

GUILHERME NAZÁRIO FOGAÇA DE SOUZA

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA
DESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**

**Brasília
2017**

GUILHERME NAZÁRIO FOGAÇA DE SOUZA

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA
DESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**

Trabalho apresentado como requisito para obtenção de aprovação na disciplina Monografia III, no Curso de Direito, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Professor Renato Zerbini
Ribeiro Leão

**Brasília
2017**

DE SOUZA, Guilherme Nazário Fogaça.

MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO. DE SOUZA, Guilherme Nazário Fogaça – Brasília, 2017.

61 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito. Orientador: Professor Renato Zerbini Ribeiro Leão.

1. MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO.

GUILHERME NAZÁRIO FOGAÇA DE SOUZA
RA nº 20910230

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA
DESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**

Trabalho apresentado como requisito para
obtenção de aprovação na disciplina
Monografia III, no Curso de Direito, no
Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Professor Renato Zerbini
Ribeiro Leão.

Brasília, _____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora

Prof.º Renato Zerbini Ribeiro Leão
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

NOTA: _____

Dedico esta monografia aos meus pais,
Luiz Artur e Sandra Fogaça, e à minha
irmã Heloisa Fogaça.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por meio do qual tudo é possível, por mais esta conquista e pelas que estão por vir.

A todos os colegas da Park Way Construtora e Incorporadora Ltda., pela motivação necessária para desenvolver esta pesquisa e a todos os amigos que sempre me incentivaram a continuar o curso e conquistar a tão esperada graduação.

Agradeço também, com especial carinho e reconhecimento, aos meus pais Luiz Artur e Sandra Fogaça, à minha irmã Heloisa Fogaça, pelo presente apoio sempre, paciência e incansável suporte ao longo de toda esta jornada.

Agradeço também à minha namorada Mariana França, pela paciência, pelo carinho e pelo apoio dedicado durante esta caminhada.

“O vácuo existente entre a normatividade e o cotidiano acaba por gerar situação indescritível: a brutalização genocida da execução da pena.”

Salo de Carvalho

RESUMO

A crise no sistema de justiça criminal – que efetivamente não tem na pena o fim ressocializar assegurado pela finalidade preventiva da pena –, e a crise no sistema carcerário brasileiro – que com prisões precárias, desumanas e onerosas ao Estado, acaba dessocializando o encarcerado que é posto à margem da sociedade, etiquetado como criminoso e impedido de se reintegrar ao convívio social – são os problemas que o monitoramento eletrônico enfrenta. A novidade tecnológica, hoje já incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, demonstra vocação para solucionar ou ao menos enfrentar as crises sistêmicas por que passa a execução penal. Propondo uma nova perspectiva à pena restritiva de liberdade e a sua efetividade para atingir a finalidade preventiva da pena criminal, o monitoramento eletrônico pode servir para minimizar os efeitos decorrentes da dessocialização do apenado, criando um ambiente adequado de convívio social para que medidas de ressocialização sejam ativamente implementadas. Afigura-se evidente o papel da tecnologia para a plena realização dos fins da pena criminal, posto que o modelo tradicional de punição baseado no cárcere e na restrição à liberdade do apenado já não encontra mais justificativa para ser adotado como regra, senão exceção.

Palavras-chave: Monitoramento Eletrônico. Teorias da Pena. Dessocialização. Ressocialização. Sistema Carcerário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Art.	Artigo
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CR	Constituição da República
CTN	Código Tributário Nacional
ICPS	International Centre for Prison Studies
IP	Inquérito Policial
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
UnB	Universidade de Brasília
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 EFEITOS DA EXECUÇÃO DA PENA: RESSOCIALIZAÇÃO E DESSOCIALIZAÇÃO	3
1.1 O CONCEITO DE PENA E SUAS POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS	3
1.2 TEORIAS SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA	5
1.2.1 Teoria retributiva ou absoluta	6
1.2.2 Teorias preventivas, utilitárias ou relativas	9
1.2.2.1 <i>Teoria da prevenção especial</i>	10
1.2.2.2 <i>Teoria da prevenção geral</i>	13
1.2.3 Teorias mistas ou unificadoras	15
1.3 CONTROLE PENAL E A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO	17
1.4 A INEFICÁCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO COMO GARANTIDOR DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA	22
1.5 A CRISE DA PREVENÇÃO GERAL E A NOVA TEORIA PREVENTIVA DA PENA	24
1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS: REPENSANDO A PENALIZAÇÃO CRIMINAL SOB O VIÉS TECNOLÓGICO	27
2 MONITORAMENTO ELETRÔNICO	29
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E O PROCESSO LEGISLATIVO NO BRASIL	29
2.2 CONCEITO, HIPÓTESE DE CABIMENTO, COMPETÊNCIA E FINALIDADE....	32
2.3 SISTEMAS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO	34
2.4 ESCLARECIMENTO, DEVERES DO APENADO E HIPÓTESES DE REVOGAÇÃO	36

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS: O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO FATO JURÍDICO	38
3 MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO	39
3.1 REDUÇÃO DA DESSOCIALIZAÇÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ...	39
3.2 INTEGRAÇÃO DE MEDIDAS RESSOCIALIZADORAS A PARTIR DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO	42
3.3 RESULTADOS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO COMPARADO E IMPACTO SOBRE O CUSTO DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	43
3.4 CRÍTICA À SUBUTILIZAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO FRENTE A SEU POTENCIAL RESSOCIALIZANTE	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

A teorização acerca da natureza e finalidade da pena está no centro das discussões sobre qual a penalização criminal adequada à sociedade atual. No Brasil é conhecida a opção normativa do Código Penal pela teoria mista da pena, ratificada pela Corte Constitucional ao julgar o caso *Bateau Mouche* e que exige da reprimenda criminal o duplo caráter retributivo e preventivo.

O que se verifica, porém, é a crise do sistema de justiça criminal baseado na pena restritiva de liberdade, que, longe de prevenir, apenas mantém o apenado marginalizado e perpetuamente dentro do sistema carcerário em razão do seu etiquetamento como criminoso. É dizer: a pena restritiva de liberdade enquanto resposta do Estado ao crime não tem atingido sua dupla finalidade.

É preciso repensar a pena restritiva de liberdade – o cárcere – considerando seus efeitos degradantes e dessocializantes para o apenado. O repensar proposto deve considerar também a limitação de recursos materiais do Estado para exercer o controle penal constante da sociedade, buscando opções financeiramente sustentáveis.

É neste sentido que a tecnologia oferece uma resposta possível: o monitoramento eletrônico dos apenados, cujo potencial para apresentar soluções às questões postas justifica o presente trabalho.

Resultado de pesquisa bibliográfica e documental dado o seu caráter teórico-argumentativo, a presente pesquisa está dividida em três capítulos. No seu primeiro capítulo são apresentadas as teorias da pena e como estas fundamentam e exigem, por um lado, a finalidade ressocializante da punição criminal e como explicam, por outro lado, a dessocialização causada pelo encarceramento.

Ainda no primeiro capítulo é apresentada a crise do sistema carcerário por meio de indicadores produzidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, introduzindo-se a abordagem de um necessário repensar da penalização criminal a partir do paradigma tecnológico dos dias atuais; hipótese que se apresenta como possível solução ao problema observado.

Adiante, no segundo capítulo, é objeto de estudo o instituto jurídico do monitoramento eletrônico. Iniciando-se por uma abordagem histórica da monitoração eletrônica que passa pela análise do processo legislativo que levou à aprovação das Leis n^{os} 12.258, de 2010, e 12.403, de 2011, o capítulo 2 aborda o conceito, as

hipóteses de cabimento e revogação, a competência e finalidade do monitoramento eletrônico, dentre outros temas correlatos ao instituto jurídico.

Situada a penalização criminal no capítulo 1 e apresentado o monitoramento eletrônico no capítulo 2, o trabalho avança para o seu terceiro capítulo a partir da premissa de que o novo aparato tecnológico é valioso para as políticas criminais contemporâneas.

E por fim no capítulo 3, a pesquisa avança para compreender como o monitoramento eletrônico pode ser instrumento para a redução da dessocialização do apenado e, por via oblíqua, atender ainda à finalidade preventiva da pena.

1 EFEITOS DA EXECUÇÃO DA PENA: RESSOCIALIZAÇÃO E DESSOCIALIZAÇÃO

Aspecto primeiro a ser estabelecido para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico é a delimitação da pena no Brasil; seu conceito, normatização e teorias que a explicam são pressupostos essenciais à pesquisa.

Definido o instituto jurídico da pena, tornar-se-á possível entender como ocorre sua execução e para qual finalidade se dirige, bem como qual é o papel que exerce dentro do sistema de justiça criminal no Brasil.

Após, mas ainda no tema da execução da pena, buscar-se-á definir como o controle da pena é realizado no sistema de justiça criminal brasileiro. As respostas ou observações a esta pergunta levarão ao problema da ineficácia do sistema penitenciário como garantidor da função ressocializadora da pena, que será estudado casuisticamente em breve subcapítulo.

Neste ponto do presente capítulo, a narrativa levará a questão da dessocialização do preso e a como as penas privativas de liberdade contribuem para tal problema social, não obstante a previsão normativa do artigo 1º da Lei de Execuções Penais.

Neste quadro normativo e fático multifacetado, fundamental a busca por formas de repensar a penalização sob novos enfoques, dentre os quais está o viés tecnológico com potencial reformador para sanar o problema da indesejável dessocialização, convertendo-o na ideal ressocialização do preso.

1.1 O CONCEITO DE PENA E SUAS POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS

A sociedade é organizada segundo padrões de comportamento definidos por seus valores culturais e históricos, e que são necessários à manutenção da ordem jurídica e social do Estado. O desvio comportamental do sujeito de direitos é objeto de controle social, e este controle social é exercido por meio das sanções penais.

A pena é uma das espécies de sanção penal, definida como “o mal que impõe o legislador pelo cometimento de um delito” (CONDE, 2001, p. 69), ou ainda como “a perda de um direito imposta pelo Estado em razão da prática de uma infração penal” (JAPIASSÚ *et al*, 2011, p. 326).

Historicamente, o “crime era a agressão a um interesse do indivíduo ou do grupo, e a pena a resposta, o mal infligido ao infrator” (TELES, 2006, p. 2), mas esta resposta por vezes não era proporcional ou justa frente à agressão sofrida; o agredido se tornava o agressor ao transformar sua legítima resposta em cruel vingança. Leciona Ney Moura Teles:

A história da pena é a história da luta contra sua crueldade e severidade. Com a pena nasceu a necessidade de limitá-la. À vingança privada seguiram-se a divina e a pública que, inegavelmente, a limitaram. Às penas corporais, violentas, cruéis, inclusive às de morte, sucederam as privativas de liberdade, hoje, inevitavelmente, consideradas cruéis e que, por isso mesmo, deverão ser substituídas por outras, menos severas, mais humanas. O tempo atual haverá de ser o das penas restritivas de direito e de prestação de serviços à comunidade, compatíveis com o estágio de desenvolvimento cultural hoje vivido. (2006, p. 7).

É com esta acepção da pena, garantista das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que a Constituição da República de 1988 ao instituir direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão, prevê em seu artigo 5º os limites para imposição de penas e as penas que são vedadas¹.

