., p. 170-172.

⁶⁹⁵ LASIERRA, Francesc Guillén. Contrôle électronique des déplacements: quelles garanties constitutionnelles? In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies*: Surveillance électronique en Europe. Op. cit., p. 189.

mesmo tempo em que submete essa liberdade a um controle sistemático e por vezes intensivo. Assim, parece certo que o cumprimento da pena privativa de liberdade através do sistema de vigilância eletrônica permite um maior grau de liberdade de locomoção ao condenado.

Por outro lado, a prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico provoca uma mudança espacial ou geográfica na execução da pena, ou seja, a pena privativa de liberdade deixa de ser executada em espaços públicos específicos e alcança o lugar em que a liberdade é objeto de maior proteção, ou seja, o lar, a residência (espaço privado). Alguns autores ressaltam o lado negativo dessa alteração geográfica na execução da sanção penal.

Esta substituição da prisão, como espaço ou território por excelência para a privação da liberdade, acrescidas de todas as *promissoras* mais-valias do avanço tecnológico, em matéria de vigilância eletrônica, por outro local que pode ser a própria casa do arguido ou do condenado, tem um reverso profundamente inquietante. A casa, o sacrossanto altar da privacidade, último reduto das nossas liberdades, o *castelo* de cada um de nós, pode tornar-se a nossa prisão, um território de repente tornado palco de uma *observação* constrangedoramente permanente, sujeito à devassa das chamadas telefônicas de atendimento obrigatório, das visitas de verificação e controle, inopinadas e a quaisquer horas do dia ou da noite, por parte dos agentes encarregados da vigilância. Fica substancialmente alterada a relação entre o espaço público e o espaço privado que acabam por se confundir, com a infiltração daquele neste, gerando uma relação de poder sob uma forma perturbadoramente diluída e insidiosa.⁶⁹⁶

Segundo Poza Cisneros,⁶⁹⁷ a prisão domiciliar sob vigilância transforma a relação entre espaço público e privado ao “desterritorializar” a execução penal, ao mesmo tempo em que produz uma “desinstitucionalização” da pena que não será mais executada, necessariamente, em estabelecimentos exclusivamente destinados a esse fim.

De todo modo, o cumprimento da pena privativa de liberdade fora do estabelecimento penitenciário parece positivo, pois evita os problemas sociais, psicológicos e sexuais geralmente associados à institucionalização da pessoa. Entretanto, como ressalta Gudín Rodríguez-Magariños,⁶⁹⁸ a ausência de muros e barreiras físicas gera

⁶⁹⁶ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 106.

⁶⁹⁷ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 118-119.

⁶⁹⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 93.

uma falsa sensação de liberdade ao monitorado. Enquanto o condenado que cumpre pena na prisão percebe desde o primeiro instante as consequências do encarceramento, o monitorado necessita de um período de adaptação para se conscientizar de sua verdadeira condição, que tem semelhanças com a situação daquele que está preso.

O autor espanhol acrescenta que a maior diferença entre o cárcere (estabelecimento penitenciário) e a vigilância eletrônica é a aparência superficial, pois o indivíduo vigiado acredita que está livre e desfruta de uma aparente liberdade deambulatoria, mas o Estado pode estar mais presente em sua vida que no caso do cárcere. Assim, a vigilância eletrônica ataca também a liberdade na medida em que limita a intimidade pessoal, que é a zona nuclear da personalidade humana e essencial para o seu livre desenvolvimento.⁶⁹⁹ Segundo o autor, que chama a vigilância eletrônica de “cárcere eletrônico”, as duas instituições (estabelecimento penitenciário e vigilância eletrônica) destinam-se a restringir a liberdade, porém uma o faz através de coação física e outra de coação mais mental que física, constituindo uma simplificação grosseira dizer que o cárcere físico incide sobre a liberdade e o cárcere eletrônico sobre a intimidade.⁷⁰⁰

Além da liberdade de locomoção, a doutrina aponta outras liberdades que podem ser afetadas pela vigilância eletrônica. Com efeito, mormente em face da prisão domiciliar sob vigilância eletrônica, seriam afetados o direito de associação (política e social) e o livre exercício de atividade religiosa. Assim, recomenda-se a regulamentação de tais direitos para garantir o exercício respectivo durante o cumprimento da pena sob vigilância eletrônica.⁷⁰¹

6.1.2 Monitoramento eletrônico e intimidade (e privacidade)

De modo geral, doutrina e jurisprudência não distinguem entre intimidade e privacidade, porém alguns autores consideram que a intimidade (conversações e episódios mais íntimos) faz parte do direito à privacidade (relações

⁶⁹⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 94 e 104.

⁷⁰⁰ Ibid, p. 99 e 102.

⁷⁰¹ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 220.

personais em geral, comerciais e profissionais), que seria mais amplo.⁷⁰² O mais comum, no entanto, é a utilização do termo intimidade incluindo a idéia de privacidade.

A primeira formulação do direito à intimidade⁷⁰³ se deve a um artigo publicado nos Estados Unidos em 1890 por Louis Brandeis e Samuel Warren no qual a intimidade é concebida como o direito de estar só (*to be let alone*). Com o passar dos anos, porém, o direito à intimidade foi alterando seu perfil para se adaptar aos novos desafios, principalmente provocados pelo desenvolvimento da tecnologia.

Em sua origem, a intimidade era considerada como um direito à solidão e ao isolamento (*to be let alone*), identificada com o segredo e o reconhecimento a seu titular de faculdades de exclusão. Posteriormente, o desenvolvimento das tecnologias de controle e vigilância levou a uma identificação da intimidade com a idéia de controle, como manifestação do espaço em que se desenvolve a própria individualidade que se projeta, primeiro, nas zonas de retiro e segredo e que se estende às informações que concernem ao indivíduo. Surge assim a noção de intimidade telemática, referida à proteção do indivíduo frente ao recolhimento, armazenamento, utilização e transmissão dos dados pessoais.⁷⁰⁴

Diante desse conceito de intimidade, Gudín Rodríguez-Magariños⁷⁰⁵ afirma que a vigilância eletrônica deve estar fixada em um quadro jurídico completo que estabeleça limites claros à intromissão estatal e que não permitam um processo de despersonalização do indivíduo. Assim, a intimidade no século XXI passa a estar mais relacionada com a capacidade de controle das informações pessoais a que outras pessoas podem ter acesso, ou seja, a possibilidade de autodeterminação no âmbito informativo.

Por outro lado, o monitoramento eletrônico em seu uso mais comum (prisão domiciliar monitorada), conforme já mencionado, restringe a liberdade de locomoção e transforma em espaço público o local privado de maior proteção da intimidade, ou seja, a residência da pessoa. Além disso, o monitoramento eletrônico pode acarretar invasão de certa esfera íntima, independentemente de estar acompanhado de

⁷⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 469.

⁷⁰³ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 120; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 471-472. Por outro lado, Gudín Rodríguez-Magariños menciona que a concepção básica do direito à intimidade foi dada pelo juiz Cooley em 1873 como “o direito de ser deixado em paz” (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 102).

⁷⁰⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 105 (tradução nossa).

⁷⁰⁵ *Ibid*, p. 106.

outras restrições, quando localiza o indivíduo de forma permanente e ainda identifica determinados comportamentos pessoais (ingestão de álcool, por exemplo). A maioria dos autores, porém, concordam que o direito à intimidade, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto e pode sofrer restrições em razão dos interesses da coletividade.

Nesse contexto, Escobar Marulanda⁷⁰⁶ entende necessário justificar as restrições à intimidade e à dignidade provocadas pela vigilância eletrônica, o que não seria atendido apenas pelo fim de proteção do interesse público, mas sim por uma ponderação entre a gravidade da intromissão na intimidade pessoal e a imprescindibilidade para a proteção do interesse público.

Quanto à intromissão na intimidade, o autor afirma ser intolerável um controle eletrônico que permita um controle geral e constante de condutas e sensações do organismo de uma pessoa, como controlar um condutor ébrio reincidente de forma tal que permita conhecer permanentemente o momento e a quantidade de álcool ingerido, bem como monitorar o agressor sexual para saber quando tem uma ereção ou o jovem para saber quando apresenta um estado de agitação, possibilitando uma intervenção estatal antecipada. Por outro lado, um grau menor de intromissão seria a utilização dos monitores para controlar temporal e exclusivamente o deslocamento de uma pessoa em uma zona determinada, de onde não pode sair ou entrar. Assim, o autor entende que a intromissão na intimidade causada pela vigilância eletrônica deve ser analisada pelas circunstâncias do caso concreto, observando-se o seguinte: registro somente dos deslocamentos da pessoa e nunca imagens ou sensações; conhecimento reservado das informações; controle por tempo limitado; aceitação realmente voluntária; inexistência de outro meio de controle menos restritivo; determinado por um juiz e aplicado para delitos graves. Além disso, o autor entende necessário ponderar a imprescindibilidade do controle eletrônico, ou seja, que não seja possível a aplicação de outros meios menos lesivos ou restritivos aos direitos fundamentais. Assim, seria injustificada a utilização do monitoramento eletrônico por um período diário aos condenados que cumprem pena em regime aberto, tanto quanto seria injustificado um período de prisão, pois estes já passam a maior parte do dia sem qualquer controle.⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 221.

⁷⁰⁷ *Ibid*, p. 222-224.

Segundo Poza Cisneros,⁷⁰⁸ uma modalidade de vigilância que permita conhecer todas as atividades e sensações de uma pessoa, inclusive sinais vitais e reações, seria dificilmente compatível com a proteção constitucional do direito à intimidade. Entretanto, a autora reconhece que o mais comum é a aplicação da vigilância eletrônica na prisão domiciliar para verificar apenas a ausência ou presença do sujeito em sua residência ou em lugares determinados, porém, sem a gravação de conversas ou imagens, nem a descrição da conduta do sujeito no lugar em que se encontra.

Além disso, a afirmação de que monitoramento eletrônico é injustificável no regime aberto da prisão, porque os condenados já permanecem grande parte do tempo sem controle, parece desconsiderar as indispensáveis ponderações de natureza preventiva realizadas na aplicação judicial da pena, mormente em relação à prevenção especial. Com efeito, se o regime aberto dispensar qualquer controle no caso concreto, injustificada será a própria quantidade de pena aplicada para fins preventivos. Por outro lado, um monitoramento eletrônico limitado (algumas horas diárias) parece menos intrusivo que o cumprimento em estabelecimento penitenciário (Casa de Albergado), além de mais adequado para fins de reinserção social e segurança pública.

O problema da violação à intimidade pela vigilância eletrônica tem sido superado, na maioria dos países, pelo consentimento da pessoa que se submete à vigilância eletrônica. O consentimento livre e validamente emitido por uma pessoa adulta pode eliminar a indagação sobre a constitucionalidade da medida, tendo em vista a disponibilidade do direito à intimidade. Nesse sentido, Escobar Marulanda⁷⁰⁹ afirma que a pessoa pode expor sua intimidade até o limite desejado, pois o Estado não pode intervir para proteger a intimidade de uma pessoa contra a sua própria vontade. É interessante observar que muitos países condicionaram a vigilância eletrônica ao prévio consentimento e, ao que parece, fizeram-no também para legitimá-la em determinadas situações, evitando questionamentos constitucionais aos programas pilotos iniciados e decididos pela própria administração penitenciária durante a execução da pena, independentemente de decisão

⁷⁰⁸ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 121.

⁷⁰⁹ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 223. Pilar Otero González também afirma que o direito à intimidade é um bem jurídico essencialmente disponível e, portanto, o consentimento livre e válido do monitorado sobre a vigilância eletrônica elimina qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da medida em Espanha (OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 12).

judicial (Suécia⁷¹⁰ e Holanda)⁷¹¹ e, algumas vezes, até sem autorização legislativa específica e apropriada (Espanha)⁷¹².

O consentimento, portanto, deve ser voluntário no sentido de não ser viciado pelo desconhecimento e ignorância.⁷¹³ Assim, o monitorado deve ser prévia e detalhadamente informado sobre todos os aspectos da vigilância eletrônica, como condições, períodos, horários, restrições, impedimentos e consequências. Além disso, o consentimento deve ser tomado por escrito do infrator e de seus familiares que com ele convivem, ou do titular da residência e da linha telefônica que serão utilizadas.

Não obstante altamente recomendável a colheita do consentimento prévio, parece que a existência de autorização legal específica também atenderia à exigência constitucional (*reserva legal simples*) para a limitação ou restrição do direito à intimidade. Nesse sentido, Poza Cisneros⁷¹⁴ informa que o Tribunal Constitucional espanhol reconhece a constitucionalidade de restrições à intimidade, mesmo na ausência de consentimento, quando há previsão legal específica ou genérica, como no caso de exames de dosagem alcoólica ou algumas intervenções corporais coercitivas, distinguindo apenas diversos *planos* ou *graus* de intimidade em função da zona do corpo afetada, o que também deve ser considerado na vigilância eletrônica.

A vigilância eletrônica, por outro lado, favorece certos aspectos da intimidade se comparada com o cumprimento da pena privativa de liberdade em estabelecimento penitenciário. Com efeito, o cumprimento de parte da prisão em meio aberto sob vigilância permite o desenvolvimento de certos aspectos da vida privada, como as relações familiares e sexuais.

⁷¹⁰ PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 264; POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 78.

⁷¹¹ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 260.

⁷¹² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 133-134. Nesse sentido, a maioria dos autores espanhóis que tratam do assunto reclama da ausência de amparo legal idôneo (não há *Ley Orgánica*) para os programas de vigilância eletrônica em Espanha, questionando a adequação das normas (*Real Decreto*) que autorizam a utilização da técnica referida na execução da pena. Cf. ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 218; POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 83 e 124; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 87-88 e 107.

⁷¹³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 89.

⁷¹⁴ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 121-122.

6.1.3 Monitoramento eletrônico e dignidade humana

A dignidade humana, além de se caracterizar como valor fundamental ou superior do Estado Democrático de Direito, também é um direito fundamental da pessoa humana (princípio jurídico). Entretanto, o conteúdo desse direito é objeto de controvérsia e discussão, ou seja, discute-se o que pode ser entendido por dignidade humana, ou em outros termos, o que seria incompatível com ela. Além disso, como todo direito fundamental, a proteção à dignidade humana não é absoluta e pode ser limitada, mormente pela intervenção do legislador.

Quanto à compatibilidade com a dignidade, questiona-se se o monitoramento eletrônico pode ser uma pena desumana ou degradante, ou seja, violadora da dignidade humana. Escobar Marulanda⁷¹⁵ afirma que a dignidade humana deve ser entendida não apenas como autonomia ética da pessoa, que evita sua instrumentalização, mas também sua integridade como ser social, relativamente às condições básicas de vida e às oportunidades para satisfazer suas necessidades. Assim, o autor conclui que a vigilância eletrônica produz um conhecimento sobre as atividades e sensações de uma pessoa para exercer um controle sobre ela, o que afeta sua autonomia ética e suas condições básicas de vida (dignidade humana). Isso porque a pessoa passa a ser um objeto de controle e sua qualidade de vida é afetada pelo controle eletrônico permanente. O autor questiona também se o monitoramento eletrônico constitui uma pena cruel, porém, aponta dificuldade para definir crueldade, já que isso dependeria de uma decisão política ou moral em relação a uma determinada característica da pena considerada, ou seja, um único e leve açoite pode ser considerado cruel e vinte anos de prisão não.

Poza Cisneros,⁷¹⁶ em análise mais ponderada, afirma que as modalidades mais habituais e menos intrusivas de vigilância eletrônica afetam em escassa medida a autonomia ética da pessoa e potencializam, por outro lado, sua integridade como ser social, sobretudo se comparadas ao meio penitenciário, caracterizado pela massificação e promiscuidade que impõe ao indivíduo. Gudín Rodríguez-Magariños⁷¹⁷ também discorda de Escobar Marulanda, afirmando que a vigilância eletrônica não é mais desumana ou

⁷¹⁵ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 219-220.

⁷¹⁶ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 123.

⁷¹⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Op. cit., p. 164.

degradante que o cárcere e, ao contrário, caracteriza-se como um mal menor em relação a este. Além disso, não parece que a vigilância eletrônica possa ser considerada uma pena cruel, até porque a experiência estrangeira revela que os condenados preferem esta forma de cumprimento de pena àquela em meio penitenciário.

A proteção à dignidade humana enquanto direito fundamental não é absoluta, ou seja, pode haver restrição ou limitação assim como ocorre com a intimidade. Contudo, conforme mencionado no tópico anterior, Escobar Marulanda⁷¹⁸ entende que as restrições aos direitos fundamentais (dignidade e intimidade) devem ser justificadas por uma ponderação entre a gravidade da intromissão e sua imprescindibilidade para a proteção do interesse público. Entretanto, ao contrário da intimidade, o autor entende que na dignidade humana existe um limite intolerável inclusive se é voluntariamente admitido pelo titular do direito, como no caso de escravidão ou determinados tratamentos degradantes ou vexatórios.

Há que se indagar, então, se o monitoramento eletrônico ultrapassa esse limite mínimo de restrição à dignidade humana, ou seja, se impõe uma condição vexatória ao vigiado em razão do uso de equipamento capaz de identificá-lo como um delinquente condenado (estigmatização). Nesse ponto, as opiniões são variadas e diversas, existindo autores que reconhecem a estigmatização social pela vigilância eletrônica e outros que a negam.

Carlos Weis afirma que as tornozeleiras eletrônicas não são “facilmente ocultáveis” como pretendem alguns, “constituindo mecanismo de exposição pública à sociedade das pessoas que estejam respondendo a processo-crime ou que sejam condenadas criminalmente”.⁷¹⁹ O autor acrescenta que, geralmente, a pessoa presa pertence a uma classe social menos favorecida e utiliza vestimentas simples, como bermudas e camisetas que dificultam a ocultação do equipamento. Além disso, o clima quente brasileiro também impediria o uso de roupas mais longas para esconder o aparelho e, mesmo que assim não fosse, existiriam situações em que a pessoa é obrigada a expor seu corpo a terceiros, como em exames médicos de admissão em emprego ou situações sociais como vestiários de empresas e clubes.

⁷¹⁸ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 221 e 223.

⁷¹⁹ WEIS, Carlos. Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 145.

Quanto ao argumento de que a situação da intimidade no presídio é ainda pior, o autor afirma:

Se esse raciocínio tem certa dose de plausibilidade, é igualmente certo que o sentenciado preso em celas coletivas não corre o risco de ser identificado na rua como um “bandido” e de sofrer toda a sorte de ofensas à sua honra e, mais grave que isso, à sua integridade física, podendo facilmente ser linchado por uma população movida pelo pânico social e pela sensação de impunidade. Neste contexto, não se pode imaginar que crie mecanismo que ponha em risco a vida e a integridade física e moral do condenado.⁷²⁰

António Carlos Duarte-Fonseca⁷²¹ também aponta uma reapropriação do corpo pela pena, através da utilização de um colar ou uma pulseira, que poderia gerar a estigmatização do usuário, ou seja, seria “o retorno, sob véus diáfanos, do ferrete infamante”, que substituiria um estigma por outro. O autor reconhece que a evolução tecnológica possibilitou o uso de equipamentos em miniatura, o que os tornou menos incômodos e mais discretos, até mesmo indistinguíveis como os modernos relógios de pulso, porém, insiste no risco de uma possível ampliação do efeito estigmatizador que a vigilância deveria evitar.

Por outro lado, Pilar Otero González⁷²² afirma que a dignidade é afetada apenas secundariamente pela vigilância eletrônica, pois os dispositivos eletrônicos estão cada vez mais reduzidos de tamanho (miniaturas) e, além disso, a voluntariedade se estende (na Espanha) não apenas à sua possibilidade, mas também ao tipo de equipamento que se impõe ao condenado. Assim, em alguns casos a pena pode ser cumprida com bracelete eletrônico e em outros mediante verificação de voz, dependendo também da opção manifestada pelo condenado. Além disso, a autora informa que o dispositivo eletrônico mais complexo (GPS e rádio frequência) que controla a ordem de afastamento em delitos de violência doméstica foi desenhado como um relógio de pulseira análogo ao equipamento usado por diabéticos, doentes de Alzheimer ou doentes de alguma cardiopatia.

⁷²⁰ WEIS, Carlos. Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 147.

⁷²¹ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 105.

⁷²² OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 89-90.

Poza Cisneros⁷²³ indica o perigo de estigmatização através da pena, que afetaria a intimidade em uma dimensão fronteira com a dignidade humana e a honra, mas reconhece que essa questão pode ser contornada com a tecnologia mais avançada que oferece unidades em miniaturas, de desenho discreto e semelhante a um relógio. Iglesias Río e Pérez Parente⁷²⁴ afirmam que o equipamento deve ser colocado em local pouco visível para evitar ao máximo a estigmatização social, mas lembram que o uso de um aparelho transmissor não contém o componente subjetivo de ser *expressão de desprezo à personalidade*, nem equivale a uma pena corporal, nem a um tratamento desumano ou degradante que tenha um significado de castigo autônomo. Assim, os autores concluem informando que a doutrina dominante considera que a vigilância eletrônica ligada à execução de uma pena não gera lesão de direitos fundamentais; ao contrário, trata-se de medida menos lesiva e mais humana que o cárcere onde, além dos portões e muros, também se instalam microfones e câmeras de vídeo em locais estratégicos.

De fato, o avanço tecnológico pode desempenhar importante papel na superação do problema da estigmatização do condenado submetido à vigilância eletrônica. Conforme noticiado acima, alguns aparelhos de vigilância são semelhantes àqueles utilizados por alguns doentes, o que pode evitar o risco do monitorado ser identificado como condenado ou de ser atacado por esse motivo. Além disso, algumas formas de monitoramento eletrônico não produzem estigmatização, como é o caso da vigilância da prisão domiciliar através de sistemas passivos de verificação de voz ou do controle da proibição de frequência ou afastamento por aparelhos celulares compatíveis com a tecnologia GPS. Nesse sentido, Túlio Vianna⁷²⁵ observa que a crítica da estigmatização não se refere a uma característica essencial do sistema, mas apenas de sua forma, que pode ser alterada e adaptada à realidade brasileira, como o desenvolvimento de aparelhos semelhantes a relógios de pulso que possam ser usados em praias e clubes.

Ainda na dimensão axiológica do respeito à dignidade humana, Iglesias Río e Pérez Parente⁷²⁶ afastam uma eventual lesão ao direito fundamental de não se

⁷²³ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 122.

⁷²⁴ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1099-1100.

⁷²⁵ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 159.

⁷²⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1099.

autoincriminar (*nemo tenetur se ipsum accusare*) pelo uso do bracelete eletrônico. Segundo os autores, a finalidade essencial do controle eletrônico é fundamentalmente de natureza preventiva e ressocializadora, ou seja, evitar o cometimento de novos delitos, e não especificamente conduzir a uma determinação de culpabilidade ou autoincriminação. Em sentido estrito, ainda que o equipamento registre com eficácia probatória contra o monitorado os descumprimentos ao programa estabelecido, isto se caracteriza apenas como uma consequência adicional da vigilância e que não significa, em termos jurídicos, que o sujeito colabore ativamente contra a sua própria pessoa.

6.1.4 Monitoramento eletrônico e igualdade

Os programas de monitoramento eletrônico existentes em outros países (Suécia, Espanha, Canadá, EUA) normalmente realizam um processo seletivo entre os condenados para escolher os beneficiários participantes. A seleção costuma exigir certas condições materiais para viabilizar o controle, como a disponibilidade de residência, com energia elétrica e linha telefônica, além de ocupação (trabalho ou estudo) e renda suficiente para arcar com a totalidade ou parte do custo da vigilância. Destarte, segundo alguns autores, as exigências do processo seletivo do monitoramento eletrônico violam o direito à igualdade, visto que apenas os condenados com mais recursos financeiros poderiam livrar-se da prisão (*front door*) ou obter liberdade antecipada (*back door*).

Miguel Ángel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente⁷²⁷ ressaltam que as exigências (domicílio próprio ou fixo, linha telefônica, rede elétrica, trabalho estável e contribuição com as despesas) normalmente feitas nos processos seletivos podem caracterizar tratamento desigual ou discriminação social, transformando a alternativa tecnológica em *específica sanção de classe*. Christophe Cardet⁷²⁸ também aponta o risco de uma seleção social dos infratores no caso da exigência de pagamento das despesas, bem como eventual violação à igualdade na execução quando a mesma exigência não é feita para os que cumprem pena em estabelecimento penitenciário. António Carlos Duarte-Fonseca acrescenta que a exigência de casa própria *em condições adequadas*, além de

⁷²⁷ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1100.

⁷²⁸ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 20 e 56.

outras exigências, é discriminatória e arrisca um “efeito (re) penalizador relativamente aos que estão já atingidos pelas suas próprias circunstâncias de vulnerabilidade social”.⁷²⁹

Poza Cisneros, por outro lado, entende que a violação à igualdade não é maior que aquela já existente em outras sanções penais e, além disso, que podem ser superadas e contornadas.

Neste ponto, deve ser reconhecido que a afetação não seria superior àquela imposta pelas penas pecuniárias, por mais que se pretenda modular essa afetação através de sistemas “sensíveis”, como o de dias-multa. E, em todo caso, que a concreta regulamentação da vigilância eletrônica pode prevenir ou, ao menos, reduzir drasticamente o possível conflito, mediante a previsão de proporcionar ao candidato o acesso a albergues públicos ou ajustados e a erradicação ou flexibilização do requisito de assunção dos custos do monitoramento por parte da pessoa vigiada. Quanto aos requisitos relativos à ocupação do candidato, além de não se identificar necessariamente com ocupação laboral efetiva, bastando a disposição para aceitar ofertas de trabalho, atividade acadêmica, trabalho doméstico, etc., constitui um critério razoável de seleção da população apta para submeter-se ao deve conceber-se como uma alternativa à prisão.⁷³⁰

De fato, as exigências de residência e linha telefônica podem ser perfeitamente superadas, inclusive com fornecimento de abrigos temporários ou financiamentos imobiliários especiais, como é o caso na França. Além disso, é possível que a prisão domiciliar seja estabelecida em local de propriedade de terceiro, desde que exista a concordância expressa deste e a indicação do vigiado, ou ainda, que se dispensem as exigências materiais dependendo da forma de vigilância adotada, como é o caso de alguns equipamentos com tecnologia GPS.

Ressalte-se, porém, que o processo seletivo e as exigências mencionadas apenas fazem sentido na hipótese de inclusão do infrator em *programas* de monitoramento que contam com acompanhamento social e familiar. Não é o caso, portanto, de se proceder a um rigoroso processo seletivo, com inúmeras exigências ao infrator, se o monitoramento for utilizado como simples instrumento de fiscalização da restrição à liberdade, como medida cautelar ou como pena autônoma desvinculada de um programa de recuperação social.

⁷²⁹ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 104.

⁷³⁰ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 124 (tradução nossa).

Túlio Vianna,⁷³¹ por sua vez, reconhece que a vigilância será utilizada seletivamente e que “recairá predominantemente sobre pobres, negros e minorias políticas em geral”, mas lembra que este é um problema do sistema penal e não específico do monitoramento eletrônico. Segundo o autor, a crítica minimalista deveria se concentrar nos usos equivocados que se pretende dar à tecnologia e não a esta em si própria.

Quanto ao pagamento das despesas, o tratamento igualitário pode ser garantido através de uma regulamentação legal equilibrada, vinculando o pagamento à existência de um trabalho efetivo e considerando a condição socioeconômica do sujeito. Conforme já mencionado, o sistema brasileiro em vigor (art. 29, §1º, alínea *d* da LEP) é bastante razoável e poderia ser aproveitado, até porque exige o ressarcimento das despesas também daqueles que cumprem pena em estabelecimento penitenciário.

6.2 A constitucionalidade da pena de monitoramento eletrônico

Na elaboração da lei penal, o legislador ordinário deve observar os princípios constitucionais, mormente aqueles especificamente relacionados ao direito penal, pois a Constituição se constitui em padrão de validade da legislação infraconstitucional. O sistema legal de penas, portanto, deve ser compatível com princípios constitucionais específicos, tanto explícitos como a legalidade, a individualização, a personalidade (pessoalidade ou intranscendência) e a humanização, quanto alguns implícitos como a proporcionalidade e a culpabilidade. Assim, o monitoramento eletrônico enquanto consequência jurídica da infração penal (pena autônoma) também deve ser orientado pelos princípios constitucionais mencionados.

O princípio da legalidade é fundamental e constitui-se em pressuposto básico de qualquer sanção penal (*nulla poena sine praevia lege*). A legalidade, porém, não basta para concluir pela constitucionalidade da pena. É preciso indagar se o legislador pode estabelecer certa modalidade de sanção como, por exemplo, o monitoramento eletrônico.

O princípio da individualização da pena pode ser entendido sob três aspectos, dependendo do momento em que é considerado, ou seja, cominação legislativa, aplicação judicial e execução judicial-administrativa. No que concerne à individualização

⁷³¹ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 164.

legislativa (cominação), o art. 5º, XLVI da Constituição prescreve que o legislador deve regular a individualização da pena e adotar, *entre outras*, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. Com efeito, o texto constitucional prevê também a restrição, e não apenas a privação da liberdade, além da suspensão e a interdição de direitos.

O dispositivo constitucional referido (art. 5º, XLVI) caracteriza-se por seu caráter programático, pois contém uma enumeração expressa das sanções penais, cabendo ao legislador infraconstitucional regulamentar e cominar qualquer das penas previstas na Constituição através de lei ordinária. Não se pode olvidar, porém, que essa previsão constitucional é meramente *exemplificativa* (“entre outras”) e não taxativa, ou seja, o legislador não está adstrito às modalidades constitucionais, podendo adequar a cominação legal às exigências preventivas de proteção aos bens jurídicos (prevenção geral), desde que respeitadas as vedações constitucionais (art. 5º, XLVII) e os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF). Importante consignar que as vedações constitucionais, ao contrário, são expressas e taxativas (“Não haverá penas”).

Assim, inserindo a *restrição* da liberdade como forma de sanção penal, a Constituição de 1988 abriu caminho para a criação de formas alternativas de pena, como a prisão domiciliar, a proibição de frequentar determinados lugares ou a limitação de fim de semana, as quais se caracterizariam em essência como verdadeiras sanções restritivas da liberdade de locomoção,⁷³² embora algumas estejam prescritas como restritivas de direitos.

O monitoramento eletrônico, conforme anteriormente mencionado, pode ser estabelecido como instrumento ou modalidade de cumprimento de pena ou como pena autônoma, acompanhada ou não de uma restrição à liberdade de locomoção, bem como com natureza de medida cautelar. Na segunda hipótese, o monitoramento eletrônico caracteriza-se como verdadeira sanção penal e, assim, deve também ser compatível com o sistema constitucional de penas que estabelece, entre outras, de forma exemplificativa e programática, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

A maioria dos autores que tratam do assunto considera que o monitoramento eletrônico incide fundamentalmente sobre a intimidade e, para alguns, também sobre a liberdade individual como consequência.⁷³³ Assim, uma pena autônoma de

⁷³² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 3º. Op. cit., p. 73.

⁷³³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica*: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Op. cit., p. 102.

monitoramento eletrônico, incidindo sobre o direito fundamental à intimidade (privacidade), podendo também acarretar *restrição* da liberdade ou de outros direitos se cominada ou aplicada com outra sanção, encontra amparo no sistema constitucional de penas, seja porque o próprio dispositivo (art. 5º, XLVI da CF) menciona a suspensão ou interdição de direitos, seja porque o direito à intimidade não pode ser considerado superior à liberdade, cuja *privação* se admite.

Além disso, não há vedação constitucional a este tipo de sanção incidente sobre a intimidade (privacidade) que, a princípio, não apresenta as características expressamente vedadas, ou seja, crueldade ou caráter perpétuo. Evidentemente, uma pena de monitoramento eletrônico sem prazo delimitado, que possa ser executada por toda a vida do condenado seria inconstitucional por seu caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *b* da CF).

Na doutrina nacional, Túlio Vianna reconhece a constitucionalidade do monitoramento eletrônico especificamente como sanção penal.

Ocorre que toda pena, por definição, consiste na imposição de uma limitação a um direito fundamental, variando desde a limitação da própria vida, na pena de morte; da integridade corporal, nos açoites; da liberdade, na prisão; do patrimônio, na multa; etc. Algumas destas limitações a direitos fundamentais com efeito de pena são expressamente limitadas pela Constituição da República em seu art. 5º, XLVII. Nenhuma vedação constitucional há, porém, em relação à limitação do direito constitucional à privacidade como pena, estando ela autorizada implicitamente pelo art. 5º, XLVI, da Constituição da República que prevê a possibilidade de pena de “suspensão ou interdição de direitos”.⁷³⁴

Da mesma forma, Pierpaolo Cruz Bottini⁷³⁵ reconhece a possibilidade dogmática de incorporação do monitoramento eletrônico no sistema penal brasileiro, tanto como sanção quanto como medida cautelar processual, bem como sua constitucionalidade, desde que respeitados os princípios legais e constitucionais do direito penal.

Com efeito, o legislador e também o aplicador devem atentar para os princípios constitucionais da personalidade (pessoalidade ou intranscendência) e da

⁷³⁴ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 160.

⁷³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 176.

proporcionalidade, sob pena de estabelecer e aplicar uma pena possível em abstrato, mas eventualmente inconstitucional em sua aplicação concreta. Nesse sentido, a doutrina⁷³⁶ noticia algumas críticas ao monitoramento eletrônico aplicado à prisão domiciliar por sua suposta transcendência, ou seja, pela extensão de seus efeitos sobre os familiares e outras pessoas que eventualmente convivam com o apenado.

De fato, algumas pessoas acabam suportando certos efeitos indiretos da prisão domiciliar sob vigilância eletrônica, como as visitas do pessoal do acompanhamento e as chamadas telefônicas, bem como eventual estresse causado pela vigilância, tensão entre familiares e agressividade do vigiado pelo recolhimento doméstico. Entretanto, não há transcendência da punição (restrição da liberdade e da intimidade), mas apenas de alguns efeitos indiretos como ocorre em todas as demais formas de sanção penal, com maior ou menor intensidade. Com efeito, é antigo o exemplo da esposa que passa a exercer atividade degradante para suprir a necessidade econômica gerada pela prisão do marido,⁷³⁷ assim como não é nova a crítica a certos tipos de penas pecuniárias por seus efeitos negativos no patrimônio familiar e dos futuros herdeiros do condenado.⁷³⁸ Além disso, uma pena autônoma de monitoramento eletrônico pode estar ligada a outro tipo de restrição da liberdade, diversa da prisão domiciliar, que não causa tais efeitos colaterais, como é o caso do afastamento obrigatório em relação à vítima ou da proibição de frequência a determinados lugares.

Infere-se, portanto, que a *pena de monitoramento eletrônico*, com natureza de restrição de direitos, é compatível com o sistema de penas previsto na Constituição Federal de 1988, embora seja recomendável sua vinculação a outra pena restritiva de liberdade (ex. prisão domiciliar) ou a outra restritiva de direitos (ex. proibição de frequentar determinados lugares) em face das finalidades preventivas da sanção penal.

6.3 Aplicação do monitoramento eletrônico: desencarceramento ou ampliação da intervenção penal (net-widening)?

⁷³⁶ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 65; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1101.

⁷³⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*: Volume III. Op. cit., p. 151.

⁷³⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 111-112; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 3º. Op. cit., p. 74; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: Volume III. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 270.