A Carta constitucional também determina a individualização da pena em seu artigo 5º, inciso XLVI², o que significa que a pena não passará da pessoa do condenado e representa “conquista do Iluminismo, que cerceou o arbítrio estatal, com a limitação dos efeitos da punição ao condenado, não atingindo terceiros a ele relacionados, como seus descendentes que, no passado, sofriam, por exemplo, a ‘infâmia do nome’” (JAPIASSÚ *et al*, 2011, p. 326).

A definição da pena, realizada pelo magistrado, resultará na aplicação de uma das modalidades de pena previstas no permissivo constitucional logo acima

¹ Art. 5º (...)

XLVII - 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;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988)

² Art. 5º (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988).

transcrito, e é por tal que estas modalidades estão intrinsecamente relacionadas ao princípio da individualização da pena, que também preceitua:

Todo indivíduo tem o direito de ter a pena a ele aplicada individualmente, consideradas todas as características e condições pessoais, além de se valorar o que efetivamente fez. Ainda que haja concurso de pessoas, não pode haver uma aplicação de sanção idêntica a todos, sob pena de violação daquele princípio. (JAPIASSÚ *et al*, p. 326).

Lecionam os professores Artur Gueiros Souza e Carlos Adriano Japiassú que o rol de penas constitucionalmente proibidas é taxativo e cogente (inciso XLVII), enquanto que o rol de possíveis penas a ser aplicadas (inciso XLVI) é meramente exemplificativo, podendo o legislador ordinário ou mesmo o magistrado, atento às minúcias e particularidades do caso, eleger outra modalidade de aplicação da pena:

A propósito, importa considerar que o rol constitucional de penas admitidas é apenas exemplificativo e as hipóteses indicadas se mostram bastante amplas. Deixa-se, portanto, ao legislador uma boa margem de discricionariedade para introdução de novas espécies ou mesmo reformulação das já existentes. Cite-se, por exemplo, a pena de advertência sobre os efeitos das drogas, prevista no art. 28, I, da Lei no 11.343/2006, que não se amolda a nenhuma das anteriormente apresentadas.

Dessa maneira, tem-se que a eficácia constitucional no âmbito punitivo não está exatamente naquilo que inscreve, mas, sim, no que proscribe. Sendo assim, mais importante do que o inciso XLVI, parece ser o inciso XLVII, no mesmo art. 5º, da CF/1988 (...).

Conforme se observa, as penas proibidas se relacionam com a adoção de conceitos oriundos do período humanizador, em particular pela crítica que se iniciou com a obra de Beccaria e pelo pensamento liberal que se formou em reação às práticas punitivas do Antigo Regime. (JAPIASSÚ *et al*, p. 327).

Como é cediço não se trata de cláusula aberta sem limites. Devem ser observados pelo legislador infraconstitucional e também pelo magistrado, em todo caso, os limites à aplicação da pena fixados na própria Constituição Federal.

Definido o conceito de pena e apresentada a sua conformação constitucional no Brasil, é necessário compreender qual a função da pena dentro do sistema de justiça criminal.

1.2 TEORIAS SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA

As ditas teorias sobre as funções da pena, ou apenas teorias da pena, pretendem explicar qual a sua função, justificativa e finalidade no sistema jurídico, e são “tão antigas quanto a história do direito penal, e têm sido discutidas pela

filosofia, pela doutrina do Estado e pela ciência do direito penal em razão de que sua existência constituiu o fundo de toda a teoria do direito penal” (DA FONSECA, 2012, p. 19).

A existência de diversas teorias da pena é compreensível ante a difícil tarefa de justificar a pena “tendo em vista que o delito provoca diferentes reações em cada grupo de pessoas, ocorrendo, dessa feita, grande subjetivismo no que diz respeito ao assunto” (DA FONSECA, 2012, p. 22), de onde surgem as escolas penais que pretendem, cada qual a sua maneira e método, melhor explicar a aplicação da pena pelo Estado.

Adotar-se-á neste capítulo a doutrina crítica de Cristina Zackseski, Professora Adjunta da Universidade de Brasília – UnB, e também, com igual relevância, a classificação das teorias da pena proposta por Claus Roxin, visto que amplamente citado pela doutrina nacional. Este último assim assevera o porquê da sua construção teórica:

Se o Direito Penal deve servir a proteção subsidiária de bens jurídicos e, desse modo, permitir o livre desenvolvimento do indivíduo, assim como a manutenção de uma ordem social baseada neste princípio, então somente a partir destes compromissos é que se pode determinar quais condutas podem ser adotadas pelo Estado. No entanto, não se está definido, ainda, de que maneira deveria a pena surtir efeito para cumprir com a finalidade do Direito Penal. A esta pergunta responde a teoria sobre a finalidade da pena, a qual, certamente, sempre tem que se referir à finalidade do Direito Penal (algo que muitas vezes não se leva em consideração). (ROXIN, 1997, p. 81, tradução nossa).

Roxin também relembra que a classificação sobre as funções e finalidades da pena já é debatida desde a antiguidade, e está organizada em três interpretações fundamentais que ainda hoje seguem em estudo e se desdobram em outras combinações e variações teóricas possíveis (ROXIN, 1994, p. 81), que serão agora analisadas.

1.2.1 Teoria retributiva ou absoluta

Segundo leciona Roxin, as teorias retributivas da pena pretendem apenas a imposição de um mal a quem, merecidamente, deve ele sofrer em razão de sua culpabilidade (1994, p. 82). Trata-se de uma forma de reequilibrar o sistema de justiça criminal.

Para esta teoria, a pena é uma retribuição compensatória à vítima e a sociedade, e deve corresponder em sua duração e intensidade à gravidade do delito. Não há nenhuma preocupação, segundo a teoria da retribuição, em perseguir algum fim socialmente útil ao se impor a pena ao apenado; apenas retribuição segundo o princípio de Talião (ROXIN, 1994, p 82).

A teoria retributiva também é conhecida como teoria absoluta, já que “para ela a pena é independente, desvinculada de seu efeito social” (ROXIN, 1994, p. 82, tradução nossa), é dizer:

Segundo este esquema retribucionista é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça e nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido com a capacidade de decisão do homem para distinguir o justo do injusto (BITENCOURT, 2011, p. 100).

A teoria da retribuição manteve durante muito tempo uma influência científica predominante, justificada não por sua “dignidade histórica ou plausibilidade teórica, mas principalmente pela fundamentação conferida pela filosofia do idealismo alemão” (ROXIN, 1994, p. 82, tradução nossa), notadamente por seus grandes defensores: Immanuel Kant e Georg Hegel.

O primeiro, Kant, desenvolveu a teoria da retribuição moral baseada em sua metafísica dos costumes, onde as ideias de retribuição e de justiça são leis eternamente válidas e invioláveis, que devem prevalecer sobre as interpretações utilitaristas da pena (ROXIN, 1994, p. 82). Relevante para a construção da teoria da retribuição moral o conceito kantiano de imperativo categórico, utilizado pelo autor para explicar a própria lei penal.

Segundo adverte Bitencourt sobre a teoria kantiana da retribuição moral, a pessoa que não observa os ditames legais não pode ser merecedora do direito de cidadania, tendo, diante disso, o Estado o dever de impor punição a quem violou o ordenamento jurídico, ou seja, havendo a simples transgressão da norma, já se impunha a punição, independentemente desta vir a satisfazer um objetivo, sendo, portanto, um fim em si mesma (2011, p. 120).

Ainda tratando sobre a importância do idealismo alemão para a teoria retributiva, relevante destacar o papel central de Hegel ao desenvolver a dita teoria retributiva jurídica, que matematicamente explica o delito “como negação do Direito e a pena como a negação desta negação” (ROXIN, 1994, p. 83, tradução nossa).

Trata-se a pena, portanto, de uma anulação do ilícito que restabelece a ordem ao sistema jurídico, ao Direito. Zaffaroni esclarece:

A pena, então decorria de uma necessidade lógica, tendo caráter retributivo, porque figurava como sanção decorrente da violação das regras gerais, ou seja, se o delito era a negação do direito, a pena era a negação do delito, de acordo com a regra de que a negação da negação, seria afirmação, a pena viria a ser a afirmação do direito, que viria a se impor por esse meio (ZAFFARONI *et al*, 2002, p. 284).

Outra acepção importante à teoria retributiva foi aquela conferida pelas igrejas até o final do século XIX, notadamente pela Igreja Católica, ao conceberem a “realização da justiça como mandamento de Deus e a imposição da pena como execução substitutiva das funções divinas de julgar” (ROXIN, 1994, p. 83, tradução nossa). Trata-se da teoria da retribuição divina, citada por Roxin e lembrada pela doutrina nacional:

Possuem, portanto, as teorias absolutas fundamento ideológico cuja base de sustentação tem o Estado como verdadeiro guardião da justiça terrena, baseando sua atuação em postulados como o da fé e na capacidade do homem exercer sua autodeterminação havendo, pois, uma filosofia de ordem ética que busca equiparar o poder estatal ao poder divino, objetivando daí retirar sua fundamentação (JESCHECK *apud* DA FONSECA, 2012, p. 24).

Leciona Roxin que o grande mérito da teoria da retribuição para a ciência jurídica reside na imposição de limites ao poder de punir estatal, uma vez que o conceito de retribuição pressupõe proporcionalidade entre crime e pena, evitando-se excessos que ultrapassem o ideal da justiça retributiva descambando para a simples vingança:

O mérito da teoria da retribuição reside em sua capacidade de imposição psicossocial, assim como naquilo em que proporciona uma escala para a gradação da pena. Se a pena deve “corresponder” a uma gradação da culpabilidade, está proibido, em todo caso, punir mediante uma penalização drástica em casos de culpabilidade leve. A ideia da retribuição marca, portanto, um limite ao poder punitivo do Estado e tem, nessa medida, uma função liberal de proteção da liberdade. Certo é que não se pode determinar matematicamente de forma exata qual pena corresponde ao crime apenas como a gradação da culpabilidade; sem dúvida, com a ajuda das regras legais de definição da pena e uma teoria da determinação da pena cientificamente aperfeiçoada, se conseguem critérios para definição da pena de alguma forma calculáveis. (ROXIN, 1994, p. 84, tradução nossa).

Seguindo esta mesma linha, Zaffaroni destaca a importância da limitação “ao poder punitivo do Estado, na medida em que, com seus ideais retributivos,

baseados na lei do Talião, não mais admitiam excessos por parte do detentor do poder de punir, que deveria limitar a punição ao mal praticado” (2002, p. 263).

De outro lado, as críticas à teoria retributiva residem na sua imprestabilidade para proteção dos bens jurídicos e no seu descompromisso com a utilidade social:

Não obstante, a teoria da retribuição já não se pode sustentar hoje cientificamente. Isto porque se, como destacado anteriormente, a finalidade do Direito Penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, então, para o cumprimento desta tarefa, não é permitido utilizar-se de uma pena que se distancie expressamente de seus fins sociais. (ROXIN, 1997, p. 84, tradução nossa).