Conforme já mencionado, muitos países adotaram a técnica da vigilância eletrônica, aplicando-a em diferentes áreas e formas, como no combate à criminalidade em geral e especificamente ao terrorismo, mas principalmente como método alternativo de cumprimento da pena privativa de liberdade ou simplesmente como alternativa penal para substituir a prisão.

De acordo com Luís de Miranda Pereira,⁷³⁹ a diversidade de programas de monitoramento eletrônico e de objetivos que orientam sua aplicação nos países analisados revela as diferentes opções políticas e os diferentes problemas que pretendem resolver. Assim, o sucesso do monitoramento eletrônico depende inicialmente, entre outros aspectos mais específicos, de uma clara definição política das finalidades e objetivos que se pretende atingir com sua aplicação.

Sustentou-se acima que a finalidade primordial do monitoramento eletrônico deve ser a prevenção especial, ou seja, viabilizar a reinserção social e a diminuição da reincidência, além dos outros objetivos de redução da população carcerária, redução dos custos e até reparação à vítima. Na doutrina, porém, além da desconfiança natural em relação aos resultados positivos da vigilância eletrônica para atender às finalidades referidas, uma das principais críticas direcionadas ao uso da tecnologia no campo penal refere-se ao denominado efeito *net-wideing*, ou seja, a ampliação da rede de controle estatal sobre as pessoas através da intervenção penal.⁷⁴⁰ Diante disso, muitos autores questionam a conveniência político-criminal do monitoramento eletrônico como instrumento de fiscalização de penas e medidas penais e propugnam a aplicação desta tecnologia exclusivamente como instrumento de redução da população carcerária, ou seja, para promover um efetivo desencarceramento. A vigilância, portanto, só deveria ser aplicada àquelas pessoas que estivessem realmente submetidas à prisão, em estabelecimento penitenciário, e não àquelas que já estivessem em liberdade, embora

⁷³⁹ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 247-248.

⁷⁴⁰ Philippe Mary afirma que a questão da “extensão da rede penal”, derivada da criminologia crítica, é colocada sempre que surgem modificações legislativas referentes às penas e medidas penais. A analogia da rede de pesca na análise do controle social apareceu no final da década de 1970 e foi sistematizada por Stanley Cohen em 1985, quando criticava a tendência das sociedades ocidentais a uma grande classificação dos indivíduos para manter o controle sobre eles. Assim, Cohen comparou o oceano à sociedade e a rede aos dispositivos e funcionários encarregados do controle social. De acordo com o autor, Cohen examina o tamanho e a intensidade da rede, bem como sua identidade e visibilidade e, ainda, os efeitos dessa atividade de controle, tendo como pano de fundo o fosso entre o discurso crítico (abolicionista e reducionista) que advoga a desinstitucionalização para um ideal de controle comunitário, de um lado, e a realidade das modalidades de controle social existentes ou emergentes, de outro. Cf. MARY, Philippe. Localização sob vigilância eletrônica e rede penal. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 137-138.

cumprindo pena (regime aberto, penas alternativas, liberdade condicional ou suspensão da pena).

María Poza Cisneros⁷⁴¹ relata que a doutrina reagiu à idéia da vigilância eletrônica assim como o fez nos primeiros tempos das alternativas penais, mas acabou aceitando a nova medida alternativa, porém, alertando sobre os perigos de extensão da rede de controle estatal e procurando reafirmar o caráter de verdadeira alternativa à prisão que a medida deve assumir. Segundo a autora, não assegurada a aplicação da vigilância eletrônica nesse sentido, ou seja, aplicada àqueles que estão em liberdade provisória ou com pena suspensa, ocorrerá uma agravação do fenômeno denominado por ela de *net expanding*. Assim, a vigilância não deve ser um objetivo em si mesmo e, portanto, o legislador e o juiz devem considerar o uso que lhe é atribuído e o risco de utilizá-la em prejuízo de alternativas já empregadas com similar eficácia.⁷⁴²

Luís de Miranda Pereira,⁷⁴³ citando Dick Whitfield, afirma que as discussões parecem ter se encerrado com a conclusão de que a justificação ética para o uso do controle eletrônico depende inteiramente da prática e de como a medida é utilizada: se a vigilância eletrônica evita a prisão, a medida estará justificada; se apenas amplia a rede de controle social ou por conta da violação das condições de execução alarga o caminho de entrada para a prisão, a medida será injustificada.

Pierre Landreville⁷⁴⁴ aponta que o perigo de escalada do controle penal é uma das críticas mais presentes à vigilância eletrônica, principalmente pela possibilidade de se impor a vigilância a quem teria uma simples *probation*, uma prestação de serviços comunitários ou liberdade mediante caução. Segundo o autor, a escalada penal também se

⁷⁴¹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 117. Segundo a autora, as alternativas penais se generalizaram nos ordenamentos jurídicos a partir da década de 1970 com o propósito de aliviar a população carcerária e os custos do sistema. Parte da doutrina desconfiou das alternativas penais em razão do alcance ainda maior de seus efeitos, atingindo pessoas que não eram condenadas à prisão, como delinquentes jovens ou primários, porém, foi se aproximando de uma tendência mais realista que negava a tese abolicionista e recuperava as vantagens das alternativas, reduzindo seus inconvenientes. Nesse contexto, o monitoramento eletrônico se expandiu nos EUA durante a década de 1980, alcançando a Europa em seguida, sob a “prestigiosa cobertura da teoria das alternativas à prisão”. Entretanto, a doutrina reagiu relançando o debate sobre as alternativas penais, concluindo pela aceitação da nova alternativa, mas com advertência sobre o perigoso efeito de expansão da rede de controle estatal.

⁷⁴² No mesmo sentido, Escobar Marulanda sustenta que o monitoramento eletrônico não deve ser usado em pessoas que de outra forma não iriam para a prisão, advertindo para o risco de que o controle representado pelos monitores eletrônicos seja convertido em um objetivo em si mesmo, com sua consequente expansão. Cf. ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Op. cit., p. 211.

⁷⁴³ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 264.

⁷⁴⁴ LANDREVILLE, Pierre. La surveillance électronique des délinquants: un marché en expansion. *Déviance et Société*. Op. cit., p. 115.

verifica quando a vigilância é imposta como condição para saída da prisão se o detento deveria ser colocado em liberdade mesmo sem o controle eletrônico.

Entretanto, este autor informa também que a oposição fundada na escalada do controle penal foi desqualificada por alguns autores por dois aspectos: de um lado, aqueles que reclamam sanções intermediárias mais confiáveis, mais justas, mais punitivas ou mais eficazes, defendem a vigilância eletrônica para fortalecer as medidas e rejeitam sua aplicação apenas como substituição da prisão; de outro lado, aqueles que defendem a vigilância como um componente interessante das medidas de reabilitação, ou seja, seria apropriado para aqueles que representam pouco perigo, mas necessitam de tratamento intensivo na comunidade, além de auxiliar na diminuição da reincidência e na promoção da disciplina pessoal.

De fato, António Carlos Duarte-Fonseca⁷⁴⁵ aponta a preocupação com o efeito *net-widening*, mas afirma ser possível argumentar, em contrapartida, que a monitoração telemática permite aumentar o leque de reações penais e, conseqüentemente, viabiliza uma maior adequação e individualização destas, preenchendo o vazio existente entre as medidas ou penas comunitárias e a prisão, o que justificaria uma seleção rígida dos destinatários dos programas, como ocorre na Suécia, no Canadá e na Austrália.

Philippe Mary,⁷⁴⁶ por sua vez, afirma que a questão da extensão da rede penal foi colocada desde o início das experiências de localização por vigilância eletrônica e que tal questão abrange necessariamente a intensificação e a diversificação da rede, ou seja, quando novos desviantes passam a ser submetidos ao controle e novas agências de controle se somam às antigas mais que as substituem. No que diz respeito à expansão propriamente dita, o autor afirma que a vigilância eletrônica não produziu impacto determinante, isto é, o número de pessoas vigiadas não representa senão uma porcentagem muito pequena da população penitenciária total (1% do total nos EUA até 1995 e 1,5% até

⁷⁴⁵ António Carlos Duarte-Fonseca também relata a preocupação com o efeito *net-widening* quando a vigilância é utilizada em pessoas que, mesmo sem esta medida, não seriam submetidas à prisão. Entretanto, o autor afirma ser possível argumentar que a monitoração telemática permite aumentar o leque de reações penais e, conseqüentemente, uma maior adequação e individualização destas, preenchendo o vazio existente entre as medidas ou penas comunitárias e a prisão, o que justificaria uma seleção rígida dos destinatários dos programas, como ocorre na Suécia, no Canadá e na Austrália (DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. Op. cit., p. 104).

⁷⁴⁶ MARY, Philippe. Localização sob vigilância eletrônica e rede penal. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 138-140. O autor acrescenta que a questão da extensão da rede penal não deixou de apresentar certos problemas, como a limitação de certos estudos apenas à vigilância eletrônica, enquanto esta medida não passa de um meio específico de execução de penas ou medidas penais, o que gerou não só uma confusão conceitual que tornou a análise arriscada, mas também a ocultação das implicações dessas outras penas e medidas pelo atrativo que exerce a tecnologia da vigilância eletrônica.

junho de 2004). Entretanto, quanto à intensificação ou “aperto das malhas da rede”, a vigilância eletrônica substituiu ou foi acrescida a outra medida alternativa já existente, aumentando o risco de violação das condições e de enfraquecimento do acompanhamento psicossocial substituído pelo computador. Da mesma forma, em relação à diversificação da rede penal, a vigilância eletrônica substituiu apenas parcialmente as agências de controle, acarretando uma sobreposição destas e inviabilizando o argumento do menor custo financeiro.

Por outro lado, Philippe Mary⁷⁴⁷ identifica que a noção de “extensão da rede penal” também é alvo de críticas por parte de duas tendências teóricas: uma considera o conceito como obstáculo para a mudança da racionalidade penal dominante e a outra como obstáculo à adaptação do sistema penal às necessidades da repressão. Assim, a primeira afirma que a análise crítica conduziu a efeitos contraproducentes, minando todas as reformas sob alegação de ser impossível humanizar a prisão e rejeitando as substituições sob o argumento da extensão do controle. Entretanto a experiência de vários países ocidentais revela que, ao contrário do dogma “nada funciona” (*nothing works*), as alternativas penais apresentam resultados positivos em termos de prevenção e reabilitação. Além disso, a análise crítica teria também congelado a maneira de pensar o sistema penal, ou seja, partindo do postulado moral (não científico) de que a intervenção penal é um mal em si, gerou o risco de ocultar ou esquecer críticas mais importantes como aquela relativa ao encarceramento.

A segunda tendência teórica aponta a crítica da extensão da rede como obstáculo à implementação de sanções intermediárias mais equitativas, proporcionais e confiáveis. A verdadeira intenção escondida na crítica da extensão da rede seria a destruição do sistema penal e das relações de dominação na sociedade. Nesse ponto, o autor destaca que os argumentos favoráveis às sanções intermediárias (severidade e neutralização) utilizam exatamente a extensão da rede como solução para a crise do sistema penal. O autor identifica nessa tendência o desaparecimento de finalidades sociais da pena, mesmo em termos de legitimação, o que é ocultado pelo discurso gerencial e pragmático de uma justiça atuarial fundada na análise de riscos e probabilidades. A “proteção do público” e a “garantia da segurança” podem ser consideradas finalidades da

⁷⁴⁷ MARY, Philippe. Localização sob vigilância eletrônica e rede penal. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 137 e 141-145.

pena, mas a questão é saber de qual finalidade social elas são instrumentos ou meios. O risco então seria o desaparecimento progressivo de limites ao uso da vigilância eletrônica.

As preocupações da doutrina estrangeira, bem como a experiência prática dos países que utilizam a vigilância eletrônica no âmbito penal há vários anos devem ser analisadas e consideradas. Entretanto, é necessário também investigar e indagar sobre a conveniência da aplicação da tecnologia da vigilância entre nós, considerando a realidade jurídica e social brasileira, entre outros aspectos relevantes.

No Brasil, o legislador incorporou o monitoramento eletrônico ao ordenamento jurídico como instrumento de fiscalização na execução da pena privativa de liberdade (Lei nº 12.258/2010) e como espécie autônoma de medida cautelar pessoal diversa da prisão (Lei nº 12.403/2011). Entretanto, o monitoramento eletrônico como verdadeira sanção penal alternativa não foi objeto de deliberação legislativa e, além disso, a Presidência da República vetou o monitoramento eletrônico como instrumento de fiscalização do regime aberto, das penas restritivas de direitos, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena (veto parcial ao Projeto de Lei do Senado nº 175/2007 que deu origem à Lei nº 12.258/2010).

Com efeito, as razões do veto mencionado foram expostas na Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direitos, 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.⁷⁴⁸

As razões mencionadas, no entanto, não se justificam principalmente em relação ao regime aberto e às penas restritivas de direitos. Com efeito, o texto vetado prescrevia o monitoramento eletrônico como instrumento de fiscalização do regime aberto e dispensava o recolhimento noturno e nos dias de folga à Casa de Albergado para quem estivesse submetido ao controle eletrônico (parágrafo único vetado do art. 146-B da LEP).

⁷⁴⁸ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Senado Federal n. 310, de 15 de junho de 2010*. Veto parcial ao Projeto de Lei n. 175/2007, Brasília-DF, Diário Oficial da União, 16 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

Assim, o monitoramento eletrônico estaria na prática substituindo a Casa de Albergado e, ao contrário do alegado, contribuindo efetivamente para a redução de custos na execução da pena privativa de liberdade. Da mesma maneira, o texto previa a fiscalização por meio eletrônico apenas daquela pena restritiva cujo controle se mostra indispensável, ou seja, a limitação de horários ou de frequência a determinados lugares.

A discussão em torno dessas outras formas de utilização do monitoramento eletrônico revela a divergência na doutrina nacional mesmo entre os autores que admitem a tecnologia referida, bem como confirma a necessidade de uma avaliação de conveniência político-criminal considerando a forma (natureza jurídica) e a finalidade de sua utilização, bem como os eventuais efeitos negativos das escolhas feitas.

De um lado estão aqueles que defendem o uso do monitoramento eletrônico como meio de redução da população carcerária, ou seja, para promover o desencarceramento. Nesse sentido, o monitoramento só deveria ser utilizado quando efetivamente implicasse substituição da prisão, não se justificando para aqueles que já estivessem em liberdade durante o processo, mediante liberdade provisória, ou após a condenação, cumprindo pena privativa de liberdade no regime aberto, em livramento condicional, com suspensão condicional da pena ou cumprindo pena restritiva de direitos. Pierpaolo Cruz Bottini⁷⁴⁹ afirma que essa é a opção mais adequada, pois significa reconhecer as desvantagens sociais do sistema carcerário brasileiro e uma aposta na reinserção social por meios menos agressivos.

O monitoramento-sanção deveria ser utilizado como condição para o desencarceramento, como, por exemplo, através da previsão de que o monitorado em regime aberto seria dispensado do recolhimento durante o período noturno e nos dias de folga, ou da ampliação das atuais hipóteses de prisão domiciliar, de penas restritivas de direitos, de progressão de regime, permitindo o controle sobre aqueles que hoje se encontram detidos. Assim, o monitoramento seria efetivamente uma alternativa à prisão, uma medida de substituição à privação da liberdade, que incidiria exclusivamente sobre aqueles custodiados pelo sistema prisional brasileiro.⁷⁵⁰

⁷⁴⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 178.

⁷⁵⁰ *Ibid*, p. 177.

No mesmo sentido, Carlos Japiassú e Celina Macedo⁷⁵¹ advertem que o uso do monitoramento eletrônico pode produzir uma “expansão sistêmica” da rede de controle social (*net-widening*), pois submete um maior número de pessoas ao controle da justiça criminal, representando em alguns casos um recrudescimento das exigências para a concessão de benefícios penais ou um agravamento das penas impostas.

Refletindo a mencionada preocupação em se evitar a superpenalização dos condenados, já se decidiu, especificamente no tocante à liberdade condicional, que o dispositivo deve se revestir de caráter substitutivo ou de possibilidade suplementar disponível a pessoas que não podem, em um primeiro momento, gozar desse benefício. Frise-se que o monitoramento eletrônico tem como escopo tão-somente representar uma alternativa ao encarceramento. Significa dizer que o monitoramento eletrônico não pode ser aplicado apenas àqueles que já teriam direito a estar em ambiente exterior ao cárcere, pois isto significaria simplesmente o recrudescimento do sistema de controle. Parece indispensável, para que se possa atingir a finalidade pretendida, que sejam ampliados os casos em que é possível que o indivíduo permaneça fora do cárcere, seja durante o processo ou na execução penal.⁷⁵²

De outro lado estão aqueles que sustentam a utilização do monitoramento eletrônico como instrumento de fiscalização do cumprimento da pena ou de medidas cautelares para condenados ou réus não submetidos à prisão. Assim, o monitoramento eletrônico seria aplicado aos condenados às penas restritivas de direitos que dependem de fiscalização (ex. proibição de frequentar determinados lugares), bem como aos regimes aberto e semiaberto, à prisão domiciliar, ao livramento condicional e à suspensão condicional da pena. Além disso, durante o processo seria aplicado como cautelar autônoma e não apenas como substituto da prisão provisória.

Nesta hipótese o monitoramento não seria apenas uma alternativa à prisão, mas também uma medida de restrição de direitos para fiscalizar ou acompanhar o cumprimento da pena por parte daqueles condenados (ou réus durante o processo) que não estão de fato submetidos à privação da liberdade. Nesse sentido, Túlio Vianna⁷⁵³ sugere o monitoramento eletrônico nas penas restritivas de direitos tanto de limitação de fim de semana quanto de proibição de frequentar determinados lugares, evitando gastos com

⁷⁵¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 28.