Assim, o mero reconhecimento da culpa do criminoso e o sentimento de justiça retributiva quando dissociados da utilidade na aplicação da pena tornam a teoria da retribuição criticável em grande medida, uma vez que “a imposição de um mal não pode reparar os danos à sociedade, que, frequentemente, constituem a causa da prática dos delitos, e, portanto, não se apresenta como um meio adequado de luta contra a delinquência” (ROXIN, 1994, p. 84, tradução nossa).

Passa-se a exigir, então, uma justificativa racional e utilitária para a imposição da pena, fundando-a enquanto instituto jurídico, não sendo mais possível que o mal do crime seja simplesmente combatido pelo mal da pena.

1.2.2 Teorias preventivas, utilitárias ou relativas

Roxin ao tratar das teorias preventivas não as menciona por esta expressão, mas sim por suas subclassificações: teoria da prevenção especial e teoria da prevenção geral. Contudo, como a doutrina nacional adota amplamente a classificação que posiciona as subteorias da prevenção – especial e geral – dentro do capítulo dedicado à teoria preventiva, esta orientação será seguida neste estudo por fins metodológicos.

Desse modo, por teorias preventivas da pena se compreendem aquelas que pretendem “prevenir que o fato ilícito venha a ocorrer, não havendo que se falar em punição pelo só fato de ter o agente delinqüido, mas sim como forma de evitar que isso venha a ocorrer” (BITENCOURT, 2011, p. 132).

A pena criminal se orienta para o futuro, pretendendo evitar o novo cometimento de crimes seja pelo agente que já delinqüiu, seja pela sociedade em

geral que, porventura, possa cogitar a possibilidade de delinquir. Da Fonseca esclarece:

Há, pois, nas teorias relativas nítido fim de evitar o cometimento de novos crimes, seja pelo próprio agente, seja pelos integrantes da sociedade, orientando-se a pena para o futuro, sancionando-se o agente não porque cometeu um delito, mas para evitar que novos delitos sejam praticados na sociedade que deveria ser protegida, preservando-se a convivência harmônica entre seus membros. (2012, p. 32).

Desse modo, a teoria da prevenção é subdividida em geral ou especial, conforme o agente que seja objeto de sua função preventiva.

1.2.2.1 Teoria da prevenção especial

A prevenção especial é a teoria que explica e fundamenta a ressocialização do preso. Dirige-se particularmente ao delinquente, daí a sua especialidade, e visa reeducá-lo para que se integre novamente ao convívio social. Da Fonseca pontua:

Vê-se que a pena se dirige diretamente ao sentenciado, não levando em conta os demais integrantes da sociedade. Assim, o condenado, individualmente, uma vez punido, teria condições de, em face da pena, não mais praticar crimes, tendo a oportunidade de ser corrigido por conta da aplicação da sanção (2012, p. 37).

A teoria da prevenção especial está “em posição diametralmente oposta a teoria da retribuição, uma vez que sua construção consiste unicamente em fazer o autor desistir dos futuros delitos” (ROXIN, 1994, p. 85). Esta construção sintetiza frase supostamente dita por Platão e citada por Sêneca, em tradução livre: “Nenhum homem sensato castiga porque se pecou, mas sim para que não se peque novamente” (ROXIN, 1994, p. 85).

O maior expoente da presente teoria foi Franz Von Liszt, para quem a prevenção especial pode se dar de três formas: garantindo a segurança da comunidade prendendo os delinquentes; intimidando-se o criminoso com a pena para que não mais cometesse delitos; e, por fim, evitando-se a reincidência por meio da correção do criminoso (DA FONSECA, 2012, p. 38). Novamente utilizando das lições de Roxin ao se referir a Liszt:

Seu porta-voz foi Franz v. Liszt (1851-1919), o político criminal alemão mais importante. Segundo sua concepção, a prevenção especial pode atuar de

três formas: **protegendo** a comunidade frente aos delinquentes, mediante o encarceramento deles; **intimidando** ao autor do crime, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-o da reincidência mediante sua **correção**. (1994, p. 86, tradução nossa).

Segurança, intimidação e correção foram os postulados utilizados por Liszt ao propor o seu Programa de Marburgo, onde apresentou métodos de ressocialização diferenciados conforme o tipo do delinquente, classificados por ele como: delinquente habitual, para quem não haveria solução e a única solução seria sua retirada do convívio social, e delinquente ocasional que deve ser intimidado e corrigido:

Liszt, em seu Programa de Marburgo (1882), que foi fundamental para seu trabalho posterior, expunha um tratamento dos delinquentes diferenciado segundo o tipo de criminoso: a **incapacitação** do delinquente habitual a qual não se pode conseguir que desista nem que melhore seu comportamento, a **intimidação** do mero delinquente ocasional e a **correção** do criminoso corrigível.

Sobre a terceira das possibilidades de influência preventiva especial, a correção, que em linguagem técnica se denomina ressocialização ou socialização, tem desempenhado um papel significativo. (1994, p. 86, tradução nossa).

Em razão do duplo enfoque da teoria especial, preocupada tanto com a ressocialização do preso como com a proteção da sociedade, a doutrina subclassifica-a em duas teorias menores: a teoria preventiva especial positiva e a teoria preventiva especial negativa. A respeito desta última teoria, Da Fonseca esclarece:

Teria a prevenção especial negativa caráter inocuidador, que pode se revestir de caráter temporal ou definitivo, sendo temporal quando a sanção apenas retirasse o agente durante um determinado período de tempo do convívio social, como se dá, por exemplo, com as penas privativas de liberdade, e definitiva quando buscar a destruição do agente ou sua segregação perene, a exemplo do que se dá com a pena de morte e a prisão perpétua. (ESPINAR *apud* DA FONSECA, 2012, p. 40).

Assim, a acepção negativa da teoria preventiva especial demonstra preocupação com a proteção social, mediante a retirada do meio social daquele delinquente enquanto permanecer sua periculosidade. Trata-se da “neutralização ou intimidação do criminoso” (ZACKESKI, 2000, p. 5), que deve ser eliminado do convívio social.

Reconhecendo sua necessária aplicação em situações tão raras quanto específicas, Zackseski pontua três críticas à prevenção especial negativa: o baixo

percentual de infratores neutralizados, a seletividade do sistema de justiça criminal que dirige sua atuação aos segmentos mais frágeis da sociedade, e, por fim, a sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana (2000, p. 6).

A seu turno, a teoria preventiva especial positiva propõe a função ressocializadora da pena com vistas a evitar a reincidência, o que se daria por meio de “um tratamento individualizado cientificamente, o qual faria do autor uma pessoa com intenção e capacidade de viver respeitando as normas penais” (DA FONSECA, 2012, p. 40). Zackseski a conceitua como “a ressocialização daqueles que já infringiram a lei penal” (2000, p. 3), e acresce que embora o seu foco esteja na figura do criminoso, sua abordagem da pena é como meio de defesa social:

A prevenção especial positiva, ou a ressocialização daqueles que já infringiram a lei penal, foi desenvolvida a partir da Escola Positiva italiana, centrando, portanto, sua abordagem na figura do criminoso, tendo a pena como meio de defesa social. Assim concebida ela perde, pois, seu significado retributivo, pois sua finalidade seria a correção do condenado, habilitando-o para a vida em sociedade. (ZACKSESKI, 2000, p. 3).

A prevenção especial positiva assume especial importância, tal como a sua precursora Escola Positiva italiana, é vista como “o marco inicial de consolidação do seu “paradigma etiológico”, onde a criminologia é vista como o estudo das causas da criminalidade” (ZACKSESKI, 2000, p. 4), e de onde emanou a ideia estigmatizante “de que o delinquente é um ser antropologicamente inferior, mais ou menos desviado ou degenerado e que o problema da pena equivale, portanto, ao das defesas mais adequadas da sociedade frente ao perigo que representa” (FERRAJOLI *apud* ZACKSESKI, 2000, p. 4).

Nesse aspecto estigmatizado é justamente onde residem as suas críticas, que a consideram como uma “hipótese refutada, pois as intervenções penais estigmatizantes produzem efeitos contrários ao da ressocialização daqueles a elas submetidos, não significando uma diminuição das infrações” (ZACKSESKI, 2000, p.5).

Concluindo, é possível afirmar que o grande mérito da teoria da prevenção especial reside nela adotar o princípio da ressocialização, atribuindo a pena função socialmente útil. Contudo, a teoria da prevenção especial não está isenta de críticas gerais, dentre as quais pontua Roxin como a mais relevante a ausência de uma escala, ou gradação, para a pena, que em tese deve persistir até a efetiva ressocialização do condenado:

Seu defeito mais grave consiste provavelmente em que, ao contrário da teoria da retribuição, não proporciona uma escala para se dosar a pena. Esta escala consistiria, em atenção a suas consequências, em reter o condenado pelo tempo necessário até que esteja ressocializado.

Isto levaria a introdução de uma possível condenação com pena de duração indeterminada, e, também, conforme o caso, a que um delito de pouca importância se possa aplicar uma pena privativa de liberdade de muitos anos, supondo-se como causa criminosa uma profunda alteração de personalidade que dificulte a ressocialização.

(...)

Limitaram a liberdade do indivíduo mais radicalmente do que se pode desejar ou permitir em um Estado liberal de Direito. (1997, p. 88, tradução nossa).

Da Fonseca relata ainda outras críticas gerais à teoria da prevenção especial, como a realizada por Marcus Alan de Melo Gomes ao advertir para a instrumentalização e desumanização do ser humano, tratado como objeto para se atingir uma finalidade social, ou ainda a crítica de Santiago Mir Puig, que questiona a dessocialização de delinquentes em determinados crimes, notadamente aqueles de “colarinho branco”, o que poria em dúvida a própria necessidade da pena (1999, p. 41).

1.2.2.2 Teoria da prevenção geral

Diversamente da prevenção especial, a função da pena segundo a prevenção geral é intimidar a sociedade, genérica e amplamente considerada, de forma a evitar a violação da norma penal. É dizer, a teoria da prevenção geral:

não vê o fim da pena na retribuição nem em sua influência sobre o autor, e sim a sua influência da pena sobre a comunidade que, mediante as ameaças penais e a execução da pena, deve ser instruída sobre as proibições legais e se afastada de sua violação.

Também aqui se trata, portanto, de uma teoria que pretende a prevenção de delitos (desse modo também preventiva e relativa), e como consequência da qual a pena deve, sem ressalva, atuar não especialmente sobre o condenado, mas sim genericamente sobre toda a comunidade. Por essa razão, fala-se de uma teoria da prevenção geral. (ROXIN, 1994, p. 89, tradução nossa).

Dentre seus maiores precursores está Paul Johann Anselm Von Feuerbach, considerado o fundador da moderna ciência penal do Direito Alemão, segundo relato de Roxin, que destaca a correlação entre a teoria psicológica da coação e a teoria da prevenção geral (1994, p. 89). Discuti a teoria de Feuerbach que o delincente tem um desejo criminoso, um desejo de ofender a lei penal.

Para rechaçar a vontade criminosa apresentada por Feuerbach, a teoria da prevenção geral intimida toda a sociedade, e não apenas um indivíduo, a cumprir a norma penal; se trata de doutrina que “ao querer prevenir o delito mediante as normas penais, constitui-se fundamentalmente em uma teoria da ameaça penal” (ROXIN, 1994, p. 90, tradução livre). Trata-se, desse modo, de uma teoria da ameaça penal³.