⁷⁵² Ibid, p. 28.

⁷⁵³ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 162.

albergues no primeiro caso e viabilizando, no segundo, uma pena de “raríssima aplicação prática por sua evidente dificuldade de controle”. Por outro lado, Pierpaolo Cruz Bottini⁷⁵⁴ entende que esta posição é legítima, mas não contribui para o desencarceramento e nem para a redução de custos do sistema penitenciário, além de produzir uma ampliação da intervenção penal.

As duas posições, porém, não são excludentes e podem contribuir para uma racional regulamentação do monitoramento eletrônico, tendo em vista sempre a sua vinculação com as finalidades da pena. Assim, a finalidade preventiva de reinserção social recomenda a utilização do monitoramento eletrônico primordialmente como alternativa real à prisão, ou seja, para permitir que pessoas efetivamente submetidas ao cárcere tenham a possibilidade de cumprir sua pena em meio aberto, sem prejuízo à segurança pública, mormente naquelas situações em que isso não seria possível sem o recurso à tecnologia. Nesse sentido, o monitoramento eletrônico deveria ser utilizado não como condição ou mero instrumento de fiscalização, mas como substituto dos estabelecimentos penais nos regimes aberto e semiaberto (modo de execução da pena) ou como uma espécie de alternativa à pena privativa de liberdade (prisão domiciliar) para delitos de menor gravidade, bem como na prisão provisória.

Com efeito, o veto ao monitoramento no regime aberto não se justifica e parece contrariar até mesmo aqueles que defendem a tecnologia apenas como alternativa à prisão, conforme se percebe pelo trecho transcrito de Pierpaolo Cruz Bottini. Assim, o veto só se justificaria pela aceitação da total incompetência estatal que permite o cumprimento da pena no regime aberto sem qualquer controle em face da inexistência de estabelecimentos penitenciários adequados (Casa de Albergado). Em outras palavras, a legislação atual exige que o regime aberto seja cumprido em estabelecimento penitenciário, porém a falta de investimento do poder público na construção de Casas de Albergado inviabiliza quase completamente a correta execução da pena. Portanto o monitoramento eletrônico não pode ser recusado para o regime aberto sob o argumento de que a situação do condenado que já está em liberdade e sem controle será agravada, pois ele *não deveria* estar cumprindo pena dessa forma, mas sim em estabelecimento penitenciário. Ademais, nada garante também que o investimento não realizado com as Casas de Albergado será feito com o sistema telemático, ou seja, é possível que permaneça “tudo como está”.

⁷⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 179.

Uma análise da prática forense, porém, revela um aspecto particularmente incoerente ou dissimulatório do veto presidencial ao monitoramento eletrônico do regime aberto. Ocorre que a conhecida carência de estabelecimento adequado ao regime aberto (Casa de Albergado) faz com que os condenados sejam colocados em “prisão albergue domiciliar”, ou seja, autorizados a cumprir a pena privativa de liberdade através de recolhimento em residência particular e não em estabelecimento penitenciário, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal. Assim, considerando que a prisão albergue domiciliar é uma forma de cumprimento do regime aberto, será possível impor o monitoramento eletrônico do condenado que cumpre pena nessa condição em face da ausência de estabelecimento penitenciário adequado. Vetou-se o monitoramento eletrônico do executado em regime aberto, mesmo com dispensa de recolhimento noturno e em dias de folga à Casa de Albergado, permitindo-se a mesma vigilância para aquele que, estando no regime aberto e sem estabelecimento disponível para cumprir a pena, for autorizado ao recolhimento domiciliar.

Por outro lado, mesmo os autores que se manifestam contrariamente ao uso do monitoramento eletrônico como simples instrumento de fiscalização das penas restritivas de direitos ou mesmo contra a vigilância propriamente dita, reconhecem a importância das alternativas penais,⁷⁵⁵ alguns sugerem a ampliação do emprego das alternativas penais como solução melhor que aquela representada pelo uso do monitoramento eletrônico⁷⁵⁶ e outros até recomendam o próprio monitoramento eletrônico como forma de possibilitar a ampliação das hipóteses atuais que admitem a substituição da prisão pelas penas restritivas de direitos.⁷⁵⁷

Ocorre que algumas penas alternativas dependem de uma fiscalização efetiva para que possam ser impostas com alguma finalidade e utilidade concreta, sob pena de descrédito do sistema e conseqüente legitimação social da prisão como subproduto da ineficácia das alternativas penais e da frustração das expectativas nelas depositadas. Entre as penas restritivas de direitos previstas no Código Penal, por exemplo, a limitação de fim

⁷⁵⁵ SIMANTOB, Fábio Tofic. O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas: efetividade ou fascismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 13-14. O autor apresenta manifestação contrária especialmente em relação às penas restritivas de direitos.

⁷⁵⁶ WEIS, Carlos. Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 153.

⁷⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 177.

de semana e a proibição de frequentar determinados lugares (interdição temporária de direitos) são medidas alternativas muito interessantes em termos preventivos, mas pouco utilizadas em face da precariedade estrutural para o cumprimento efetivo da pena. Assim, permitir a fiscalização eletrônica dessas penas alternativas que já evitam a prisão, ainda que através de uma pena autônoma a ser acrescida àquelas, não parece caracterizar uma ampliação injustificada do controle penal (*net-widening*), mas sim uma forma de efetivar o controle intrínseco à própria restrição imposta. É quase como estabelecer que no local destinado ao cumprimento da privação da liberdade deve haver agentes de segurança para controlar eventuais fugas. Certamente há ampliação do controle estatal, mas sobre uma restrição já existente e cuja ausência de fiscalização a torna inócua.

Além disso, trata-se de consolidar um sistema de alternativas à pena privativa de liberdade realmente capaz de efetivar a finalidade de reinserção social, com observância dos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade. Não se pode olvidar, ainda, que a consolidação de um sistema amplo e efetivo de penas alternativas pode resultar, a médio e longo prazo, no deslocamento do eixo punitivo representado pela privação da liberdade para a restrição de outros direitos e, conseqüentemente, em um menor índice de encarceramento.

Nesse contexto, o monitoramento eletrônico não seria um mero instrumento de fiscalização e controle das penas restritivas de direitos, mas sim um modo de execução da pena em substituição ao estabelecimento penitenciário quando possível (limitação de fim de semana), atendendo à finalidade de desencarceramento, ou uma verdadeira pena alternativa a ser aplicada em conjunto com outra restritiva de direitos (proibição de frequentar determinados lugares) ou outra restritiva da liberdade (prisão domiciliar) quando a fiscalização revelar-se intrínseca à restrição imposta e indispensável para garantir a eficácia preventiva da pena alternativa. Em definitivo, o monitoramento eletrônico pode constituir uma verdadeira alternativa penal e, assim, atender principalmente à finalidade de prevenção especial (reinserção social e redução da reincidência), tanto promovendo o efetivo desencarceramento, quanto viabilizando a consolidação de um sistema confiável de alternativas penais mais adequadas e proporcionais no caso concreto.

Por outro lado, não parece útil em termos preventivos e nem proporcionalmente razoável impor o monitoramento eletrônico como mera condição genérica para a concessão do livramento condicional ou da suspensão condicional da pena. Isso realmente significaria um agravamento desnecessário e injustificado da situação do

condenado, apenas dificultando a aplicação dessas medidas alternativas e a efetivação da almejada reinserção social.

A tecnologia não pode ser encarada como um fim em si mesmo e sua utilização no campo penal deve ser justificada não apenas por seu avanço ou sua disponibilidade, mas sempre por sua necessidade e indispensabilidade. Com efeito, o monitoramento eletrônico até poderia ser utilizado no livramento condicional e na suspensão da pena para a fiscalização de condições específicas impostas, desde que demonstrada a sua indispensabilidade no caso concreto (ex. recolhimento residencial ou proibição de frequentar lugares – art. 78, §2º e art. 79 do CP e art. 132, §2º da LEP), mas não como condição geral de concessão desses benefícios. De qualquer forma, a doutrina recomenda que a imposição do monitoramento eletrônico no livramento condicional e na suspensão da pena seja acompanhada de uma ampliação das hipóteses permissivas desses benefícios, o que permitiria sua concessão, por exemplo, inclusive no caso de reincidência em crime doloso.

O que realmente deve ser lamentado é o fato de o sistema de monitoramento eletrônico não ser acompanhado de outras medidas recomendadas para atingir a finalidade de redução da reincidência. Conforme noticiado pelos autores nacionais e estrangeiros, o uso do monitoramento eletrônico apresentou resultados preventivos realmente significativos em alguns países quando a tecnologia foi vinculada a programas de tratamento socioeducativo, com acompanhamento psicológico e tratamentos de desintoxicação, além de acompanhamento e contato pessoal constante com assistentes sociais da administração penitenciária. Nesse contexto, a ampliação da intervenção estatal ocorre não apenas para fiscalizar, o que também é necessário, mas principalmente para proporcionar condições necessárias à reinserção social do condenado. Por outro lado, pouco se pode esperar em termos preventivos de uma execução penal absolutamente impessoal e destituída de estrutura material mínima, tanto em relação a prédios adequados quanto a recursos humanos especializados.⁷⁵⁸ O monitoramento eletrônico pode auxiliar na redução do efeito dessocializador da pena e contribuir para a reinserção social ao permitir o cumprimento da pena em meio aberto, ou simplesmente ampliar o leque de alternativas à

⁷⁵⁸ A crítica feita por alguns autores estrangeiros no sentido de que a vigilância eletrônica pode enfraquecer o acompanhamento psicossocial dos infratores em meio aberto, substituindo-o pelo computador, parece inaplicável à realidade nacional que revela carência estrutural para tal espécie de acompanhamento. Diante disso, a vigilância eletrônica poderia no máximo impedir a desejável estruturação do serviço de acompanhamento do infrator em meio aberto, mas não enfraquecer o que já é quase inexistente.

prisão, mas não é suficiente para resolver as carências históricas da execução penal brasileira.

Por fim, é importante lembrar que o denominado efeito *net-widening* também pode se verificar quando as violações ao sistema de vigilância eletrônica ensejam a prisão daqueles infratores que não teriam recebido uma pena privativa de liberdade. Não obstante a necessidade de um sistema coercitivo para garantir a seriedade e o cumprimento do monitoramento eletrônico, inclusive mediante prisão,⁷⁵⁹ a privação da liberdade em caso de violação das restrições impostas deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade. Não se justifica, portanto, a revogação do monitoramento eletrônico por pequenas violações, como por exemplo, um simples e isolado descumprimento de horário, que pode ser justificado pelo monitorado ou até mesmo relevado em face de outras circunstâncias favoráveis ao prosseguimento da medida.

Entretanto, também aqui será necessário distinguir as consequências de acordo com a natureza jurídica do monitoramento eletrônico. Com efeito, uma eventual pena alternativa de monitoramento eletrônico aplicada em substituição à pena privativa de liberdade poderia ser convertida em caso de descumprimento da restrição imposta (art. 44, §4º do CP), o que não significaria necessariamente o recolhimento ao cárcere fechado, já que a pena privativa de liberdade que admite substituição (art. 44, I, II e III do CP) também possibilita seu cumprimento em regime aberto. Nas poucas localidades que contam com Casa de Albergado, porém, a conversão implicaria no cumprimento da pena em estabelecimento penitenciário, mas com um caráter aflitivo menor que a Penitenciária.

No caso do monitoramento eletrônico ser utilizado como método ou modalidade de execução de pena, ou seja, em substituição dos estabelecimentos penitenciários nos regimes semiaberto e aberto, o descumprimento acarretaria a regressão para um regime mais severo. Não haveria nesse caso o risco de ampliação ou agravamento da intervenção penal, pois o condenado já estaria cumprindo pena de prisão em estabelecimento penitenciário não fosse a utilização do sistema eletrônico.

6.3.1 O risco do controle totalitário

⁷⁵⁹ Luís de Miranda Pereira afirma que essencial para obter bons resultados com a vigilância eletrônica “é que a violação das regras impostas seja sancionada de imediato, designadamente com o regresso à situação de prisão” (PEREIRA, Luís de Miranda. *Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 253).

De um modo geral, mesmo considerando admissível alguma ampliação da intervenção penal, é necessário reconhecer que a tecnologia deve ser utilizada com cautela e com prévia e clara definição de objetivos e limites para que se evite o abuso e eventualmente o uso político desse poderoso instrumento de controle social. O grande temor, portanto, é a concretização do cenário totalitário profetizado pela literatura, como aquele descrito por George Orwell na obra *1984*. Com efeito, a grande maioria dos autores que se debruçam sobre o tema da vigilância eletrônica menciona o livro de Orwell para ilustrar as consequências negativas do uso da tecnologia para o controle social, ou seja, para a vigilância absoluta e o controle total da sociedade pelo Estado.⁷⁶⁰

Ressalte-se que a obra referida faz parte de um movimento literário denominado antiutopia (ou distopia) surgido na década de 1930 e que se caracterizou pela tentativa de alertar a sociedade dos perigos totalitários que na década seguinte produziram a Segunda Grande Guerra.⁷⁶¹ Entre os autores que se destacaram nesse movimento e escreveram sobre o controle totalitário estão Aldous Leonard Huxley e George Orwell.

O primeiro (Huxley) escreveu em 1932 a obra *Admirável Mundo Novo*, em que descreve um Estado opressor apoiado no conhecimento científico. Nesse Estado, é livre a prática do sexo e também o acesso a um tipo de droga (chamada de *soma*) para que todos se sintam bem e felizes. A felicidade é obrigatória nessa sociedade em que o importante é a sensação física e não o pensamento. Os dissidentes são eliminados, mas eles quase não existem porque o sexo e a droga mantêm toda a população ocupada e tranquila, ou seja, controlados.

O segundo autor mencionado (Orwell) escreveu em 1949 o livro chamado *1984*, retratando um Estado totalitário que falsifica a história e controla a todos através de equipamentos de vigilância e reprodução de imagens (“teletelas”) espalhadas por todos os lugares, inclusive no interior das residências. A presença do Estado é representada pela figura do Grande Irmão (*Big Brother*) que controla tudo através dos

⁷⁶⁰ Maria Lúcia Karam chega a relacionar o ano indicado por Orwell no título da obra ao ano da primeira utilização do monitoramento eletrônico no sistema penal dos Estados Unidos. Nesse sentido: “1984 não é apenas o simbólico ano do Estado totalitário imaginado (ou previsto) na ficção de George Orwell. 1984 é também o ano real em que o mundo registra a primeira utilização do monitoramento eletrônico na prática do sistema penal, implementada em Albuquerque, New Mexico, EUA. Decerto é mais do que uma significativa coincidência” (KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 170, jan. 2007, p. 4). Entretanto, a maioria dos autores aponta 1983 (abril) como ano da primeira aplicação do monitoramento eletrônico no sistema penal, além da década de 1960 como época do surgimento da técnica idealizada também para delinquentes.

⁷⁶¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 107. O movimento teve reflexo também no cinema, produzindo filmes como *Blade Runner*, *Laranja Mecânica* e *Minority Report*, entre outros.

equipamentos de vigilância eletrônica, inclusive a vida íntima e os relacionamentos de cada cidadão.⁷⁶²

As duas obras retratam bem as consequências da má ou abusiva utilização da tecnologia pelo Estado, mormente para fins de controle social e político. Em resumo, simbolizam os temores totalitários decorrentes do uso abusivo da vigilância no controle social, servindo de alerta para as experiências que se realizam com a vigilância eletrônica de pessoas no campo penal. Segundo Gudín Rodríguez-Magariños,⁷⁶³ a vigilância eletrônica pode ser um importante instrumento para reduzir o mundo das prisões sempre que se utilize com inteligência e com as devidas garantias, sem esquecer que essa tecnologia também pode ser utilizada para converter um ser humano em objeto. O mais importante, portanto, é o modo de aplicação da vigilância eletrônica, pois historicamente o ser humano já demonstrou que pode concretizar os temores narrados pela literatura.

No sentido do risco totalitário, Maria Lúcia Karam adverte:

Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da “sociedade do risco”, os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem-intencionados reformadores do sistema penal, não percebem que a explosão de tecnologias viabilizadoras de ampliados controle e vigilância, combinada com a debilitação das normas protetoras da privacidade, combinada com a desmedida expansão do poder punitivo, combinada com a troca do desejo da liberdade pela ilusão da segurança, estão nos arrastando para uma sociedade do controle, estão aproximando Estados democráticos de Estados totalitários, estão empreendendo uma viagem de “volta para o futuro” previsto para um 1984 que só se tornou passado nas folhas do calendário.⁷⁶⁴

Por outro lado, o perigo totalitário é político e não uma decorrência do avanço tecnológico ou do uso da tecnologia na tentativa de solucionar problemas sociais.

⁷⁶² O controle absoluto é representado por uma frase lida pelo personagem principal nos letreiros da cidade: O GRANDE IRMÃO ESTÁ DE OLHO EM VOCÊ. Interessante também é a descrição da vigilância eletrônica exercida pelas “telas”, que era imperceptível como no Panóptico de Bentham: “A teletela recebia e transmitia simultaneamente. Todo som produzido por Winston que ultrapassasse o nível de um sussurro muito discreto seria captado por ela; mais: enquanto Winston permanecesse no campo de visão enquadrado pela placa de metal, além de ouvido também poderia ser visto. Claro, não havia como saber se você estava sendo observado num momento específico. Tentar adivinhar o sistema utilizado pela Polícia das Ideias para conectar-se a cada aparelho individual ou a frequência com que o fazia não passava de especulação. Era possível inclusive que ela controlasse todo mundo o tempo todo. Fosse como fosse, uma coisa era certa: tinha meios de conectar-se a seu aparelho sempre que quisesse” (ORWELL, George. 1984. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 13).

⁷⁶³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 108.

⁷⁶⁴ KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 5.