Divide-se, tal como a prevenção especial, em positiva e negativa.

A prevenção geral negativa pretende, por meio da aplicação da pena, intimidar a sociedade como um todo, desmotivando a prática de crimes pela certeza da punição. Zackseski destaca que a ideia central desta teoria gravita em torno da “intimidação pela cominação da pena em abstrato, criando uma contramotivação aos comportamentos ilegais, ou simplesmente a dissuasão dos infratores potenciais” (2000, p. 2) e sua “unidade ideológica fundava-se no poder de punir, limitado pela liberdade individual” (ZACKSESKI, 2000, p. 3).

Segundo a Professora da Universidade de Brasília, a teoria da prevenção geral negativa simboliza o confronto entre dois rivais, o Estado e o infrator, onde este último se vê obrigado a se submeter à força do Direito, vitoriosa (ZACKSESKI, 2000, p. 3):

Na prevenção geral negativa, portanto, a ênfase não recai sobre o infrator em si, mas conta com o efeito dissuasor da ameaça da pena ou com o espetáculo de sua aplicação, atingindo psicologicamente aqueles que estariam inclinados a transgredir as leis, não as tendo introjetado suficiente e espontaneamente. (2000, p. 3).

Importante a correlação entre a adequada execução da pena e a prevenção geral negativa. Isto porque não basta a mera previsão em tese da pena, mas também é necessária a sua efetiva execução para demonstrar à sociedade a eficiência do poder punitivo do Estado (ROXIN, 1994, p. 91).

³ Trata-se da aplicação da teoria psicológica da coação de Feuerbach, assim explicada: “O aspecto negativo se pode descrever como “o conceito da intimidação dos outros que correm o perigo de cometer delitos semelhantes”. Aqui se trata do ponto de vista acentuado por Feuerbach. Certamente existe hoje unanimidade acerca de que uma parte das pessoas com tendência a criminalidade ao cometerem algum ilícito, o fazem com tanta consciência que a elas não se pode “intimidar”, e que a estas mesmas pessoas tampouco é possível intimidar pela dimensão da pena com que se ameaça; a estas pessoas é sim possível intimidar apenas pelo risco de serem presas. Político-sociologicamente, conclui-se que não há eficácia no agravamento das ameaças penais, como se exige uma e outra vez a opinião pública, mas sim na intensificação da persecução penal, que pode ter melhor êxito quanto à prevenção geral.” (ROXIN, 1994, p. 91, tradução nossa).

Zackseski crítica a teoria preventiva geral negativa sob o argumento de que ela “não é empiricamente verificável” (2000, p. 3)

A efetiva execução da pena também é a proposta teórica da prevenção geral positiva, definida como “a busca pela conservação e o reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico” (ROXIN, 1994, p. 91). Trata-se de atribuir e demonstrar à sociedade a inviolabilidade da norma jurídica, advertindo a todos que o seu descumprimento importa em adequada punição; em outras letras:

A prevenção geral positiva, por sua vez, insiste claramente na afirmação simbólica da validade das normas, no que esta afirmação favoreceria o processo de integração social em torno delas, e restabeleceria a confiança institucional quebrada pela percepção do desvio. (ZACKSESKI, 2000, p. 6).

Durkheim seria o grande expoente da prevenção geral positiva, uma vez que para “o sociólogo francês, o delito é um fenômeno normal da sociedade, exceto quando são ultrapassados certos limites e, portanto, faz parte da fisiologia social” (ZACKSESKI, 2000, p. 6). A pena, portanto, teria a função de manter a solidariedade social:

Portanto, para Durkheim, “a pena mantém a solidariedade social e cumpre com o objetivo da defesa social: proteger a sociedade mediante a expiação da culpa”. A funcionalidade da pena, neste modelo preventivo, dirige-se principalmente aos cidadãos respeitosos à lei, que Eugênio Raul Zaffaroni chama de “multidão anônima”. (ZACKSESKI, 2000, p. 6).

Não isenta de críticas, a teoria preventiva geral positiva é questionada pelo uso do apenado como “mero instrumento de coerção social, e não o fim da execução penal, violando, portanto, sua dignidade” (DA FONSECA, 2012, p. 37). Também é objeto de crítica formulada por Zackseski, para quem “a confirmação possível dessa teoria, portanto, é apenas simbólica e não empírica, uma vez que não depende da quantidade de infrações das normas legais ou de sua redução” (2000, p. 6).

1.2.3 Teorias mistas ou unificadoras

As teorias mistas ou unificadoras são todas aquelas que pretendam superar ou conciliar os pontos críticos e os méritos das teorias clássicas sobre a função da pena, ou seja, “consistem em uma combinação das concepções até

agora, já que consideram a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral como fins da pena que se almejam simultaneamente (ROXIN, 1994, p. 93).

O estudo de uma teoria mista da função da pena remonta necessariamente a abordagem do direito brasileiro, porquanto ser esta a opção teórica adotada pelo Código Penal em seu art. 59, *caput*, ao prescrever os critérios gerais de individualização da pena:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

O dispositivo ao indicar a culpabilidade como critério limitador da pena e a reprovação como finalidade da pena – o substantivo “reprovação” é usado expressamente pela norma – está adotando a teoria retributiva. Ao usar, também expressamente, a expressão “prevenção do crime”, o Código Penal está aderindo à teoria da prevenção.

A opção do legislador brasileiro é acertada na medida em que “nem a teoria da retribuição nem nenhuma das teorias preventivas podem determinar, apenas por si só, o conteúdo e os limites da pena” (ROXIN, 1994, p. 94).

Em 1993 ao julgar *habeas corpus* envolvendo o caso Bateau Mouche (HC 70.362/RJ), o egrégio Supremo Tribunal Federal definiu importante interpretação sobre a teoria mista no Brasil. Utilizando-se as lições de Claus Roxin, nesta pesquisa exaustivamente citado, a Corte Constitucional brasileira definiu que:

60. Aqui, sim, parece-me pertinente a invocação do Lúcido Claus Roxin (Sentido e Limites da Pena Estatal, de 1966, em Problemas Fundamentais de Direito Penal, trad., Veja, Lisboa, p. 15/47).

61. Na vigorosa fundamentação de sua “teoria unificadora dialética” dos fins da pena, nota Roxin (ob. loc. cit., p. 32), que a eficácia do direito penal se desdobra em três etapas, “as quais em conjunto e apenas em conjunto”, aduz o mestre de Munique, “esgotam o sentido e a missão do direito penal”

62. O que mais interessa ressaltar aqui, porém, é que – embora a culpabilidade persista em todas elas como limite intransponível na medida da pena –, na sucessão das três etapas – a da cominação legal, a da aplicação e graduação judiciais e da execução da pena –, varia o peso relativo com o qual a culpa há de combinar-se com os imperativos da prevenção geral e da prevenção especial para lastrear as decisões correspondentes.

63. Assim, se é a prevenção geral que domina a **cominação legal da pena em abstrato** e igualmente **demarca os limites possíveis** de sua individualização, no momento da **aplicação judicial**, é patente que, aplicada a pena na sentença, ganha peso dominante a ponderação dos interesses da prevenção especial, já na verificação da conversibilidade da

pena corporal de curta duração em sanções substitutivas, já, não sendo o caso de substituição, no momento final do processo de concretização da norma penal, que é o da definição do regime executivo da privação de liberdade.

64. Desse modo – ainda que, como insiste Roxin, persista a culpabilidade como limite, não apenas da cominação abstrata, mas também dos momentos subsequentes de individualização da pena –, nesses últimos, já não será ele bastante, por si só, quer para dimensionar a pena a aplicar, quer, sobretudo, para a determinação do regime de cumprimento, no qual – mesmo que aí possa eliminar completamente o ponto de partida da prevenção geral (Roxin, ob. loc. cit., p. 41) – hão de ter papel de relevo dominante os critérios ditados pela prevenção especial, pela função ressocializadora da execução penal, entre os quais relevam os atinentes à personalidade e à conduta social pretérita do condenado, sobre os quais nada se disse.

(...).

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1993).

Portanto, a partir do acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, é possível concluir que a teoria mista da função da pena adotada no Brasil dá prevalência à finalidade de prevenção geral quando da definição da cominação legal abstrata por meio do processo legislativo; à finalidade retributiva, escorada em critérios de Justiça, quando da aplicação judicial da pena; e, por fim, à prevenção especial positiva na etapa de execução da pena.

1.3 CONTROLE PENAL E A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

Não pretende e nem poderia o presente estudo apresentar com profundidade a crítica teórica ao Direito Penal, o que inclusive fugiria ao objeto de pesquisa. Contudo, é essencial esboçar objetivamente a crítica ao sistema de justiça criminal contemporâneo, o que explica, em última medida, o insucesso das políticas de controle penal baseadas na restrição à liberdade e dissociadas da ressocialização do preso.

Feitas estas considerações metodológicas, “o que se verifica concretamente é que a pena privativa de liberdade desde a sua concepção teve como único fim a contenção das massas improdutivas ou aquelas à margem do sistema econômico” (TEIXEIRA, 2012, p. 89). É a construção do inimigo, que se “sustenta na exclusão social por via do cárcere e pelo etiquetamento das camadas vulneráveis no cenário urbano” (TEIXEIRA, 2012, p. 83).

Esse controle exercido pela pena criminal é uma resposta do Estado ao crime sem considerar suas causas primeiras, e ilustram a preocupação do sistema de justiça criminal em reprimir o crime, oferecendo respostas eficientes à sociedade

não marginalizada, sem contudo se preocupar com a ressocialização do apenado. Trata-se do controle penal atual, preocupado apenas com a repressão e não com o apenado “coisificado”, etiquetado; Daniela Felix Teixeira sintetiza:

O que se verifica, no plano concreto das políticas de controle penal, como a fórmula de solução ao problema do crime e do criminoso, sem, contudo, atingir as causas da criminalidade e, tampouco, se chegar ao questionamento dos movimentos de criminalização das condutas pelas leis penais. (2012, p. 83).