As sociedades democráticas atuais contam com garantias jurídicas às liberdades individuais e aos direitos humanos de modo geral, além de alguma tradição política democrática que dificulta o totalitarismo estatal. Da mesma forma, a vigilância eletrônica deve ser regulamentada por lei, contendo limites claros e objetivos definidos em consonância com a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, argumentam Iglesias Río e Pérez Parente⁷⁶⁵ que na vigilância eletrônica, ao contrário do que ocorreria em um Estado totalitário como descrito por Orwell, o controlado sabe como, quando e por que é submetido à medida (pela prática de um delito), além de existir uma precisa delimitação jurídica de seus direitos e obrigações.

David Lyon,⁷⁶⁶ porém, observa que os meios menos coercitivos tornaram-se cada vez mais proeminentes nas sociedades avançadas a partir da Segunda Guerra Mundial, sendo que o uso de meios eletrônicos menos notáveis para a vigilância são exemplos disso. Segundo o autor, George Orwell estava bastante consciente de certas tendências autoritárias também dentro de sociedades capitalistas, embora ele não tenha previsto que as novas tecnologias pudessem eventualmente permitir a vigilância tendendo ao totalitarismo mesmo em processos democráticos, ainda que aconteçam de forma ordenada.

Nesse sentido, a doutrina aponta indícios para inquietação como é o caso do sistema denominado *ECHELON* que intercepta informações transmitidas por telefone, fax, e-mail e satélites, de acordo com palavras-chaves determinadas. O sistema foi colocado em funcionamento em segredo por cinco países (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia) e é controlado principalmente pela Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA). Gudín Rodríguez-Magariños⁷⁶⁷ informa que o sistema *ECHELON* já funciona há mais de vinte anos e é capaz de analisar dois milhões de conversações por minuto, mas foi revelado ao mundo apenas em 1998 por ocasião de um relatório do Parlamento Europeu que censurava o sistema.

Além do *ECHELON*, os Estados Unidos também criaram outro sistema de vigilância em 2002 denominado *Total Awareness Information System*, cuja finalidade é explorar todas as bases de dados do planeta para reunir as informações sobre a vida privada

⁷⁶⁵ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Op. cit., p. 1097.

⁷⁶⁶ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 61-62.

⁷⁶⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 114-115.

dos cidadãos americanos.⁷⁶⁸ A França, conforme já mencionado anteriormente, aprovou uma lei antiterrorista em dezembro de 2005 (em vigor a partir de 2006) autorizando o uso generalizado da vigilância eletrônica no combate ao terrorismo, o que também foi feito por diversos outros países europeus.

Segundo o autor espanhol, o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 serve de desculpa para o desenvolvimento de uma ampla operação de controle informativo sobre a sociedade, gerando redução das liberdades públicas. O uso da vigilância no combate ao terrorismo é pouco discutível, completa o autor, mas o problema é a tendência ao abuso gerada pela utilização de todo tipo de controle.⁷⁶⁹ Além disso, a tecnologia da vigilância eletrônica não é utilizada apenas por países democráticos, mas também por regimes autoritários modernos que perceberam o poder do controle e a força dissuasória da vigilância.⁷⁷⁰

6.4 A privatização do controle

O estudo da experiência estrangeira com a vigilância eletrônica revela que em diversos países, mormente naqueles tradicionalmente chamados anglo-saxões, existe uma intervenção marcante do setor privado que, muitas vezes, assume funções relevantes no processo de monitoramento e acompanhamento da restrição imposta. Por outro lado, existem países em que as empresas privadas apenas participam do processo fornecendo e instalando o equipamento e, eventualmente, prestando assistência técnica para manutenção dos aparelhos e treinamento de funcionários.

A Inglaterra e o País de Gales são sempre mencionados como exemplos da transferência do controle penal ao setor privado. Com efeito, a indústria da segurança privada passou a exercer um papel significativo no sistema de justiça penal britânico a partir de 1980, como resultado de uma crescente demanda por segurança e racionalidade econômica no controle da criminalidade, passando a administrar presídios e instituições para jovens infratores. Em 2006, portanto, a indústria da segurança privada nas ilhas

⁷⁶⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 115.

⁷⁶⁹ Ibid, p. 115.

⁷⁷⁰ Ibid, p. 117.

britânicas fornecia serviços no valor de quatro milhões de libras por ano para os setores público e privado e empregava aproximadamente quinhentas mil pessoas.⁷⁷¹

Craig Paterson⁷⁷² afirma que o fim da Guerra Fria em 1989 impulsionou a indústria da segurança porque as empresas fornecedoras de defesa estavam interessadas em manter seus lucros abalados com a ausência de uma clara ameaça ao mundo ocidental. Segundo o autor, as empresas de segurança privada e as fornecedoras de defesa forjaram um novo mercado de “tecnopunições”, o qual é representativo das “grandes mudanças nas sociedades de bem-estar social (*welfare state*), associadas com o ethos neoliberal que combina concorrência de mercado, instituições privadas e subcontratadas a formas a distância de controle social”.⁷⁷³

Nesse contexto, a redução do custo do controle da criminalidade é destacada e as empresas privadas são estimuladas ao fornecimento de segurança. Segundo Craig Paterson,⁷⁷⁴ portanto, todos os programas de monitoramento eletrônico contam com um elemento de interesse do setor privado, mormente no desenvolvimento e na implementação de tecnologias, embora as empresas não tenham assumido o controle total na administração do monitoramento eletrônico em outros países europeus, como de fato ocorreu na Inglaterra e no País de Gales. Não se pode esquecer, por outro lado, que outras formas de punição também despertam o interesse do setor privado, como é o caso dos estabelecimentos penitenciários controlados pelo poder público que são construídos por empresas de construção civil e contratam o fornecimento de alimentação aos detentos de empresas do ramo.

No sistema britânico, o Estado é encarado não como fornecedor direto do serviço, mas sim como patrocinador da administração pública e, assim, o fornecimento de segurança deixa de ser uma função típica da soberania estatal. Craig Paterson⁷⁷⁵ afirma que essa reforma efetivada no campo da justiça penal britânica foi também estendida para outras áreas, como saúde, educação e defesa, e representa mudanças globais produzidas pela política neoliberal que estimula a subcontratação da responsabilidade soberana para o setor privado, voluntário e de administração indireta. Segundo o autor, portanto, o surgimento do monitoramento eletrônico pode ser entendido, assim como seu

⁷⁷¹ PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 283.

⁷⁷² *Ibid*, p. 284.

⁷⁷³ *Ibid*, p. 284.

⁷⁷⁴ *Ibid*, p. 284.

⁷⁷⁵ *Ibid*, p. 287.

desenvolvimento, como a construção política de espaço para organizações privadas participarem dos serviços prestados pelo Serviço de *Probation*, num processo contínuo.

Por outro lado, a introdução do setor privado no âmbito da justiça penal britânica não ocorreu sem resistência, principalmente por parte das agências prestadoras do serviço público de *probation*. Assim, o desenvolvimento do monitoramento eletrônico na Inglaterra e no País de Gales não pode ser encarado como um produto das forças do mercado, mas sim de uma disputa interna em relação a quem deve fornecer e administrar a justiça.⁷⁷⁶ Assim, é possível explicar a diversidade de sistemas de monitoramento eletrônico na esfera internacional como um produto de forças não apenas globais e nacionais, mas também locais.

Embora o Estado gere um espaço comercial para organizações entrarem no sistema de controle do crime como fornecedores de serviço, ele também se esforça por manter o controle sobre a política e estratégias por meio de contratos formais e de curta duração. Esta é a razão porque o Estado pode ser visto como rufião da indústria de segurança privada bem como seu regulador (Zedner, 2006) por meio da criação de agências híbridas público-privadas cujas posições no mercado do controle do crime estão legitimadas por meio de contratos nacionais e da legislação, ao mesmo tempo em que mantêm frouxa regulação no nível local.⁷⁷⁷

O autor levanta ainda outras questões, como a carência de informação sobre as práticas das agências subcontratadas para a implementação das políticas governamentais e a insuficiente regulação e supervisão destas empresas pelo Ministério do Interior. A morte de Marian Bates, em Nottingham (2003), que envolveu um condenado submetido a monitoramento eletrônico (Peter Williams), é mencionada como exemplo da deficiência na prestação do serviço subcontratado. A investigação realizada após o crime revelou que a empresa *Premier Monitoring Services* (subsidiária da *Premier-Serco*) não monitorou o condenado nas duas últimas semanas e que a Equipe de Prevenção da Delinquência Juvenil só foi informada sobre o seu desaparecimento na manhã em que Marian Bates foi assassinada. Além disso, a investigação constatou que o condenado havia violado a hora de recolher diversas vezes, porém, nenhuma providência foi tomada e nenhuma comunicação realizada à Equipe de Prevenção. “Parece que Peter Williams

⁷⁷⁶ PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 287.

⁷⁷⁷ *Ibid*, p. 287.

esteve livre para circular sem qualquer monitoramento do cumprimento da hora de recolher”.⁷⁷⁸

Na Inglaterra e no País de Gales, o extenso mercado comercial em justiça e segurança é explorado por várias empresas, como *Premier-Serco*, *Group 4 Securicor*, *Global Solutions Limited* e *Sodexo*. Em se tratando de monitoramento eletrônico, porém, o mercado foi dominado por apenas duas empresas fornecedoras, a *Premier-Serco* e a *Group 4 Securicor*. Esse duopólio gera desconfiança quanto à efetividade e à qualidade do serviço prestado, mormente em face do critério utilizado para definir a concorrência entre as empresas, ou seja, o preço.

Interessante observar que a redução do preço do serviço na Inglaterra e no País de Gales em 2004 e na Escócia em 2005 foi gerada, em parte, pela diminuição do nível de apoio humano aos condenados. Segundo Craig Paterson,⁷⁷⁹ isso ocorreu a despeito das recomendações internacionais para ampliar o apoio humano nas sanções baseadas em monitoramento eletrônico com o objetivo de aumentar sua efetividade, revelando a importância do custo na determinação da oferta contratual em detrimento da qualidade do serviço fornecido.

Outros países europeus, ainda que em diferentes medidas, adotaram o caminho da privatização (total ou parcial) do controle sobre o monitoramento eletrônico, como é o caso da Holanda, da Espanha e da França.

Na Espanha, por exemplo, o setor privado tem participação limitada no fornecimento de serviços relacionados ao monitoramento eletrônico. Com efeito, o acompanhamento do monitoramento eletrônico aplicado no regime aberto (classificação em terceiro grau) e na execução da pena de localização permanente é totalmente público, ou seja, o controle destas medidas é feito pelo poder público e o setor privado (empresa *Elmo-Tech*) participa exclusivamente do suporte técnico. Entretanto a execução telemática (monitoramento) da cautelar de afastamento em caso de violência doméstica é controlada totalmente pela empresa de segurança privada (*Ero and Staff*), que é responsável pela instalação e reparação técnica dos equipamentos, além de controlar o seguimento do agressor e da vítima, aproximando-se do esquema utilizado nos países anglo-saxões.⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ PATERSON, Craig. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Op. cit., p. 292.

⁷⁷⁹ *Ibid*, p. 294.

⁷⁸⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 85.

Com efeito, Pilar Otero González⁷⁸¹ rejeita o controle privado da pena privativa de liberdade, mas afirma que a participação das empresas privadas na gestão de determinados serviços não fundamentais, como o apoio técnico dos meios telemáticos de controle, permite compatibilizar a eficácia com os princípios informadores do sistema penal e penitenciário (humanidade, proporcionalidade e reinserção). Segundo a autora, a submissão da prisão a um critério de rentabilidade econômica gera o risco de abandono, pelo Estado, de seu poder exclusivo de punir que é intrinsecamente público, o que pode fazer cambaleiar seus princípios limitadores. Contudo a eficácia da execução de medidas alternativas pelo controle telemático favorece esses princípios, fundamentalmente em relação à inserção social e laboral e à redução da reincidência.

Em França, a legislação possibilita a participação do setor privado no controle da vigilância eletrônica, ou seja, o controle técnico a distância pode ser compartilhado entre o setor público e o setor privado. Com efeito, a Lei nº 2002-1138, de 9 de setembro de 2002, acrescentou uma alínea ao art. 723-9 do Código de Processo Penal, autorizando o recurso a uma “pessoa de direito privado” especialmente habilitada para “a aplicação do dispositivo técnico permitindo o controle a distância”.⁷⁸²

As condições de participação do setor privado no exercício do controle técnico devem ser fixadas em decreto específico. Independentemente dessa regulamentação, os fornecedores de materiais garantem a formação dos funcionários penitenciários envolvidos nas funções de vigilância eletrônica, a manutenção dos equipamentos e a assistência técnica 24 horas ao dia.

Christophe Cardet⁷⁸³ esclarece que a expressão “aplicação do dispositivo” não significa o controle propriamente dito e que o Conselho Constitucional francês refutou a idéia de que confiar a uma pessoa de direito privado a aplicação da medida significaria entregar-lhe uma missão relevante da soberania do Estado. De acordo com a decisão referida, o Estado deve conservar o monopólio das funções tipicamente estatais associadas à vigilância eletrônica e pode confiar ao setor privado aquelas consistentes em simples prestações técnicas, destacáveis das funções de soberania.

⁷⁸¹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 83 e 85-86.

⁷⁸² Christophe Cardet afirma que a lei mencionada (Lei nº 2002-1138) claramente “atravessou o Rubicão” ao autorizar a participação de uma pessoa de direito privado no controle à distância (CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 71). O autor, ao que parece, faz referência ao gesto simbólico de Júlio César na Roma antiga que, ao retornar da Gália em perseguição a Pompeu, atravessou com seus soldados o famoso rio romano que marcava o limite máximo para aproximação de tropas armadas em relação à cidade durante o período republicano.

⁷⁸³ CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Op. cit., p. 71-72.

Entretanto, o autor aponta a distinção mencionada como artificial, pois na vigilância eletrônica a fronteira é bastante porosa, ou seja, em um controle automatizado, a aplicação do dispositivo técnico (ex. acompanhamento automático dos alarmes e intervenção em caso de pane) vai além do simples fornecimento do equipamento e já constitui uma verdadeira modalidade de “controle”.

De fato, a entrega do controle total do monitoramento eletrônico ao setor privado deve ser evitada, tendo em vista que o interesse em aumentar os lucros é inversamente proporcional à finalidade de ressocialização, ou seja, o que interessa ao empresário é a ampliação do sistema penitenciário, bem como o aumento do número de presos e do tempo de cumprimento de pena. Além disso, a qualidade do serviço pode ser afetada em caso de redução do número de funcionários ou redução de salários para diminuir o custo da atividade.⁷⁸⁴

Luís de Miranda Pereira⁷⁸⁵ também adverte para o perigo do envolvimento da execução penal numa lógica de mercado em que a natural apetência pelo lucro pode subverter completamente a finalidade pretendida.

A pressão da procura do lucro tende a encontrar soluções que escapem aos sistemas de controle estabelecidos criando a necessidade de uma atenção redobrada. Basta pensar que, depois de criada uma indústria assente na dimensão da resposta ao fenómeno criminal, esta não pode decrescer, antes deverá crescer, para que o negócio subsista e prospere. Para tal é imprescindível que o número dos mais fracos e marginalizados – que são os maiores fornecedores de clientes do sistema penal – não diminua, o que poderá afastar a procura de soluções de desenvolvimento social, bem como o estabelecimento de políticas de prevenção. Ou o número de casos é interessante, ou a lógica de mercado não tem lugar. Dificilmente, pois, poderá deixar de ser o Estado o garante da compra dos equipamentos necessários a tal desiderato e, logo assim, o garante do uso suficiente do controle eletrônico, em termos de justificar a lógica comercial do sistema.⁷⁸⁶

De modo geral, e considerando a experiência estrangeira, é possível resumir a participação do setor privado nos programas de monitoramento eletrônico em três modelos: controle e supervisão por empresa privada diretamente responsável perante o Judiciário (Inglaterra e País de Gales); intervenção do serviço público de *probation* e de uma empresa privada, mas com papéis autônomos, ou seja, o poder público realiza a

⁷⁸⁴ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Op. cit., p. 83-84.

⁷⁸⁵ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 264.

⁷⁸⁶ *Ibid*, p. 264.

supervisão e se reporta ao Judiciário, enquanto a empresa privada fornece o equipamento e registra os resultados do acompanhamento, reportando-se ao serviço de *probation*, sem contato judicial (Holanda); controle e supervisão pelo serviço público de *probation*, que supervisiona e efetivamente realiza a vigilância, enquanto uma empresa privada fornece apenas o equipamento e o apoio técnico (Suécia e Portugal).

Os modelos referidos apresentam vantagens e desvantagens. No primeiro modelo, o Estado deve providenciar um sistema legal de garantias a serem observadas pelo setor privado, bem como realizar uma fiscalização rigorosa e permanente para evitar a queda de qualidade do serviço e uma eventual desumanização da execução penal. Os dois outros modelos têm apresentado os melhores resultados, principalmente o modelo híbrido holandês, que é destacado por alguns autores.⁷⁸⁷

A tradição brasileira na execução penal se aproxima mais do modelo português que do britânico ou holandês, ou seja, a participação do setor privado é apenas indireta, fornecendo serviços não essenciais e sem realizar funções típicas de execução. A princípio, portanto, o monitoramento eletrônico deve ser realizado e controlado pelos órgãos do sistema penitenciário, contando com a intervenção privada apenas no fornecimento e na manutenção do equipamento, além do apoio técnico.

Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini⁷⁸⁸ afirma que o controle do monitoramento eletrônico deve ser realizado pelo poder público, ainda que o fornecimento do equipamento seja privado, ou seja, o controle propriamente dito e o armazenamento das informações sobre os locais frequentados e os trajetos feitos pelo monitorado, bem como a análise dos dados referidos, devem constituir uma atribuição exclusiva do Estado, que é o detentor do *ius puniendi*.

Túlio Vianna⁷⁸⁹ ressalta, ainda, que os programas de computador (softwares) utilizados no monitoramento eletrônico devem ser adquiridos das empresas privadas com licença de software livre. Assim, segundo o autor, o Estado deve ter acesso ao código fonte do software adquirido, “não só para impedir falhas de segurança

⁷⁸⁷ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Op. cit., p. 266.

⁷⁸⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 180.

⁷⁸⁹ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 163.

(*backdoors*) que permitam o uso indevido do sistema, mas também para garantir o sigilo dos dados de rastreamento dos condenados contra programas espíões (*spywares*)”.⁷⁹⁰

Carlos Weis,⁷⁹¹ por sua vez, aponta a necessidade de se evitar a criação de uma sistemática legal que torne o Estado verdadeiro refém de poucas empresas detentoras da tecnologia, o que poderia possibilitar também a cartelização do mercado e a consequente majoração do preço, notadamente no momento de renovação do contrato.

Por outro lado, Luiz Flávio Gomes⁷⁹² aponta a inexistência de impedimentos para a participação da iniciativa privada na tarefa de controle dos monitorados, inclusive para efetivar a busca e o recolhimento do condenado ou do acusado quando necessário (ex. rompimento intencional do equipamento). Segundo o autor referido, “se o poder público não conta com recursos próprios, tem mesmo que se valer da iniciativa privada para suprir suas carências”.

De qualquer forma, o acompanhamento do funcionamento do monitoramento eletrônico, assim como do sistema penitenciário em geral, deve ser realizado pelo poder público. Nesse sentido, a Lei nº 12.106/09 criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de execução de Medidas Socioeducativas (DMF) no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de acompanhar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias (art. 1º, VII), entre outros objetivos.

6.5 Outras críticas

A utilização do monitoramento eletrônico no campo penal suscita, ainda, diversos outros questionamentos por parte da doutrina especializada.

⁷⁹⁰ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 163.

⁷⁹¹ WEIS, Carlos. Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 152.

⁷⁹² GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico. *Site LFG*, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100621151555150>. Acesso em: 18 de outubro de 2011.

César Barros Leal,⁷⁹³ por exemplo, aponta dezessete argumentos contrários e outros dezesseis favoráveis à vigilância eletrônica. Entre as críticas ainda não analisadas destaca-se aquela relativa à suposta lesividade do instrumento utilizado no monitoramento eletrônico. Segundo o autor, assim como ocorre com os aparelhos telefônicos 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”.⁷⁹⁴ Além disso, a experiência estrangeira noticia a ocorrência de processos alérgicos em alguns usuários, o que também revela a exigência de cuidado e estudo prévio a respeito do material a ser utilizado para evitar os potenciais danos à saúde do usuário.

A questão, porém, não parece de difícil solução prática. Primeiro porque os processos alérgicos podem ser evitados por testes prévios no usuário e, eventualmente, pela troca do material da pulseira; segundo porque a tecnologia utilizada atualmente pelos equipamentos de vigilância não difere daquela contida em aparelhos de ampla aceitação e utilização na sociedade (ex. celulares), em relação aos quais não se tem comprovação de eventuais efeitos nocivos. Além disso, a experiência e a doutrina estrangeiras recomendam o monitoramento eletrônico por períodos curtos de tempo e eventuais prejuízos à saúde só poderiam ocorrer, ao menos ao que se sabe até o momento, com o uso excessivo e prolongado de certos aparelhos.

De todo modo, mais uma vez tem-se um problema operacional e não essencial ao sistema. É perfeitamente possível e até provável que o material do qual é feita a pulseira seja realmente anti-alérgico e que as ondas eletromagnéticas emitidas pelo dispositivo rastreador não causem qualquer dano à saúde. Por outro lado, as eventuais alergias causadas pela pulseira poderiam ser detectadas com certa facilidade pelo usuário e a troca por pulseiras de um outro tipo de material seria possível. Quanto aos eventuais efeitos nocivos das ondas eletromagnéticas, estes seriam de difícil detecção a curto prazo, mas não só os condenados correriam riscos à saúde, mas todos os usuários de telefones celulares do mundo. Na ausência de indícios científicos desta possibilidade, este não é um argumento suficientemente válido para afastar o uso desta tecnologia.⁷⁹⁵

⁷⁹³ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 59-71.

⁷⁹⁴ Ibid, p. 66.

⁷⁹⁵ VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Op. cit., p. 159.

Outra crítica bastante relevante refere-se à dificuldade de operacionalizar o equipamento de vigilância, mormente em face da realidade brasileira de baixa escolaridade e de uma certa seletividade do sistema penal. Com efeito, a incorreta utilização do equipamento, ainda que por desconhecimento ou simples falta de contato com a tecnologia, poderia acarretar a prisão do usuário, sem que tivesse havido descumprimento intencional das obrigações impostas. Destarte, é necessário que o usuário seja detalhadamente informado sobre a correta utilização do equipamento e que este seja de simples operação (ex. fácil recarga da bateria). É essencial também que o aparelho contenha sinal sonoro e visual de fácil reconhecimento para alertar claramente ao usuário sobre eventual afastamento do dispositivo rastreador ou o ingresso em área proibida, bem como para avisar sobre a necessidade de recarregar ou trocar a bateria por uma reserva.

Conforme já mencionado anteriormente, o monitoramento eletrônico deve ser acompanhado de um aperfeiçoamento na estrutura penitenciária, de modo a permitir que o usuário seja acompanhado e auxiliado por funcionários especializados (assistentes sociais, psicólogos e técnicos informáticos), até para evitar problemas e transtornos decorrentes do uso inadequado do equipamento. Com efeito, é preciso distinguir claramente entre a dificuldade na operação do equipamento e a malícia de quem deixa de recarregar a bateria para que o aparelho não funcione, bem como entre a falta de pagamento da conta telefônica por dificuldade financeira e o não pagamento intencional da conta para silenciar o aparelho.

Por outro lado, o equipamento também pode apresentar problemas técnicos decorrentes não do uso inadequado, mas sim da própria fabricação, da capacidade do sistema ou da ação ilícita de terceiros (*hackers*). É possível, portanto, que o aparelho apresente defeitos de funcionamento ou que o sistema apresente lentidão no processamento das informações, que podem gerar inconvenientes e situações indesejadas. Nesse sentido, César Barros Leal descreve algumas situações que revelam a gravidade dos problemas técnicos ou de controle do sistema de monitoramento eletrônico.

Em Buenos Aires, Ángel Fernández, portador de uma torção de tornozelo, 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 uma 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 ao redor de 500 pesos. Criticou-se então, veementemente, a tecnologia empregada, assinalando-se que se tornou obsoleta ao permitir fraudes dessa natureza. 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 que pudessem sair para comer, divertir-se e roubar. Outro homem, de nome Hector Ojeda, conquanto levasse posto um bracelete, tentou, à mão armada, roubar seis pessoas. Em Pontevedra, Espanha, em circunstâncias semelhantes, um vigiado, de nacionalidade equatoriana, depois de retirar o mecanismo, assassinou sua parceira, de uns 25 anos, tentou matar sua ex-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. Depois tratou de se suicidar, mas não logrou. A quebra da ordem gerou severas críticas ao sistema (o assassino entrou na zona de exclusão e o alarme não se ativou) e uma controvérsia ainda inconclusa sobre o perfil das pessoas às quais se deve permitir o uso do GPS.⁷⁹⁶

É fundamental, portanto, que a tecnologia empregada seja adequada, funcional e também que seja previamente testada para evitar problemas relacionados ao controle efetivo dos monitorados (ex. delito praticado por alguém sob monitoramento), bem como para impedir indesejadas lesões a direitos fundamentais (ex. alarme falso e prisão indevida).

⁷⁹⁶ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 68-69.

7 REGIME JURÍDICO BRASILEIRO

7.1 Medida cautelar de monitoração eletrônica

Conforme mencionado anteriormente, a Lei nº 12.403/2011 estabeleceu a *monitoração eletrônica* como medida cautelar autônoma entre outras cautelares diversas da prisão (art. 319, IX do CPP).

A aplicação da medida cautelar de monitoração eletrônica, assim como das demais cautelares referidas no art. 319 do Código de Processo Penal, depende da presença dos requisitos gerais da tutela cautelar (art. 282 do CPP) e pode se feita de forma isolada ou cumulativa (art. 282, §1º do CPP). Por outro lado, a monitoração eletrônica é inaplicável em caso de infração não punida com pena privativa de liberdade isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, §1º do CPP).

Assim, a medida cautelar autônoma de monitoração eletrônica foi estabelecida como uma medida cautelar assecuratória do processo penal que pode, inclusive, substituir a aplicação da prisão preventiva (art. 282, §6º do CPP). Nesse caso, a monitoração eletrônica pode evitar a prisão preventiva quando esta se revelar desproporcional, embora exista necessidade da tutela cautelar para garantir o andamento da investigação ou do processo, como no caso de risco de fuga do investigado ou acusado.

Além disso, a monitoração eletrônica pode ser aplicada em conjunto com outras medidas cautelares (art. 282, §1º do CPP), como a proibição de manter contato com pessoa determinada ou o recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga (art. 319, III e V do CPP), aumentando as possibilidades de substituição da prisão preventiva para evitar a punição antecipada e, em alguns casos, desproporcional, bem como os efeitos criminógenos da prisão para acusados sem condenação definitiva.

Por outro lado, a prisão domiciliar cautelar (art. 317 do CPP) está restrita a algumas hipóteses, ou seja, apenas quando o agente for maior de 80 anos, extremamente debilitado por doença grave, gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco ou imprescindível ao cuidado de pessoa menor de seis anos ou deficiente (art. 318 do CPP). Assim, não parece justificável e nem razoável a utilização da monitoração eletrônica em conjunto com a prisão domiciliar cautelar, visto que este tipo de prisão provisória (cárcere em residência e saída só com autorização judicial – art. 317 do

CPP) já é mais grave que a maioria das medidas cautelares diversas da prisão e está prevista justamente para pessoas em condições especiais e de vulnerabilidade.

Ressalte-se que o descumprimento das obrigações impostas a título de medida cautelar pode acarretar a decretação da prisão preventiva (art. 282, §4º c/c art. 312, parágrafo único do CPP).

7.2 Monitoração eletrônica na execução penal: saída temporária do regime semiaberto e prisão domiciliar do regime aberto

Não obstante os inúmeros vetos presidenciais ao Projeto original, que impediram o monitoramento eletrônico em algumas hipóteses (regime aberto, restritivas de direitos, livramento condicional e *sursis*),⁷⁹⁷ a Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010 alterou o Código Penal e a Lei de Execução Penal para instituir a *monitoração eletrônica* na saída temporária do regime semiaberto (art. 122, parágrafo único c/c art. 146-B, II da LEP) e na prisão domiciliar do regime aberto (art. 117 c/c art. 146-B, IV da LEP).⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ O veto também impediu que a monitoração eletrônica pudesse ser utilizada em qualquer condenado, ou seja, mesmo em caso de condenado preso e cumprindo pena em estabelecimento penitenciário, conforme interpretação possível da vetada alínea *i* do inciso V do art. 66 da Lei de Execução Penal (cf. GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico. *Site LFG*. Op. cit. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100621151555150>. Acesso em: 18 de outubro de 2011).

⁷⁹⁸ O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, de forma reiterada, que a Lei nº 12.258/2010 tem aplicação imediata, inclusive para condenados por delitos praticados antes da entrada em vigor do referido diploma legal. Cf. EMENTA: HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – SAÍDAS TEMPORÁRIAS - Determinada pelo Juízo da Execução a utilização do equipamento de monitoração eletrônica (tornozeleira), autorizado pelo parágrafo único, do artigo 122, da Lei de Execução Penal, pela nova Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010 – Constrangimento ilegal – Inocorrência - O referido dispositivo legal autoriza a utilização de equipamento de monitoração eletrônica, ao condenado, que cumpre pena em regime semiaberto, que foi contemplado com a saída temporária - Apontada irretroatividade da Lei nº 12.258/10 - Alegação de que o paciente foi condenado pela prática de crimes cometidos antes da entrada em vigor da referida lei - Inadmissibilidade - Lei processual penal - Inteligência do artigo 2º, do Código de Processo Penal - Aplicação imediata - De acordo com a nova lei, a ausência de vigilância direta não obsta a utilização de monitoramento eletrônico, pelo sentenciado, quando assim determinar o Juízo da Execução. Ordem denegada. Cf. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0066029-52.2011.8.26.0000, da 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Salles Abreu. São Paulo, 12 abr. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5063018&v1Captcha=VQEdM>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011. No mesmo sentido: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0071338-54.2011.8.26.0000, da 14ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Hermann Herschander. São Paulo, 14 abr. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5081390>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0172863-79.2011.8.26.0000, da 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Julio Caio Farto Salles. São Paulo, 04 ago. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5297344>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012. Luiz Flávio Gomes também sustenta a incidência do regime de monitoração eletrônica em relação aos crimes cometidos antes da entrada em vigor da lei (16.06.2010), tendo em vista a aplicabilidade imediata desse tipo de norma de execução penal. Segundo o autor, a coisa julgada é *rebus sic stantibus* na execução penal, ou seja, a sentença não pode ser modificada em sua essência condenatória, mas praticamente

De início, portanto, a legislação estabelece a aplicação da monitoração eletrônica na execução penal em duas únicas hipóteses: na saída temporária do regime semiaberto e na prisão domiciliar. Neste último caso, porém, a realidade do sistema penitenciário nacional apresenta uma particularidade. Ocorre que a ausência de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena no regime aberto autoriza a concessão da prisão domiciliar ao condenado, que não tem culpa da ineficiência do poder público. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o condenado tem direito a cumprir sua pena em regime albergue domiciliar quando inexistente Casa de Albergado.⁷⁹⁹

Assim, embora o veto presidencial tenha impedido o monitoramento eletrônico no regime aberto comum, a lei sancionada possibilita o mesmo tipo de vigilância no caso específico do condenado em regime aberto que, diante da ausência de estabelecimento adequado, é autorizado a recolher-se em residência particular nos horários e dias em que deveria apresentar-se à Casa de Albergado. Importante observar que o *recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular* previsto no art. 117 da Lei de Execução Penal, normalmente denominado de “prisão albergue domiciliar”, não se identifica com a prisão domiciliar propriamente dita, apesar da igualdade de termos utilizados pelos diplomas legais mais recentes (art. 146-C, parágrafo único, VI da LEP incluído pela Lei 12.258/2010 e art. 317 do CPP com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011). Isto porque o recolhimento em residência particular no período noturno e nos dias de folga não significa cárcere em residência, como é o caso na prisão domiciliar

todo o resto pode ser alterado ao longo da execução (progressão e regressão de regime, diminuição da pena pela remição, alteração das condições do *sursis*, etc). Cf. GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico. *Site LFG*. Op. cit. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100621151555150>. Acesso em: 18 de outubro de 2011.

⁷⁹⁹ EMENTA: PENA - CUMPRIMENTO - REGIME ABERTO - CASA DO ALBERGADO. A concretude do regime aberto pressupõe casa do albergado estrita aos que estejam submetidos a essa espécie de cumprimento da pena, havendo de dispor o local de condições a assegurarem a integridade física e moral do preso - dever do Estado, consoante disposto no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal. PRISÃO DOMICILIAR - CASA DO ALBERGADO INEXISTENTE OU IMPRÓPRIA. O rol normativo de situações viabilizadoras da prisão domiciliar não é exaustivo, cabendo observá-la, se houver falha do aparelho estatal quanto a requisitos a revelarem a casa do albergado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95334/RS, da 1ª Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601179>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012); EMENTA: PENA - CUMPRIMENTO - REGIME SEMIABERTO. Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96169/SP, da 1ª Turma, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603599>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012).

em que a saída da residência é vedada e depende de autorização judicial expressa (ex. art. 317 do CPP).

Por outro lado, a monitoração eletrônica só pode ser imposta por decisão judicial fundamentada (art. 146-B da LEP c/c art. 93, IX da CF), ao contrário do que ocorre em alguns países (Suécia e Holanda) em que a própria administração penitenciária analisa e resolve pela necessidade ou não da vigilância eletrônica durante a execução.

Além disso, a monitoração eletrônica não é obrigatória nos casos mencionados e, portanto, depende de justificção no caso concreto. Com efeito, o art. 146-B da Lei de Execução Penal estabelece uma possibilidade ao juiz (“poderá”) de definir a fiscalização por meio de monitoração eletrônica nas hipóteses mencionadas, ou seja, é possível que a saída temporária ou a prisão domiciliar sejam concedidas sem vigilância eletrônica. Da mesma forma, o parágrafo único do art. 122 da Lei de Execução Penal, acrescentado pela Lei nº 12.258/2010, deixa claro que o monitoramento eletrônico não é obrigatório para a saída temporária ao estabelecer que a ausência de vigilância direta não impede o uso de equipamento de monitoração eletrônica *quando assim determinar o juiz da execução*. A monitoração eletrônica, portanto, deve ser definida por um critério de proporcionalidade, ou seja, a vigilância deve ser necessária e adequada ao caso específico em análise, inclusive sob pena de revogação (art. 146-D, I da LEP).

7.2.1 Deveres do monitorado

O condenado submetido à monitoração eletrônica deve ser orientado sobre os cuidados necessários para a manutenção do equipamento eletrônico, bem como sobre os deveres a serem observados (art. 146-C, I e II da LEP). Renato Marcão⁸⁰⁰ ressalta a importância da formalização dessa orientação passada ao monitorado em audiência de advertência, reduzindo-se tudo a termo que deve ser assinado pelo juiz, bem como pelo promotor, pelo condenado e seu defensor.