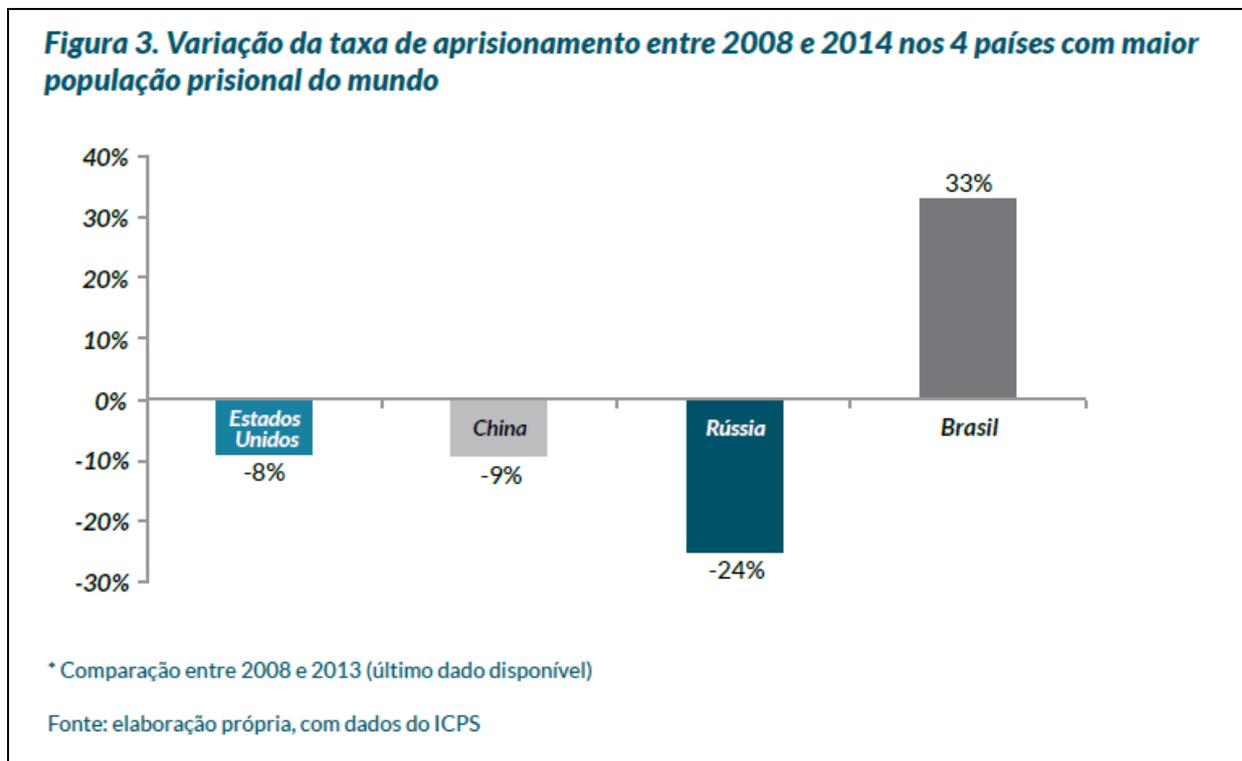
Zaffaroni adverte que um dos efeitos perigosos do controle penal atuarial é o autoritarismo que legitima práticas arbitrárias, onde o direito penal admite a “periculosidade presumida, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada” (*apud* TEIXEIRA, 2012, p. 87). Vera Andrade elucida o funcionamento do discurso de controle penal legitimado no sistema de justiça criminal:

O discurso oficial de “Lei e Ordem” proclama, desta forma, que, se o sistema não funciona, o que equivale a argumentar, se não combate eficientemente a criminalidade, é porque não é suficientemente repressivo. É necessário, portanto, manda a “Lei e Ordem”, em duas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários. É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitiva, fechar cada vez mais a prisão e suprimir cada vez mais as leis penais e processuais básicas, rasgando, cotidianamente, a Constituição e o ideal republicano. De última, a prisão retorna à *prima ratio*. (*apud* TEIXEIRA, 2012, p. 83).

Esse modelo de controle penal que rege o sistema de justiça criminal brasileiro, pautado no encarceramento do “inimigo”, está estrangulado pelo “déficit de vagas no sistema, que será sempre maior do que a população de criminosos que precisam (re)ingressar no regime de aprisionamento” (TEIXEIRA, 2012, p. 89). Segundo dados da International Centre for Prison Studies (ICPS) referentes ao ano de 2012, o Brasil ocupa a quarta posição global em relação ao número total de pessoas encarceradas, “permanecendo atrás apenas dos Estados Unidos da América (2,26 milhões presos), da China (1,64 milhões presos) e da Rússia (717 mil presos)” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 2).

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen datadas de Junho de 2014, entre os quatro já citados países que possuem as maiores populações carcerárias do mundo, o Brasil é o que apresenta a maior taxa de crescimento percentual da taxa de aprisionamento registrada entre os anos

de 2008 e 2014. E não bastasse, o Brasil é o único dentre estes quatro maiores países que possui seus percentuais de aprisionamento em trajetória ascendente assim ilustrada (BRASIL, 2014, p. 14):



No cenário nacional, comparando-se apenas os dados internos de evolução da população prisional no Brasil, é possível observar um crescimento na ordem de 575% (quinhentos e setenta e cinco por cento) entre os anos de 1990 e 2014, e de 161% (cento e sessenta e um por cento) entre os anos de 2000 e 2014, “valor este dez vezes maior que o crescimento total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período” (BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2014, p. 15). Graficamente este cenário de evolução da população carcerária é assim ilustrado:

3.2. POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA¹³

Figura 4. Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

O crescimento exponencial da população carcerária reflete no déficit de vagas no sistema penitenciário, agravado entre os anos de 2000 e 2014. Este cenário é ilustrado pelo gráfico a seguir, onde é possível observar que não obstante o número de vagas disponibilizadas no sistema prisional ter praticamente triplicado no período em referência, o déficit de vagas mais do que dobrou (BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2014, p. 23):

Figura 12. Evolução histórica da população prisional, das vagas e do déficit de vagas



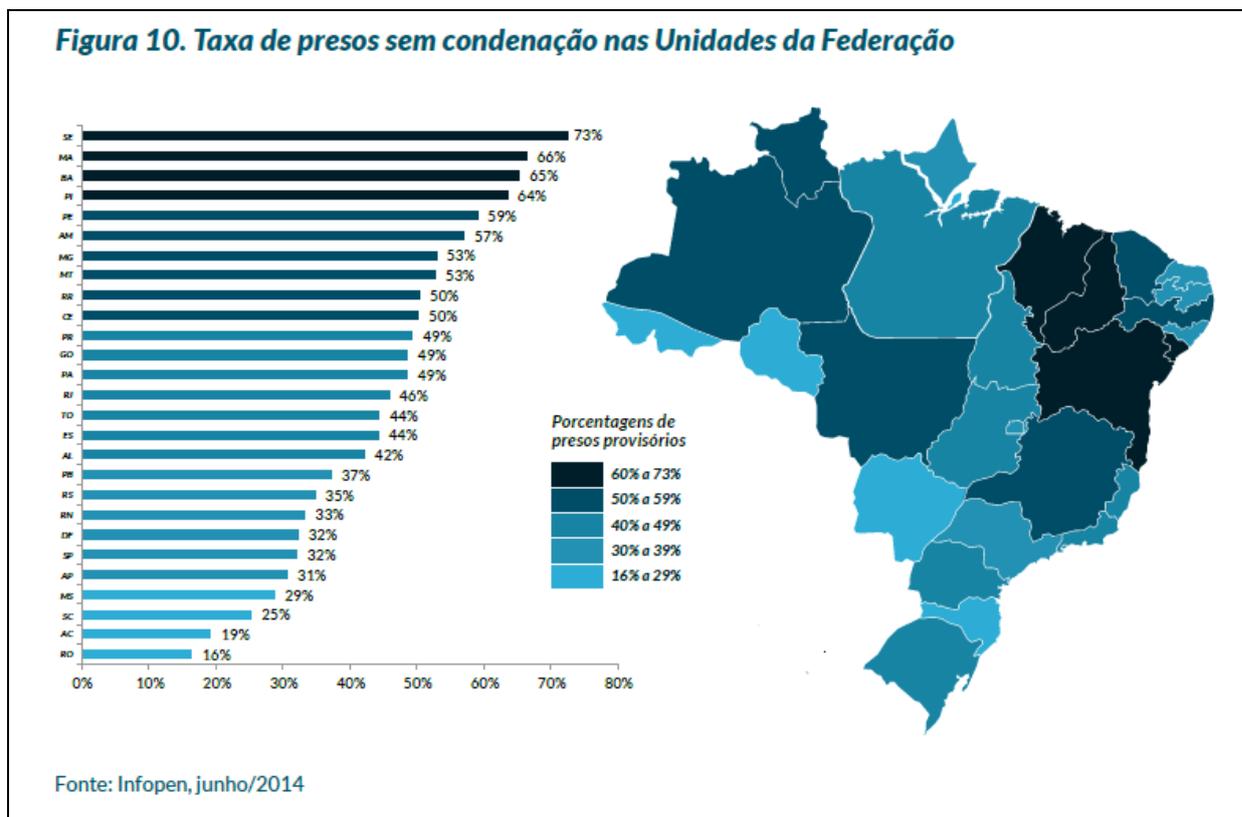
Fonte: Infopen

Outro dado de notável relevo para a crise do sistema de justiça criminal envolve o aumento da população carcerária presa cautelarmente, sem decisão condenatória. Segundo Azevedo e Souza:

Um dos principais fatores que contribuem para esse aumento da população carcerária consiste na ampliação da utilização da prisão cautelar, que vem sendo incorporada no funcionamento do processo com cada vez mais frequência. Diante da (cediça) dificuldade de oferecer à sociedade uma resposta instantânea aos delitos praticados, bem como assegurar que os direitos e garantias fundamentais do acusado e as etapas do processo penal sejam devidamente respeitadas, a solução encontrada passa a ser o recolhimento cautelar dos suspeitos à prisão (sem condenação criminal transitada em julgado), visando puni-los imediatamente. Tal lógica punitiva fomenta o crescimento do número de presos provisórios no país, chegando a proporções cada vez maiores.

A evolução do número de presos (sobretudo provisórios) nos últimos anos vem a corroborar a gravidade da questão prisional. (2014, p. 2).

A taxa percentual de presos provisórios em junho de 2014 também foi objeto do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, que atestou que no Brasil cerca de 41% (quarenta e um por cento) das pessoas privadas de liberdade são presos provisórios, dentre os quais 60% (sessenta por cento) estão custodiados há mais de noventa dias (2014, p. 21). Graficamente, esse cenário é assim ilustrado:



Esta realidade exige a criação de novos mecanismos de controle penal atentos, inclusive, à ressocialização do apenado como instrumento de sua retirada – não reincidência – do sistema punitivo de justiça criminal.

1.4 A INEFICÁCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO COMO GARANTIDOR DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA

O controle penal e o sistema de justiça criminal no Brasil levam ao crescente encarceramento da população marginalizada, como se observou no capítulo anterior. A partir desta constatação a pergunta que surge é: a prisão tem atendido às funções da pena segundo a teoria mista adotada no Brasil? Azevedo e Souza responde à questão:

Dizer, nos dias de hoje, que a pena de prisão e o cárcere não recuperam ninguém é dizer o óbvio: é repisar naquilo que todos sabem, mas que ninguém quer ver e assumir. Afirmar que a ressocialização não passa de um mito e/ou que o sistema penitenciário está falido é, igualmente, trazer à tona o inegável. (2014, p. 1).

O pessimismo realista de Azevedo e Souza é reflexo do reiterado descumprimento da Lei de Execuções Penais, o que, segundo o autor, “não apenas contribui para o aumento da população carcerária, como também transforma a vida prisional num ambiente degradante e promíscuo, notadamente nos grandes presídios fechados” (2014, p. 5).

Com semelhante leitura do problema, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo reconhece que o Estado ao executar a pena não consegue atingir a sua finalidade nem preventiva nem tampouco retributiva:

Em verdade existe um histórico descaso do Estado no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais, o que impossibilita a satisfação dos fins a que se destina o cárcere, além de inviabilizar a garantia da segurança na sociedade como um todo.