O primeiro dever do condenado é o de *receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações*. A exigência pressupõe a existência de profissionais especializados para o acompanhamento técnico da medida, ou seja, servidores ligados à Secretaria Estadual da Administração Penitenciária ou à própria Vara de Execução Penal. O dispositivo legal

⁸⁰⁰ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269.

refere-se a *servidor* (público) responsável pela *monitoração*, o que exclui a possibilidade do acompanhamento por empresas privadas, mas nada menciona sobre a assistência técnica necessária à manutenção do equipamento.

O segundo dever do condenado é negativo, ou seja, *abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça*. A remoção, violação, modificação ou danificação não intencional, por exemplo, decorrente de caso fortuito, deve ser comunicada pelo condenado ao servidor responsável pelo seu acompanhamento. Entretanto, a ausência de comunicação sobre eventuais falhas no equipamento de monitoração não pode ser considerada uma violação do dever, tendo em vista a inexistência de dever legal específico nesse sentido (vetado o inciso III do parágrafo único do art. 146-C da LEP).

7.2.2 Violação dos deveres e revogação da monitoração eletrônica

A violação comprovada dos deveres legais pelo condenado pode acarretar a regressão do regime, a revogação da autorização de saída temporária, a revogação da prisão domiciliar ou a advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas anteriores (art. 146-C, parágrafo único, incisos I a VII da LEP). Renato Marcão⁸⁰¹ esclarece que violação *comprovada* deve ser entendida como aquela noticiada nos autos, submetida ao contraditório e à ampla defesa, apurada através do devido processo legal, com imparcialidade, pelo juiz natural, e resolvida com uma decisão fundamentada e lastreada em critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

A regressão do regime é a mais severa entre as consequências possíveis em caso de violação dos deveres pelo condenado submetido à monitoração eletrônica. Assim, deve ser adotada apenas em caso de violação realmente grave, até porque implica na revogação do benefício incompatível com o novo regime, ou seja, a regressão para o fechado inviabiliza a saída temporária, possível só no semiaberto, assim como a regressão para o semiaberto inviabiliza a prisão domiciliar, possível apenas no aberto.⁸⁰²

⁸⁰¹ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. Op. cit., p. 271.

⁸⁰² Por outro lado, Renato Marcão entende que a consequência mais severa para aquele que, estando no gozo de albergue domiciliar, praticar violação de dever relacionado com o monitoramento eletrônico, está prevista no inciso VI (art. 146-C da LEP), ou seja, a *revogação da prisão domiciliar*, pois “tanto a *regressão de regime prisional* quanto a *revogação da autorização de saída temporária* são sanções direcionadas àquele

Portanto, violações menos graves devem ser sancionadas com uma simples advertência escrita ou com a revogação da autorização de saída temporária ou de prisão domiciliar. A advertência escrita é adequada para a primeira violação, desde que sem maior gravidade, apresentando a grande vantagem de permitir a manutenção da autorização de saída temporária ou de prisão domiciliar, bem como o prosseguimento da monitoração eletrônica. De qualquer forma, trata-se de uma sanção e, portanto, deve ser aplicada mediante apuração formal e decisão judicial sobre a violação noticiada.

A revogação da autorização de saída temporária não implica na regressão de regime, ou seja, não impede a manutenção do regime semiaberto. Outras hipóteses de revogação da saída temporária (prática de crime doloso, falta grave, desatendimento das condições e baixo aproveitamento do curso), bem como de recuperação da autorização (absolvição no processo penal, cancelamento da punição disciplinar e demonstrado merecimento), encontram-se previstas no art. 125 da Lei de Execução Penal.

Da mesma forma, a revogação da prisão domiciliar não impede a manutenção do regime aberto, ou seja, o condenado deve voltar a se recolher no período noturno e nos dias de folga à Casa de Albergado. Dessa forma, descumprido um dos deveres impostos e revogada a autorização de prisão albergue domiciliar, o condenado deve voltar a cumprir sua pena no regime aberto normal que, diante da insistente ausência de Casa de Albergado, significa novamente o recolhimento domiciliar, mas sem a possibilidade de monitoração eletrônica, ou seja, situação mais vantajosa para o condenado que deixou de cumprir seu dever.

De qualquer forma, em caso de violação grave dos deveres impostos ou de violação reiterada desses deveres é possível a regressão de regime para o semiaberto, além da revogação da prisão domiciliar.⁸⁰³

A monitoração eletrônica também pode ser revogada (art. 146-D, I e II da LEP) por *desnecessidade ou inadequação*, por *violação dos deveres* impostos ou, ainda, pela prática de *falta grave*. A possibilidade de revogação da monitoração eletrônica por sua desnecessidade ou inadequação confirma a excepcionalidade da medida, que deve ser justificada no caso concreto através de decisão fundamentada.

que se encontre no gozo de saída temporária” (MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. Op. cit., p. 272).

⁸⁰³ Renato Marcão sustenta a impossibilidade de regressão de regime em caso de revogação da prisão domiciliar e sugere a conversão da pena privativa de liberdade cumprida em regime aberto para restritiva de direitos, nos termos do art. 180 da LEP (cf. MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. Op. cit., p. 274).

Ressalte-se que a falta grave (artigos 50 e 52 da LEP) acarreta também a revogação automática da saída temporária (art. 125, *caput* da LEP) e a regressão de regime prisional (art. 118, I da LEP), ou seja, inviabiliza a manutenção da vigilância eletrônica de qualquer forma, ainda que esta não seja revogada expressamente.

7.3 Monitoração eletrônica na legislação vigente: finalidades da pena e conveniência de política criminal

A legislação em vigor deve ser analisada também sob o ponto de vista das finalidades atribuídas à pena e dos objetivos de política criminal normalmente associados ao monitoramento eletrônico.

A medida cautelar de monitoração eletrônica certamente pode representar uma alternativa interessante à prisão preventiva em algumas hipóteses, colaborando com a diminuição da população carcerária e a redução de custos, além de atender fundamentalmente ao princípio da proporcionalidade.

Assim, a monitoração eletrônica cautelar deve ser aplicada quando a prisão seja inadequada e desproporcional, mas esteja presente a necessidade da tutela cautelar para garantir o andamento da investigação ou do processo, como no caso de risco de fuga do investigado ou acusado. Trata-se de medida intermediária entre a prisão cautelar e a liberdade provisória, que pode representar uma tutela cautelar mais adequada e proporcional em diversas situações concretas, evitando que a prisão seja aplicada em determinados casos por falta de alternativas viáveis e seguras.

De forma mais específica, a monitoração eletrônica cautelar pode desempenhar um importante papel nos casos de violência doméstica, garantindo o efetivo afastamento do agressor em relação à vítima.

Por outro lado, a monitoração eletrônica na saída temporária do regime semiaberto atende a uma parte das finalidades específicas da execução penal, na medida em que contribui para a redução das fugas e a prevenção de novos delitos.⁸⁰⁴ Além disso, apenas indiretamente pode contribuir com a prevenção especial ao aumentar a confiança

⁸⁰⁴ De acordo com dados da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, a monitoração eletrônica aplicada para a saída temporária no final de 2010 produziu resultado positivo, ou seja, o número de detentos que não retornaram foi menor entre aqueles que portavam o equipamento. Cf. GOMES, Luiz Flávio. Tornozeleiras reduzem índice de fuga. *Site LFG*. Op. cit. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/tornozeleiras-reduzem-indice-de-fuga/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

social neste importante mecanismo de reinserção social do condenado que é a saída temporária.

Entretanto, a monitoração eletrônica como está prevista na Lei de Execução Penal (saída temporária e prisão domiciliar) não proporciona diminuição da população carcerária, pois é aplicada ao condenado que já teria o direito à saída e ao recolhimento domiciliar no regime jurídico anterior mesmo sem vigilância eletrônica, e nem redução dos custos com o sistema penitenciário, vez que implica em aumento de gastos na ordem de 500 a 1.500 reais para cada usuário.⁸⁰⁵

Da mesma forma, a monitoração eletrônica na execução penal independe de acompanhamento psicossocial, tratamento de desintoxicação, orientação familiar ou encaminhamento laboral, o que significa sensível diferença em relação a alguns programas estrangeiros de monitoramento eletrônico que apresentaram resultados positivos com o uso dessa tecnologia. Também não há previsão expressa de limite temporal para a vigilância, seja limite diário seja de duração total da medida, o que pode representar algum problema no caso da prisão domiciliar (regime aberto) com duração superior a seis meses, já que a experiência estrangeira indica resultados melhores quando o controle eletrônico é feito por períodos não muito longos.

A vigilância eletrônica na saída temporária e na prisão domiciliar também não está condicionada ao consentimento do preso, como ocorre em diversos outros países. Entretanto, conforme já mencionado, o prévio consentimento é requerido em países que aplicam a vigilância eletrônica como parte de um programa socioeducativo substitutivo da prisão, muitas vezes aplicado pela própria administração penitenciária e que implica em diversas obrigações ao condenado, inclusive abstinência a álcool e drogas. Não é o caso, portanto, da monitoração eletrônica estabelecida no art. 146-B da Lei nº 7.210/1984 (LEP).

⁸⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico. *Site LFG*. Op. cit. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100621151555150>. Acesso em: 18 de outubro de 2011.

8 CONCLUSÕES

Razão assiste a Cezar Roberto Bitencourt⁸⁰⁶ quando afirma que a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão, inicialmente usada como custódia, passou a ser usada como forma de punição; o recolhimento celular silencioso passou a conter trabalho em comum e, em seguida, fases progressivas de liberação do condenado. Atualmente, as penas alternativas e os sistemas abertos de cumprimento ganharam destaque pela maior adequação e proporcionalidade em relação aos delitos de pequena gravidade e às circunstâncias pessoais do delinquente em determinadas situações.

A maioria dos autores concorda que não é possível renunciar ao uso da prisão, mormente nos casos mais graves e de delinquentes mais perigosos. Entretanto, também há certo consenso sobre a necessidade de reforma da prisão e do respectivo sistema penitenciário em face de sua ineficácia para concretizar todas as finalidades atribuídas à sanção penal, além de constituir uma exigência da própria evolução social. Infere-se, portanto, que prisão deve ser reformada ou aperfeiçoada quando necessária e substituída por alternativas adequadas e proporcionais quando prescindível a segregação.

Não é novo esse sentimento de crise da prisão, assim como também não são recentes as buscas por alternativas penais e penitenciárias. Nesse sentido, a vigilância eletrônica idealizada na década de 1960, como instrumento de reforma comportamental, foi efetivamente aplicada por um juiz norte-americano em 1983 para evitar o encarceramento em determinadas situações e se generalizou na década seguinte.

O contexto cultural específico dos Estados Unidos no final do século XX propiciou o surgimento do monitoramento eletrônico como alternativa à prisão. Com efeito, o crescimento da população carcerária, a fragilidade da *probation* e a disponibilidade de dispositivos tecnológicos atrativos formaram o contexto penitenciário ideal para a implementação do monitoramento eletrônico no país mencionado.

Além disso, é possível também identificar a influência do pensamento utilitarista e de uma nova cultura criminológica como ambiente fértil para a consolidação do monitoramento eletrônico. Nesse sentido, a vigilância eletrônica foi encarada como uma solução pragmática, ou seja, uma alternativa mais eficaz, segura e com menor custo

⁸⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. Op. cit., p. 1. O autor faz referência implícita à conhecida frase de Rudolf von Ihering: “A história da pena é a história de sua constante abolição”.

financeiro para os cofres públicos, além da possibilidade de viabilização da tecnologia através de serviços privados. Do ponto de vista criminológico, o monitoramento eletrônico emergiu em um contexto de transformação do sistema penal e de surgimento de uma nova cultura do controle do delito, caracterizada principalmente pela priorização da gestão do risco e da proteção da sociedade, bem como de uma forma de raciocínio econômico que prioriza o custo e a eficácia.

O pensamento utilitarista é sempre muito criticado, mas é preciso lembrar que também apresenta valores positivos, como a busca incondicional da eficácia e a consideração do mundo como um contínuo problema, encarando-o de um ponto de vista claramente positivo.⁸⁰⁷ Por outro lado, o que preocupa no pensamento utilitarista como abordagem filosófica é que se limita a buscar resultados concretos, afastando-se de um enfoque ético.

Assim, a vigilância eletrônica pode ser encarada como solução pragmática e eficaz para resolver parte do problema penitenciário, desde que seja compatibilizada com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, mormente a dignidade humana.⁸⁰⁸ Além disso, deve ter como baliza ou diretriz as finalidades preventivas atribuídas à sanção penal, dentre as quais se destaca a prevenção especial positiva. Assim, a eficácia buscada pela vigilância eletrônica deve referir-se ao cumprimento das finalidades preventivas e não simplesmente ao aumento da punição ou do controle sobre o indivíduo.

Feita essa primeira ressalva, parece certo que a tecnologia pode desempenhar um papel importante na reforma da prisão. Ademais, o avanço da tecnologia não pode e talvez não deva ser detido. O ser humano sempre vai procurar métodos mais fáceis e cômodos para resolver seus problemas e superar suas limitações naturais. A reforma da prisão, portanto, pode ser obtida através da tecnologia, que nada mais é senão a

⁸⁰⁷ Faustino Gudín Rodríguez-Magariños acrescenta que as ideias utilitaristas motivaram diversos avanços científicos que acabaram mudando a vida do ser humano no planeta, como é o caso dos britânicos Isaac Newton, Alexander Graham Bell, Charles Darwin e outros ligados ao mundo anglo-saxão como Albert Einstein e Thomas Alva Edison (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 165).

⁸⁰⁸ Nesse sentido, Faustino Gudín Rodríguez-Magariños afirma: “Talvez a solução esteja em encontrar um ponto de equilíbrio entre a dimensão utilitária e a ética, entre o pragmatismo anglo-saxão e as posturas mais humanitárias da Europa meridional e conseguir assim uma sociedade mais avançada em ambos os sentidos. Julgo que estas considerações são plenamente aplicáveis aos sistemas de vigilância eletrônica, sendo necessário compatibilizar os avanços com a dimensão ética” (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 166 - tradução nossa).

materialização da inteligência ou das possibilidades práticas do intelecto humano.⁸⁰⁹ Da mesma forma, pode ser inútil ignorar ou tentar impedir os efeitos do desenvolvimento tecnológico no sistema penal, mormente em face dos problemas reconhecidamente enfrentados nesta área.⁸¹⁰

Além disso, conforme mencionam David Lyon⁸¹¹ e Faustino Gudín Rodríguez-Magariños,⁸¹² a vigilância eletrônica apresenta mais de uma face, ou seja, uma face positiva e outra negativa. O autor espanhol acrescenta que alguns preferem exibir apenas uma das faces da vigilância, aquela mais obscura e totalitária (orwelliana), esquecendo de mencionar a outra mais humana, que pode auxiliar no desencarceramento racional do recluso. “As máquinas são neutras, o que confere uma carga ética (bem ou mal) aos objetos é o comportamento humano”.⁸¹³

No caso brasileiro, a longa e diversificada experiência estrangeira pode ser bastante útil para revelar acertos e erros no desenvolvimento e na aplicação da vigilância eletrônica na área penal e penitenciária. Nesse sentido, chama a atenção o fato de que alguns países realizaram diversos testes e estudos antes de implantar a tecnologia na ordem jurídica, bem como que os resultados positivos foram verificados quando a tecnologia foi empregada juntamente com programas de acompanhamento social (desintoxicação, acompanhamento psicossocial, encaminhamento laboral e outros).

É certo, porém, que as experiências estrangeiras não devem ser simplesmente copiadas, sob pena de inviabilização ou mesmo ineficácia das previsões legais. Assim, a realidade jurídica, econômica e social brasileira deve ser considerada tanto para a introdução da vigilância eletrônica na ordem jurídica quanto na efetiva aplicação prática dessa tecnologia no âmbito penal e penitenciário.

Nesse ponto, há que se destacar certa confusão inicial no estudo da vigilância eletrônica, bem como na introdução da vigilância eletrônica na legislação

⁸⁰⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 168.

⁸¹⁰ Nesse sentido, María Poza Cisneros afirma: “E é que, como observa González Rus, da mesma forma que o sentido comum ensina que não se podem colocar portas ao campo, é um esforço estéril tentar impedir a aplicação no âmbito penal de instrumentos e procedimentos que fazem parte da realidade social e que, como no caso da vigilância eletrônica, irrompem com uma dinâmica de desenvolvimento e implantação sensivelmente imparável. Mais ainda, quando encontram um terreno fértil para crescer; e é certo que na sociedade atual tudo o que signifique controle, eficácia e baixo custo tem grande vantagem a seu favor (POZA CISNEROS, María. *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 131, tradução nossa).

⁸¹¹ LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Op. cit., p. 219.

⁸¹² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Op. cit., p. 163.

⁸¹³ *Ibid*, p. 163 (tradução nossa).

nacional. Com efeito, o monitoramento eletrônico é utilizado na maioria dos países não como pena autônoma, mas sim como modalidade de execução da pena privativa de liberdade ou de execução de prisão provisória, ou seja, é aplicado como verdadeira alternativa ao estabelecimento prisional (alternativa penal).⁸¹⁴ Entretanto as possibilidades de uso do monitoramento eletrônico são diversas e muitos países o utilizam também como espécie de pena alternativa propriamente dita.