O sistema carcerário brasileiro está longe de ser um meio de contenção do fenômeno delitivo, tornando-se, ao contrário, cada vez mais um dos maiores propulsores do aumento da violência e da criminalidade. (*apud* AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 6).

Dentre os efeitos negativos decorrentes do encarceramento está o processo de *desculturação*, que “consiste na desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 11), e, portanto:

há uma redução de sua [do preso] força de vontade e a noção de autorresponsabilidade, do ponto de vista econômico e social, é absolutamente acometida. O senso de realidade do preso é igualmente afetado, pois passa a formar uma imagem ilusória do mundo externo, distanciando-se progressivamente dos valores, ideais e modelos de

comportamento intrínsecos da sociedade exterior (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 12).

Como decorrência da *desculturação* há outro importante efeito negativo do encarceramento: a *prisionização*, que consiste na “assimilação dos padrões e valores impostos pela subcultura penitenciária, notadamente pelos criminosos empedernidos” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 13).

Estes dois processos decorrentes do cárcere, a *desculturação* e a *prisionização*, ao revés de ressocializar o preso, tornam-no ainda mais dessocializado. Significa dizer que “dentro do estabelecimento prisional, o detento mais desenvolverá a tendência criminosa do que a mitigará” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 14).

Um terceiro efeito negativo do encarceramento decorre daqueles dois primeiros, e é chamado de *estigmatização*. Azevedo e Souza assim o explica:

Com a personalidade desorganizada pelo processo de prisionização, o egresso enfrentará dificuldades para se ajustar ao meio social, iniciando um importante luta: a da convivência em sociedade.

Ao contrário do que esperado, no entanto, o egresso se depara com a maioria das portas fechadas: a sociedade simplesmente não lhe dá oportunidades, vendo-o como um ser merecedor de repugnância. A constante rejeição alimentará no egresso um ressentimento em relação ao meio social, o que o incentivará a buscar pessoas que compartilhem das mesmas dificuldades – um grupo de iguais –, fomentando a consolidação de subculturas condenadas pela sociedade.

Assim, se a possibilidade de reintegração social revela-se, de um lado, praticamente nula, o retorno ao mundo do crime, por outro, mostra-se evidente (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 17).

Estigmatizado, o apenado é classificado pela sociedade como um indivíduo perigoso, de última categoria e, portanto, um inimigo que ameaça a sociedade.

Alessandro Baratta adverte para a imprestabilidade do cárcere para a plena realização as funções da pena, notadamente a ressocialização do apenado. Em didática assertiva, o caráter improdutivo da pena de prisão:

Em demonstração dos efeitos marginalizadores da prisão, e da impossibilidade estrutural da instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção social que a ideologia penal lhe assegura, concorrem a observação histórica (que demonstra o substancial fracasso de todo trabalho de reforma da instituição para obtenção do objetivo declarado) e uma vastíssima literatura sociológica amplamente baseada na pesquisa empírica. (BARATTA, 2004, p. 175, tradução nossa).

Por estas razões que a “prisão se mostra completamente inconcebível como principal modalidade de punição, pois os efeitos que produz no indivíduo encarcerado são absolutamente contrários aos fins a que se destina” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 7).

1.5 A CRISE DA PREVENÇÃO GERAL E A NOVA TEORIA PREVENTIVA DA PENA

Inicialmente convém ressaltar que a teoria da nova prevenção que será estudada neste capítulo não é aplicável diretamente ao instituto jurídico objeto deste estudo monográfico, qual seja: o monitoramento eletrônico. Isto porque a nova prevenção pressupõe um momento pré-penal, anterior ao crime portanto, o que não ocorre quando o monitoramento eletrônico é utilizado já na fase penal e posterior ao crime.

Não obstante esta ressalva, a teoria da nova prevenção é aqui apresentada e articulada por se inserir em um momento de releitura e revisão do próprio sistema de justiça criminal, exaustivamente repensado pela mais abalizada doutrina, e nisto se assemelha ao monitoramento eletrônico, que também se presta a ressocialização e a não reincidência do delinquente.

Feita esta introdução, Zackseski pontua que o sistema de justiça criminal, do modo como está estruturado, dirige sua atenção a uma parte mínima da violência da sociedade, e que sua atuação é restrita a determinados delitos e delinquentes com determinação estereótipo social, estando o sistema apto a dar apenas uma resposta penal simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana.” (2000, p. 1).

Essa crise no sistema de justiça criminal, segundo Alessandro Baratta, é problematizada pela atual inadequação do sistema de justiça criminal em razão da imprestabilidade da pena para atender as funções de prevenção do crime, ou seja:

O sistema de justiça criminal apresenta-se inadequado em relação a suas funções declaradas. Quer dizer que a pena como instrumento principal deste sistema está falida no que diz respeito a suas funções de prevenção da criminalidade. (BARATTA, *apud* ZACKSESKI, 2000, p. 1).

A falência da pena a que se refere Baratta reside na sua característica de reprodução da violência para compensar violência anterior, o que lhe atribui “função

de reprodução da violência estrutural, garantindo a desigualdade nas relações de poder e propriedade” (ZACKSESKI, 2000, p. 2).

Esta aplicação da pena a assemelha a arcaica vingança, de natureza puramente retributiva, e a dissocia de suas funções preventivas, não obstante em teoria, a pena ainda as mantenha. A separação entre a realidade meramente retributiva da pena e a sua teoria que apregoa funções preventivas, é o cerne da crise do sistema criminal; trata-se de disfuncionalidade do sistema:

Para compreendermos melhor a (dis)funcionalidade desse sistema, descrita nos últimos vinte anos pela Criminologia Crítica, é preciso que se proceda à análise das teorias da pena, que se baseiam na promessa de cumprimento da função instrumental da defesa social e do controle efetivo da criminalidade. Nessas teorias são propostas funções inalcançáveis (prevenção geral negativa e prevenção especial positiva) e outras impróprias à persecução dos fins preventivos (prevenção especial negativa e prevenção geral positiva). (ZACKSESKI, 2000, p. 2).

É assim que a pena no sistema de justiça contemporâneo assume papel simbólico ao não alcançar as suas funções preventivas, meramente declaradas mas não instrumentalizadas. Esta discrepância está no cerne da análise crítica dos modelos preventivos realizada por Zackseski:

Diante de tais considerações sobre os diversos modelos preventivos, convém acrescentar que o sistema de justiça criminal atua de forma fragmentária na defesa dos interesses individuais e gerais, pois a definição de criminalidade é construída a partir de algumas partes da negatividade social, enquanto comportamentos semelhantes são ignorados ou permitidos. Observa-se também a seletividade dos mecanismos repressivos no que se refere ao recrutamento da própria clientela, onde as sanções penais estigmatizadoras, principalmente aquelas de encarceramento, acentuam a reprodução e produção das desigualdades sociais. Estas últimas não se referem apenas às distribuições das etiquetas criminais, mas nelas estão compreendidos os meios de tutela dos bens jurídicos, onde desigualdade significa também o tipo de resposta obtido na resolução dos mesmos conflitos. (ZACKSESKI, 2000, p. 7).

Neste quadro, surge a necessidade de um novo paradigma teórico que assegure à pena a sua efetiva função preventiva, e com este desígnio surge a denominação “Nova Prevenção” a partir da expressão francesa “Nouvelle Prévention”. Utilizando-se das lições de Fritz Sack, a Professora Zacksaski esclarece a origem do termo e também o seu conceito básico:

A língua francesa, segundo Fritz Sack, efetua uma distinção, oportuna para o esclarecimento dessa nova concepção, entre os termos dissuasão e prevenção. O primeiro denota os efeitos desejados ou empíricos do sistema penal e o segundo refere-se à órbita externa ao Direito Penal, no sentido de

prevenir o crime. Essa distinção demonstra claramente que após o ingresso na órbita penal a prevenção fica descaracterizada como tal. A nova prevenção desloca, assim, o enfoque preventivo do momento posterior à infração para um momento anterior à mesma, de forma não-penal. (ZACKSESKI, 2000, p. 8).

Desse modo a teoria da nova prevenção diferencia a esfera penal, onde não há prevenção, de seu exterior não-penal onde reside o efetivo caráter preventivo do sistema de justiça criminal. O âmbito penal por sua natureza já pressupõe o cometimento do ato criminoso, o que desnaturaria qualquer medida preventiva nesta fase posterior ao ilícito. Por sua vez e do contrário, o momento anterior ao crime é o tempo adequado para prevenir a sua realização.

A preocupação da teoria da nova prevenção está em assegurar maior eficácia do sistema de justiça criminal, visando assim a tutela adequada do bem jurídico em vias de violação, e não apenas a sua tipificação à norma e punição do autor.

Em sua concepção original, a “nova prevenção e a organização de um discurso preventivo internacional foi influenciada, a princípio, por algumas experiências realizadas nos Estados Unidos e na Grã Bretanha, tendo se desenvolvido nos anos oitenta na França e no Canadá” (ZACKSESKI, 2000, p. 10), e desse modo:

Na origem dessa concepção preventiva podemos observar, então, dois modelos distintos. O primeiro, anglo-saxão e escandinavo, surge com a iniciativa dos próprios órgãos de polícia e do Ministério do Interior. O segundo, conhecido como modelo francês, é de iniciativa das comunidades locais e das organizações municipais ou prefeituras. (ZACKSESKI, 2000, p. 10).

Contudo, ambos os modelos apresentam os mesmos fatores para o seu desenvolvimento. Segundo Zackseski: o primeiro fator é “a forte competição política, onde a reafirmação da lei e da ordem, por exemplo, foi usada como argumento nas disputas eleitorais.”, o segundo fator é “o fenômeno da insegurança, cujas origens certamente antecedem os anos que marcam o início da nova proposta preventiva.”; o terceiro fator reside na “crise da ação pública (...) incapaz de suprir as necessidades locais de segurança” (2000, p. 9).

Esta diversidade da nova prevenção cede frente ao ponto comum entre seus diversos modelos: “o recurso a soluções diversas da sanção penal” (ZACKSESKI, 2000, p. 8), que é substituída por ações alternativas denominadas

“níveis preventivos”, assim enumerados: atuação sobre contextos sociais e situacionais, postura dirigida a evitar infrações e condutas incivilizadas, e procurar evitar a reincidência. (ZACKSESKI, 2000, p. 10).

Os níveis preventivos, segundo a nova prevenção, têm como destinatários tanto os delinquentes quanto as suas vítimas, bem como também a sociedade amplamente considerada em seus diversos contextos. Leciona Zackseski que:

A prevenção se dirige aos ofensores, bem como às vítimas potenciais, para que os primeiros não delinquam e para que os segundos se encontrem menos vulneráveis. Podem, ainda, ser gerais, direcionadas ao contexto social, cultural e econômico, para facilitar e incentivar comportamentos conforme a lei; ou específicas, destinadas a diminuir a frequência de determinados comportamentos delitivos. (ZACKSESKI, 2000, p. 10).

Combinados os níveis preventivos e atendendo-se às necessidades dos destinatários, teremos um modelo de prevenção, através do qual “é possível uma atuação anterior aos atos desviantes, e não posterior a eles, de maneira a preveni-los e não simplesmente reprimi-los, protegendo, fundamentalmente, as vítimas de agressões, ao invés de proteger simplesmente a validade das normas”. (ZACKSESKI, 2000, p. 11).

1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS: REPENSANDO A PENALIZAÇÃO CRIMINAL SOB O VIÉS TECNOLÓGICO

Situado neste capítulo o problema envolvendo a pena de prisão e os efeitos negativos do cárcere para a ressocialização do apenado, bem como também apresentado o caráter dessocializante da pena de prisão que não se presta para as finalidades para o qual fora pensada segundo as teorias da pena.

A solução ao problema deve caminhar por um “(re)pensar a (re)estruturação de políticas de segurança pública e justiça criminal, que deve necessariamente (se quisermos ter eficácia) passar por uma (re)atualização das ‘fórmulas’ de contenção da violência” (HAUCK, 2008, p. 52).

A vigilância como forma de controle da criminalidade fica em cheque na sociedade atual (MACIEL *et al*, 2015b, p. 460): “já não é possível vigiar milhares de dezenas ou centenas de indivíduos acomodados em prédios e o exemplo mais dramático dessa realidade são os números relativos ao encarceramento em massa

em diversos países, como o Brasil” (2015b, p. 460), problematizam Welliton Caixeta Maciel e Cristina Zackseski para concluir que:

A realidade atual indica que a quantidade de pessoas que frequentam instituições de controle (escolas, fábricas, hospitais, manicômios, prisões etc) ou que circulam nos espaços públicos e privados já não podem mais ser vigiadas sem o uso da tecnologia. (2015b, p. 461).

Mas se é verdade que a tecnologia pode servir como solução para os mais variados problemas das ciências criminais, assim como o é para diversas outras ciências, também é verdade que o meio jurídico a ela, a tecnologia, resiste. Segundo Gilberto Thum:

Apesar da evolução tecnológica, há um atraso gigantesco na área das ciências sociais e principalmente nas jurídicas [...], observa-se que o Direito não tem acompanhado no mesmo ritmo as transformações da humanidade nas últimas décadas. O tempo flui de forma diferente para as ciências naturais em comparação com as sociais e principalmente as jurídicas. (*apud* AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 52).

Ainda assim, tecnologias de monitoração eletrônica têm ganhado cada vez mais espaço e “sugerido novos paradigmas [...] sobrepujando as tecnofobias existentes no âmbito das ciências criminais” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 52). Este olhar contemporâneo sobre o monitoramento eletrônico o reconhece como “medida válida para enfrentar a crise do sistema prisional brasileiro e os efeitos deletérios do encarceramento” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 53).

É assim, com estas conclusões, que se avança ao estudo dogmático do monitoramento eletrônico propriamente dito.

2 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Tema representativo atual dos desafios contemporâneos do Direito Penal, “a vigilância eletrônica de pessoas em situação de cumprimento de medidas judiciais situa-se dentro do debate maior sobre a descarcerização e a construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo” (MACIEL, 2015a, p. 93)

A doutrina jurídica discute o valor do monitoramento eletrônico enquanto meio de cumprimento da pena criminal, e até mesmo a sua constitucionalidade frente a princípios fundamentais tais como a dignidade da pessoa humana.

Ante essas dificuldades, neste capítulo será apresentado o instituto jurídico do monitoramento eletrônico e sua conformação jurídica dentro do sistema normativo brasileiro.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E O PROCESSO LEGISLATIVO NO BRASIL

A origem do monitoramento eletrônico remonta ao ano de 1964 quando um grupo de pesquisadores da Universidade de Harvard iniciou o projeto de pesquisa *Streetcorner Research* na cidade de Cambridge, Estado de Massachusetts (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 58). Segundo relata Azevedo e Souza, o experimento consistia basicamente em monitorar adolescentes dentro de uma área delimitada da cidade, e quando algum dos adolescentes voluntários – todos em liberdade condicional – “atravessavam uma das áreas monitoradas, seu transceptor era acionado e transmitia um sinal de localização à estação-central, permitindo o acompanhamento de suas rotinas diárias” (2014, p. 59).

O experimento não foi bem recebido pela opinião pública e pela mídia, que compararam pejorativamente sua finalidade com a vigilância social fictícia narrada por George Orwell em seu livro “1984”, seguindo-se então quase duas décadas de desinteresse pelo sistema (AZEVEDO E SOUZA, 2012, p. 60).

Já na década de 1980 e com o avanço da tecnologia, o juiz norte-americano Jack Love retomou o debate sobre o tema e solicitou a indústria de Albuquerque, Estado do Novo México, a produção de equipamento inspirado em uma história em quadrinhos do herói Homem-Aranha (AZEVEDO E SOUZA, 2012, p. 61).

Desenvolveu-se, então, o equipamento Gosslink, “uma tornozeleira eletrônica do tamanho de um maço de cigarros que transmitia dados a um computador central” (AZEVEDO E SOUZA, 2012, p. 62), e cujos resultados repercutiram de maneira favorável ao uso do monitoramento eletrônico, segundo relatada Azevedo e Souza:

A partir da experiência do juiz Love, os Estados Unidos (sobretudo Washington, Virgínia e Flórida) deram início a projetos-piloto para a implementação do monitoramento eletrônico. Em menos de cinco anos, 26 estados norte-americanos já estavam utilizando o sistema. No final dos anos 90, o número de pessoas monitoradas nos Estados Unidos já chegava a quase 100 mil. Atualmente, o monitoramento eletrônico é utilizado em diversos países, tais como Inglaterra, Portugal, Espanha, Suécia, Holanda, Suíça, Itália, França, Austrália, Canadá, tanto na execução penal, para auxiliar no controle das diferentes fases do sistema progressivo de cumprimento da pena, quanto como instrumento de tutela cautelar, em qualquer fase da persecução criminal (2014, p. 63-64).

No Brasil, são recentes os primeiros debates a respeito do uso de meios eletrônicos de monitoramento pela justiça criminal. As primeiras iniciativas foram pontuais, seja por meio de debates no parlamento seja por iniciativas promovidos por atores (magistrados, delegados, promotores) do sistema de justiça criminal. Em resgate histórico, Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo esclarecem que:

Em 2007, começaram a surgir, no Parlamento brasileiro, propostas no sentido da adoção do sistema de algemas eletrônicas no sistema de justiça criminal.

Em 11 de julho de 2007, o juiz Bruno Azevedo, da Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira, no estado da Paraíba, divulgou a informação de que seria testado o sistema de monitoramento eletrônico em cinco presos do regime fechado da cidade, em parceria com a empresa INSIEL, denominando o projeto “Liberdade Vigiada, Sociedade Protegida”).

Em março de 2009, o plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, após consulta pública realizada no período de sessenta dias. O documento de 154 páginas contemplou tanto propostas que independem de aprovação legislativa, quanto propostas a serem submetidas ao Congresso Nacional. Em relação às propostas de alteração legislativa, foi incluído o monitoramento eletrônico para o cumprimento da pena em regime domiciliar.

(...) Em outubro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça manifestou-se em sentido favorável à substituição do cumprimento das penas privativas de liberdade em regime semiaberto e aberto pelo monitoramento eletrônico, o que acendeu o debate.” (2012, p. 109-110).

No parlamento, o monitoramento eletrônico teve como norma precursora a Lei Paulista nº 12.906/08, utilizada em larga medida para a elaboração do Projeto

de Lei nº 175, de 2007, de autoria do Senador Magno Malta, para então modificar a Lei de Execuções Penais. A sua redação final no Senado Federal partia da concepção de que o monitoramento eletrônico seria utilizado pelo condenado em definitivo, e não pelo condenado provisório, e com tal objetivo possibilitava ao juiz de execuções penais a utilização da monitoração eletrônica como condição para a concessão de liberdade condicional, para a progressão para o regime aberto, ou ainda para a suspensão da pena (BRASIL, 2007a).

Remetido o texto à Câmara dos Deputados, agora sob a relatoria do então Deputado Flávio Dino, lá recebeu emenda substitutiva que ampliou sobremaneira sua finalidade, destacando-se a inclusão da Seção VI ao capítulo “Das Penas Privativas de Liberdade” da Lei de Execuções Penais. Esta nova seção foi intitulada de “Da Monitoração Eletrônica” e representa, hoje, o estatuto jurídico vigente sobre o tema (BRASIL, 2007b).

Previu-se a criação da figura jurídica da Vigilância Indireta por meio da afixação ao corpo do apenado de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica, que seria utilizado em seis situações enumeradas pelo Projeto da Câmara: quando a pena restritiva de liberdade fosse aplicada fosse cumprida, originalmente ou por progressão, nos regimes aberto ou semiaberto; quando autorizada a saída temporária no regime semiaberto; quando aplicada pena restritiva de direito que estabeleça limitação de horários ou da frequência a determinados lugares; quando determinada a prisão domiciliar; e, por fim, quando concedido o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena. Também foram previstos no Projeto de Lei da Câmara os deveres do apenado e as consequências em caso de seu descumprimento, bem como as situações de revogação da monitoração eletrônica (BRASIL, 2007b).

Contudo, ratificando parecer do Ministério da Justiça, a Presidência da República vetou diversos dispositivos do Projeto de Lei, descaracterizando-o em grande medida por entender que o monitoramento eletrônico ofenderia direito fundamental dos apenados que já gozavam alguma forma de liberdade da prisão e, desse modo, nada justificaria a sua vigilância que também não teria nenhuma repercussão na superlotação do sistema carcerário (OLIVEIRA *et al*, 2012, p. 110):

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização,

proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso. (BRASIL, 2007b).

O processo legislativo que deu origem à Lei nº 12.258, de 2010, que originalmente era mais amplo e abrangia os apenados sujeitos ao regime aberto, às penas restritivas de direitos, ao livramento condicional e à suspensão condicional da penal, “em razão dos vetos sofridos, passou a permitir o monitoramento apenas em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto e aos que se encontrarem em prisão domiciliar” (MARCÃO, 2015, p. 262).

Sobreveio então a Lei nº 12.403, de 2011, que realizou diversas alterações no Código de Processo Penal – alterações que em sua maioria fogem ao objeto desta pesquisa, e portanto não serão mencionadas – e trouxe novidades quanto ao tema do monitoramento eletrônico.

A novidade reside na inclusão do inciso IX ao Art. 319 do Código de Processo Penal, que institui o monitoramento eletrônico como uma das medidas cautelares diversas da prisão. Com esta novidade legislativa, o monitoramento eletrônico que antes encontrava previsão legal apenas na Lei de Execuções Penais, e, portanto, era afeto apenas à fase processual da execução penal, passou então a ser aplicável também ao inquérito policial e à fase de conhecimento do processo penal com sua inserção no Código de Processo Penal como medida cautelar diversa da prisão.

Apresentado o contexto de surgimento no Direito brasileiro do instituto do monitoramento eletrônico, fundamental conhecer seu conceito, finalidade, competência e seus requisitos e elementos essenciais.