No Brasil, o monitoramento eletrônico foi introduzido na legislação nacional como instrumento de controle e fiscalização na execução penal e como medida cautelar autônoma. Interessante seria que o monitoramento eletrônico fosse estabelecido como modo de execução da prisão, definitiva ou provisória (cautelar), ou seja, como verdadeira alternativa aos estabelecimentos penitenciários, mormente aqueles destinados aos regimes aberto e semiaberto (Casa do Albergado e Colônias Penais). Além disso, o monitoramento eletrônico deveria ser estabelecido como instrumento de execução das penas restritivas de direitos que demandam fiscalização efetiva, a fim de consolidar um sistema alternativo de penas realmente capaz de promover a prevenção e substituir a pena privativa de liberdade para delitos de menor gravidade.⁸¹⁵

De qualquer forma, o importante é que a vigilância eletrônica represente uma alternativa penal à disposição do juiz no momento da aplicação da pena para que esta seja mais adequada e proporcional possível. Nesse sentido, María Poza Cisneros⁸¹⁶ afirma que a vigilância eletrônica não resolve todos os problemas e não chega a afastar a necessidade da prisão, mas merece um juízo favorável enquanto permite dispor de uma maior possibilidade de adequação da resposta cautelar, punitiva ou curativa ao caso concreto. Deste ponto de vista, acrescenta a autora, bastaria constatar que, para um único indivíduo, para um só caso, a resposta idônea não seria outra senão a prisão domiciliar sob vigilância eletrônica, para justificar uma reforma legislativa que disponibilize ao juiz tal medida.

⁸¹⁴ CAIADO, Nuno. Notas sobre a admissibilidade ética do monitoramento eletrônico. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 225, ago. 2011, p. 5; LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Op. cit., p. 127.

⁸¹⁵ Francesc Guillén Lasierra sustenta que o monitoramento eletrônico pode ser aplicado no futuro “para garantir a realização de todas as penas que consistem na interdição de exercer uma atividade concreta (por exemplo, conduzir um veículo)” (LASIERRA, Francesc Guillén. *Contrôle électronique des déplacements: quelles garanties constitutionnelles?* In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Op. cit., p. 188 – tradução nossa).

⁸¹⁶ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. Op. cit., p. 131.

Diante do exposto, e sempre lembrando que a vigilância eletrônica não é a panacéia do sistema penal, algumas conclusões e recomendações mais específicas podem ser assim colocadas:

1. O avanço tecnológico pode fornecer instrumentos importantes para a solução de problemas verificados no sistema penitenciário em geral, porém não se deve acreditar no mito da tecnologia como única forma de resolução de questões sociais tão complexas.

2. As experiências estrangeiras devem servir de base para a implantação do sistema no Brasil, observadas a realidade nacional e as características socioeconômicas da população. É recomendável a implantação de projetos experimentais para análise e avaliação de resultados, ou seja, a utilização ampla e geral do monitoramento eletrônico deve ser precedida de algumas experiências localizadas.

3. O monitoramento eletrônico deve ser previsto na legislação preferencialmente como alternativa à prisão, seja como modo de execução da prisão provisória ou definitiva (alternativa aos estabelecimentos penitenciários, em especial a Casa de Albergado), seja como pena alternativa autônoma para delitos de menor gravidade. Além disso, o monitoramento eletrônico deve ser utilizado também como modo de execução de penas alternativas já existentes (restritivas de direitos) e que demandam fiscalização efetiva, a fim de consolidar um sistema de penas alternativo realmente capaz de promover as finalidades preventivas, substituindo a prisão de forma individualizada e proporcional.

4. O monitoramento eletrônico deve estar vinculado às finalidades preventivas atribuídas à pena, sobretudo a prevenção especial positiva (reinserção social e redução da reincidência). A *eficácia* buscada nas penas alternativas através do monitoramento eletrônico deve referir-se à viabilização da reinserção social e não apenas do controle. Além disso, a doutrina recomenda que o monitoramento seja aplicado juntamente com uma intensa política de reparação de danos em favor da vítima.

5. O monitoramento eletrônico, por si só, não é capaz de reduzir a população carcerária, diminuir o custo do sistema penitenciário ou evitar a reincidência. Tais objetivos de política criminal podem ser alcançados com auxílio da vigilância eletrônica, mas dependem da forma jurídica utilizada e da aplicação prática do instituto, bem como de objetivos claramente fixados. É certo, porém, que as vantagens econômicas do monitoramento eletrônico não podem ser desprezadas e que alguns países obtiveram

resultados positivos significativos na redução da população carcerária (Suécia) e na diminuição da reincidência criminal (Suécia, Canadá, Austrália e França).

6. A experiência estrangeira revela que os resultados positivos mais significativos em termos de prevenção foram obtidos com o uso da vigilância eletrônica por períodos de tempo não muito longos e em conjunto com programas de acompanhamento social e contatos humanos (tratamentos de desintoxicação, acompanhamento psicossocial, encaminhamento laboral, envolvimento familiar, etc). Em caso de monitoramento eletrônico para substituir um estabelecimento penitenciário aberto, a vigilância deve ser realizada somente pelo tempo correspondente ao período de permanência obrigatória no estabelecimento penal substituído.

7. A seleção de infratores para participar de programas de monitoramento eletrônico produz resultados muito positivos, porém, pode mascarar o problema e configurar uma prática inútil. Além disso, a seleção não faz sentido quando o monitoramento eletrônico é aplicado como instrumento de fiscalização da restrição à liberdade, como medida cautelar ou como pena autônoma desvinculada de um programa de recuperação social. De qualquer forma, parece certo que infratores de alta periculosidade e autores de delitos médios ou graves não devem ser alvos principais do monitoramento eletrônico, salvo em fase final de execução de pena privativa de liberdade e mediante prognóstico favorável de reinserção social.

8. Tratando-se de restrição de direitos fundamentais, o monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais deve observar os seguintes limites e garantias: respeito ao princípio da legalidade, vigilância das obrigações e restrições impostas e não de imagens e sensações da pessoa, sigilo das informações coletadas, informações prévias, detalhadas e claras ao monitorado, aplicação e controle através de decisão judicial, menor visibilidade possível do equipamento e acesso independente de condição econômica. O consentimento do sujeito, embora recomendável, não é imprescindível quando há autorização legal específica e substancialmente justificada para a restrição da intimidade através do monitoramento eletrônico.

9. O controle do programa deve permanecer com o poder público, através de um sistema de avaliação e acompanhamento por profissionais especializados (supervisores, assistentes sociais e psicólogos), sem prejuízo da participação do setor privado no fornecimento e na manutenção do equipamento. O pagamento das despesas pelo participante pode aumentar o compromisso do sujeito com o programa, porém pode inviabilizar o sistema na realidade brasileira.

10. O efeito *net-widening* ou extensão (ampliação, intensificação e diversificação) da rede penal depende fundamentalmente da natureza jurídica atribuída ao monitoramento eletrônico. Destarte, não há extensão da intervenção estatal quando o monitoramento eletrônico é usado para efetivamente substituir a prisão. Por outro lado, não obstante a intensificação aparente no caso da vigilância como instrumento de controle de medidas ou de execução de penas alternativas, não parece ser injustificada a extensão da intervenção estatal quando a fiscalização é inerente e indispensável à restrição imposta, sob pena de descrédito do sistema e consequente legitimação social da prisão como subproduto da ineficácia das alternativas penais e da frustração das expectativas nelas depositadas.

11. As faltas e descumprimentos das restrições e obrigações impostas pelo monitoramento eletrônico devem ter consequências certas e definidas, inclusive com o uso da prisão quando necessário. Entretanto a proporcionalidade da coerção deve ser analisada em relação à falta cometida, sob pena de extensão indireta e injustificada da intervenção penal.

12. A possibilidade de aperfeiçoar e humanizar a punição, com segurança e efetividade preventiva, é o que justifica o uso da tecnologia no sistema penal. Portanto, o monitoramento eletrônico não pode ser aplicado quando a vigilância direta ou indireta é desnecessária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008 (Coleção Teoria e Direito Público; 1).

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALL, Kirstie; WEBSTER, Frank. *The Intensification of Surveillance: Crime, Terrorism and Warfare in the Information Age*. London-Sterling: Pluto Press, 2003.

BARBAGALLO, Isidoro. La sorveglianza elettronica dei detenuti: profili di diritto comparato. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, vol. 11, n. 3-4, p. 353-366, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro - I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico; 5).

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. Tradução de Tomaz Tadeu. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 13-87.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal: Volume III*. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral: volume 1*. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do livro Lições de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 169-180.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 1º. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Direito Penal*: Volume I: Parte Geral: Tomo 3º. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*: Volumen I. Madrid: Trotta, 1997 (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho).

CAIADO, Nuno. Notas sobre a admissibilidade ética do monitoramento eletrônico. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 225, p. 5, ago. 2011.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDET, Christophe. *Le placement sous surveillance électronique*. Paris: L'Harmattan, 2003 (Collection La Justice au quotidien; 19).

CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003 (Clássicos do Direito).

CÉRÉ, Jean-Paul. As novas tecnologias a serviço do direito penal: monitoramento eletrônico estático e móvel. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 91-100.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. 1. ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: Ara Editores, 2007 (Coleção Obras Completas).

CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DE LUCA, Javier Augusto; POULASTROU, Martín. Libertad vigilada por monitoreo electrónico. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 7, p. 651-663, dic. 1997.

DEL RE, Michele C. La prevenzione situazionale del crimine mediante catena elettronica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, vol. 30, p. 116-120, 1987.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

_____. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121-135.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 80, p. 83-117, out./dez. 1999.

ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 197-224.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. Revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 25. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006.

_____. Le développement du placement sous surveillance électronique en France: mobilization du politique et neutralisation idéologique. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 29-47.

GARCIA, Roberto Soares. Pulseirinhas, tornozeleiras e inconstitucionalidade da Lei nº 12.906/08. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 187, p. 6-7, jun. 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José; MACHADO MAYA, André (Org.). *Processo Penal Contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (Coleção temas atuais de direito criminal; v. 1).

GOUVEIA, Jorge Barcelar. *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis, 2000 (Direito, Legislação; 17).

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?* Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Madrid: Slovento, 2005.

_____. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 (Colección Los Delitos; 72).

_____. Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 15, p. 135-143, 2006.

_____. Cárcel Electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 79, p. 105-134, 2005.

_____. La cárcel electrónica: el modelo del derecho norteamericano. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Getafe, n. 21, p. 38-51, nov. 2005.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução (da 2ª ed. alemã rev. e ampl.) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

HENTIG, Hans von. *La Pena: las formas modernas de aparición: volumen II*. Tradução de José Maria Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1968.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume III*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Coordenação e revisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Teoria da pena; e, Suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003 (Coleção Estudos de direito penal; 3).

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 170, p. 2-3, jan. 2007.

_____; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 13-35.

KALUSZYNSKI, Martine. Le développement du placement sous surveillance électronique en Europe, genèses, circulation des modèles et diversité des problématiques. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 13-28.

KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 170, p. 4-5, jan. 2007.

KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 (Monografias; 40).

KUHN, André; MADIGNIER, Bertrand. Surveillance électronique: la France dans une perspective internationale. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, p. 671-686, oct./déc. 1998.

LANDREVILLE, Pierre. La surveillance électronique des délinquants: un marché en expansion. *Déviance et Société*, Genève, vol. 23, n. 1, p.105-121, 1999.

_____. Surveiller et prévenir: l'assignation à domicile sous surveillance électronique. *Déviance et Société*, Genève, vol.11, n. 3, p. 251-269, 1987.

LARRAURI PIJOAN, Elena. Nuevas tendencias em las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 53, p. 66-87, mar./abr. 2005.

LASIERRA, Francesc Guillén. Contrôle électronique des déplacements: quelles garanties constitutionnelles? In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 185-197.

LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 387-394.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal: tomo tercero*. 2. ed. Tradução da 20ª ed. alemã de Luis Jiménez de Asúa. Adicionado com Direito Penal Espanhol por Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1929.

_____. *La idea del fin en el derecho penal*. Reimpresión de la primera edición. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998 (Monografías Jurídicas; 40).

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

MAIA, Clarissa Nunes et al (Org.). *História das prisões no Brasil: volume 1*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: Volume I*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Tratado de direito penal: Volume III*. 1. ed. atual. 2. tir. Campinas: Millennium, 2000.

MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 58, p. 213-260, 2000.

MARY, Philippe. Localização sob vigilância eletrônica e rede penal. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 137-148.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. Tradução de M. D. Magno. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 89-124.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 167-176.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. 2. ed. Tradução de P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

MORETTI, Barbara. Day reporting center: un'esperienza integrata di "community service" e monitoraggio elettronico. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, vol. 12, n. 1, p. 115-130, 2001.

NIEVA FENOLL, Jordi. Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 77, p. 201-220, jan./mar. 2005.

NORMANDEAU, André. Bilan criminologique de quatre politiques et pratiques pénales américaines contemporaines. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 2, p. 333-346, avr./juin. 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Política criminal e alternativas à prisão*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ORWELL, George. 1984. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008 (Tirant monografias; 534).

PARÉS I GALLÉS, Ramón. Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 46, p. 259-272, 1997.

PATERSON, Craig. *Understanding the Electronic Monitoring of Offenders: Commercial Criminal Justice in England and Wales*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Muller, 2009.

_____. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales. Tradução de José de Jesus Filho. Revisão de André Adriano Nascimento Silva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 77, p. 281-297, mar./abr. 2009.

PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 2, p. 245-280, abr./jun. 1999.

PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. Tradução de Guacira Lopes Louro. In: TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 125-170.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 65, p. 59-134, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RICHARDSON, Françoise. La surveillance électronique des délinquants en Angleterre: 1989-2004. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 63-75.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *A função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal: Curso Completo. Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão.* Fac-símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito.* São Paulo: IBCCRIM, 2000 (Monografias; 11).

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal.* 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal.* Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 (Del Rey Internacional; 12).

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* 2. ed. Tradução, revisão e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004 (Coleção Pensamento Criminológico; 3).

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SCHWITZGEBEL, Ralph K.; KOLB, David A. *Changing Human Behavior: principles of planned intervention.* New York: McGraw-Hill Book Company, 1974.

SERRATUSSELL I SALVADÓ, Lídia. L'application des mécanismes de contrôle électronique à l'exécution des mesures pénales en Catalogne. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe.* Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 93-95.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).
- SIMANTOB, Fábio Tofic. O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas: efetividade ou fascismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 145, p. 13-14, dez. 2004.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Individualização da pena: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- TADEU, Tomaz (Org.). *O Panóptico*. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- VALLOTTON, André. Surveillance électronique, expérimentation et evaluation. In: FROMENT, Jean-Charles; KALUSZYNSKI, Martine (Coord.). *Justice et technologies: Surveillance électronique en Europe*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 155-164.
- VAZ, Denise Provasi. Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 216, p. 4-5, nov. 2010.
- VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 157-165.
- WEIS, Carlos. Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 145-154.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: Parte General*. 11. ed. 4. ed. castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.
- WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: Technology and offender supervision*. Winchester: Waterside Press, 2001.
- WORRALL, Anne; HOY, Clare. *Punishment in the Community: Managing offenders, making choices*. Second edition. Cullompton: Willan Publishing, 2005.
- ZACKSESKI, Cristina. A imposição das tornozeleiras. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 199, p. 6-7, jun. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 4. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Referências de documentos em meio eletrônico:

ARAÚJO, Glauco. Presos poderão ser monitorados por pulseiras, tornozeiras e telefone. *G1 – O Portal de Notícias da Globo*, São Paulo, 19 jun. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/06/presos-poderao-ser-monitorados-por-pulseiras-tornozeiras-e-telefone.html>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Senado Federal n. 310, de 15 de junho de 2010*. Veto parcial ao Projeto de Lei n. 175/2007, Brasília-DF, 16 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 156, de 2009*. Dispõe sobre reforma do Código de Processo Penal, Brasília-DF, 07 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95334/RS, da 1ª Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601179>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96169/SP, da 1ª Turma, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603599>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

DE BLASIS, Giovanni Battista. E alla fine siamo arrivati anche a Striscia Notizia... *Polizia Penitenziaria: Società Giustizia & Sicurezza*, Roma, Itália, 27/10/2009. Disponível em: <<http://www.poliziapenitenziaria.it/public/post/blog/e-alla-fine-siamo-arrivati-anche-a-striscia-la-notizia--107.asp>>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico. *Site LFG*, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100621151555150>. Acesso em: 18 de outubro de 2011.

_____. Tornozeiras reduzem índice de fuga. *Site LFG*, 12 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/tornozeiras-reduzem-indice-de-fuga/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

JOHN HOWARD SOCIETY OF ALBERTA. Electronic Monitoring. *The Reporter*, Alberta, Canada, v. 18, n. 1, may. 2001. Disponível em:
<<http://www.johnhoward.ab.ca/newslet/may2001/May2001.pdf>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento Eletrônico: liberdade vigiada. *Site do Ministério da Justiça*. Disponível em:
<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ57DC54E2PTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.

REINO UNIDO (Inglaterra). King's College London. *World Prison Brief*. Disponível em:
<<http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>>. Acesso em: 06 de abril de 2011.

REIS, Fábio André Silva. *Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as)*: Breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca. Disponível em:
<<http://www.fasreis.blogspot.com/2004/08/artigo-mep-inglaterra-e-sucia.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.

SANTELLANO, Jony. A lei paulista e o monitoramento eletrônico de presos. *JB Wiki - Jornal do Brasil*, São José dos Campos-SP, 14 set. 2010. Disponível em:
<http://www.brasilwiki.com.br/noticia.php?id_noticia=32506>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0066029-52.2011.8.26.0000, da 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Salles Abreu. São Paulo, 12 abr. 2011. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5063018&vlCaptcha=VQEdM>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0071338-54.2011.8.26.0000, da 14ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Hermann Herschander. São Paulo, 14 abr. 2011. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5081390>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0172863-79.2011.8.26.0000, da 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Julio Caio Farto Salles. São Paulo, 04 ago. 2011. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5297344>>. Acesso em: 4 de janeiro de 2012.

SMITH, Russel G.; BLACK, Matt. Electronic Monitoring in the Criminal Justice System. *Australian Institute of Criminology - Trends & Issues in crime and criminal justice*, Canberra, Australia, n. 254, may. 2003. Disponível em:
<<http://www.aic.gov.au/publications/tandi2/tandi254.htm>>. Acesso em: 20 de outubro de 2008.