2.2 CONCEITO, HIPÓTESE DE CABIMENTO, COMPETÊNCIA E FINALIDADE

Segundo conceito do Professor da Universidade de Brasília – UnB Welliton Caixeta Maciel, o monitoramento eletrônico “consiste basicamente no controle por meio do acoplamento de um dispositivo eletrônico, vulgo tornozeleira, no corpo de indivíduos que passam a ser ‘observados’ por uma Central de Monitoração criada pelo Governo do Estado” (2015a, p. 94). Já para Neemias Moretti Prudente:

O monitoramento eletrônico consiste, em regra, no uso de um dispositivo eletrônico pelo “criminoso” (não necessariamente apenas os efetivamente condenados, bastando que figurem como réus em um processo penal condenatório), que passaria a ter a liberdade (ainda que mitigada ou condicionada) controlada via satélite, evitando que se distancie de ou se aproxime de locais predeterminados. Este dispositivo indica a localização exata do indivíduo a elas atada, uma vez que o sistema permite saber, com precisão, se a área delimitada está sendo obedecida. Já com isso possibilita o registro de sua movimentação pelos operadores da central de controle. (2011, p. 11).

Como já narrado no item 2.1, em razão do veto presidencial promovido pela Presidência da República mediante as razões do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico teve sua amplitude de cabimento drasticamente reduzida, limitando-se seu cabimento a apenas duas hipóteses na fase de execução da pena: a primeira envolve a situação do apenado sob o regime semiaberto que se veja beneficiado por saída temporária, e está prevista no inciso II do Art. 146-B⁴ e no parágrafo único do Art. 122 da LEP⁵; a segunda hipótese encontra guarida no inciso IV do mesmo Art. 146-B⁶ e tem cabimento quando o apenado se encontra em prisão domiciliar.

Entretanto, com a inovação trazida pela já citada Lei nº 12.403, de 2011, que incluiu novo inciso ao Art. 319⁷ do Código de Processo Penal, também passou a ser possível a utilização do monitoramento eletrônico – ou monitoração eletrônica, na letra legal – como medida cautelar diversa da prisão.

É competente para determinar a realização do monitoramento eletrônico o magistrado, segundo dicção do *caput* do já citado art. 146-B⁸ da Lei de Execuções Penais com a redação dada pela Lei nº 12.258, de 2010. Segundo adverte Renato Marcão, “a autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional, secretário de segurança pública, secretário de justiça, secretário de administração penitenciária, por exemplo) não pode imiscuir-se neste tema” (MARCÃO, 2015, p. 262).

⁴ Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (...) II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

⁵ Art. 122. (...) Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

⁶ Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (...) IV - determinar a prisão domiciliar;

⁷ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...)IX - monitoração eletrônica.

Em busca das finalidades do monitoramento eletrônico, “a vigilância eletrônica no sistema prisional está diretamente associada, basicamente, três finalidades principais: a detenção, a restrição e a vigilância propriamente dita” (MACIEL et al, 2015b, p. 462).

A finalidade de detenção visa vigiar o monitorado para que se mantenha em lugar predeterminado e de lá não saia (PRUDENTE, 2012, p. 146). Esta finalidade é particularmente eficaz “no caso da prisão domiciliar, onde o indivíduo deve permanecer em sua residência o tempo todo” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 65).

A restrição é a segunda finalidade da vigilância eletrônica. Pretende que o monitorado “não entre em determinadas áreas proibidas ou se aproxime de determinadas pessoas, como vítimas ou testemunhas” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 66). Esta finalidade é “muito útil nos casos de violência doméstica ou de práticas criminosas associadas a determinados locais, como bares e casas noturnas” (PRUDENTE, 2012, p. 147).

Por fim, a última finalidade do monitoramento eletrônico é a vigilância, ou seja, que à rotina do monitorado se “mantenha vigilância contínua, sem, contudo, a restrição de sua movimentação” (PRUDENTE, 2012, p. 147). Esta finalidade “permite o controle e o acompanhamento da localização do monitorado, bem como a prevenção de fugas” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 66).

Apresentados os elementos e características essenciais do monitoramento eletrônico, deve-se avançar para o estudo dos seus sistemas de aplicação.

2.3 SISTEMAS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO

A adoção do monitoramento eletrônico para atender às finalidades a que se destina pode ser realizada por meio de dois sistemas: o sistema *back-door* e o sistema *front-door*. Esta classificação dos sistemas de monitoramento eletrônico leva em conta o ingresso, ou não, do delinquente no sistema carcerário.

O sistema *back-door*, ou porta dos fundos, “pressupõe uma redução do tempo do condenado na prisão por meio da substituição do período restante a ser cumprido no cárcere pelo monitoramento eletrônico” (PRUDENTE, 2012, p. 148). Com os vetos opostos ao texto original da Lei nº 12.258, de 2010, o monitoramento

eletrônico se restringe à etapa de execução da pena onde o apenado já está encarcerado sob algum regime, o que torna possível a utilização do instituto no Brasil apenas no sistema *back-door*, sistema com vistas a reduzir ou amenizar o cumprimento da sanção penal.

Miguel Ángel Iglesias Ríos e Juan Antonio Pérez Parente sintetizam as vantagens do sistema *back-door*, que permitiria a menor permanência do apenado na prisão, facilitando sua ressocialização e diminuindo os danos decorrentes da dessocialização do cárcere:

A variante *back-door*, pensada para condenações de longa duração, encurta a permanência do condenado na prisão, e permite uma aproximação progressiva da vida em liberdade, aliviando consideravelmente, também, os efeitos negativos inerentes à prisão. (apud PRUDENTE, 2012, p. 148, tradução nossa).

Outrossim, em sentido contrário, o sistema *front-door* “busca evitar, desde o princípio, o ingresso do infrator na prisão” (PRUDENTE, 2012, p. 147), evitando-se o cárcere a partir do reconhecimento dos seus efeitos negativos, dessocializantes, para o apenado.

O sistema *front-door* não era observável no Brasil até o advento da Lei nº 12.403, de 2011, que tornou possível o uso da monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão, como já explanado no capítulo 2.1. Desde então, porém, é clara a intenção do legislador em evitar o encarceramento do investigado, indiciado ou réu ainda quando seja recomendável para a instrução criminal ou para a segurança da sociedade.

Portanto, é possível concluir que o monitoramento eletrônico previsto na Lei de Execuções Penais com as alterações promovidas pela Lei nº 12.258, de 2010, inserido dentro da fase de execução da pena, adota o sistema *back-door*, pois tem como finalidade reduzir o tempo de encarceramento do apenado; de outro lado, a monitoração eletrônica prevista no Código de Processo Penal após as alterações promovidas pela Lei nº 12.403, de 2011, inserido na fase pré-processual ou de conhecimento, adota o sistema *front-door* porquanto objetiva evitar a prisão do investigado, indiciado ou réu.

2.4 ESCLARECIMENTO, DEVERES DO APENADO E HIPÓTESES DE REVOGAÇÃO

É providência necessária à implementação do monitoramento eletrônico o esclarecimento “da pessoa vigiada relativamente à natureza do monitoramento eletrônico e ao tipo de intervenção expectável, sendo necessário para o sucesso da pena ou medida e pressuposto indispensável na satisfação ética” (CAIADO, 2012, p. 177), e encontra previsão normativa no Art. 146-C da Lei de Execuções Penais⁹. É dizer:

No início do monitoramento eletrônico o vigiado deve ser esclarecido oralmente e por escrito dos direitos e deveres das partes envolvidas – ele próprio e a entidade de execução. Deste modo, o vigiado partilha das responsabilidades e, ao sentir-se envolvido, tende a cooperar, transformando-se em actor da execução da sua pena e medida, ou seja, actor do seu próprio percurso. O vigiado deverá, igualmente, ser conhecedor de um certo nível de conhecimento sobre o funcionamento tecnológico do monitoramento eletrônico, o que fortalece a consciência de que os seus eventuais incumprimentos serão detectados, o que é funcional e útil na prevenção das violações e no cumprimento das regras a que está sujeito. (CAIADO, 2012, p. 171).

Adverte Renato Marcão para a importância do juízo de execução penal – ou o juízo criminal comum quando se tratar de monitoração eletrônica como medida cautelar alternativa à prisão – adotar o instituto da audiência de advertência para assegurar o irrepreensível esclarecimento do vigiado sob todos os aspectos do monitoramento eletrônico:

Para que não exista qualquer dúvida de que efetivamente foram passadas instruções ao condenado e também seus exatos termos, embora a lei nada diga a respeito, é de boa cautela que tudo seja formalizado em audiência de advertência a respeito da concessão e aceitação das condições, e que tudo seja reduzido a termo e assinado pelo juiz, pelo representante do Ministério Público, a quem compete a fiscalização da execução em todos os seus termos (art. 67 da LEP), pelo executado e seu defensor, que deverão estar presentes ao ato judicial.

O esclarecimento do apenado embora previsto expressamente apenas quanto ao monitoramento eletrônico da Lei de Execuções Penais, também é recomendável a sua aplicação na monitoração eletrônica enquanto medida alternativa à prisão prevista no Código de Processo Penal. O autor português Nunes

⁹ Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: (...).

Caiado explica a importância da dignidade da pessoa humana na interpretação e aplicação do monitoramento eletrônico:

Os direitos humanos devem ser um norte na execução das decisões judiciais, independentemente do contexto em que estas sejam cumpridas. A privação ou modificação da liberdade decidida por uma instância judicial em função do cometimento de crime não deve levar à privação da dignidade da pessoa condenada. Tratamento desumano, estigmatização, exposição pública, humilhação são matérias que não devem ser associadas a qualquer pena; no caso de penas ou medidas com monitoramento eletrônico, aplica-se exatamente o mesmo. (2012, p. 171).

O conteúdo do esclarecimento ao apenado passa, necessariamente, pelo *caput* e incisos do Art. 146-C da LEP, onde são arrolados exemplificativamente os seus deveres, basicamente relacionados ao zelo para com o equipamento eletrônico e a comunicação para com o servidor responsável por sua vigilância eletrônica:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:
 I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;
 II - 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;
 III - (VETADO).

O vetado inciso III previa obrigação semelhante aos seus anteriores, dispondo que seria também dever do apenado “informar, de imediato, as falhas no equipamento ao órgão ou à entidade responsável pela monitoração eletrônica”, certamente por impor obrigação de natureza técnica desproporcional ao monitorado.

Segundo preceituam os incisos do parágrafo único ao Art. 146-C da LEP¹⁰, a violação dos deveres do vigiado poderá resultar em regressão do regime, revogação da autorização de saída, revogação da prisão domiciliar ou advertência por escrito, sempre segundo ponderação do juiz de execução penal. Trata-se a inobservância dos deveres do monitorado uma das hipóteses de revogação do

¹⁰ Art. 146-C (...)

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

III - (VETADO);

IV - (VETADO);

V - (VETADO);

VI - a revogação da prisão domiciliar;

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

monitoramento eletrônico, prevista na primeira figura do inciso II do Art. 146-D da LEP¹¹.

Por fim, as demais hipóteses de revogação do monitoramento eletrônico são: o cometimento de falta grave, previstas taxativamente nos artigos 50 a 52 da LEP, e desde que observado o devido processo legal; e a desnecessidade ou inadequação do monitoramento eletrônico para os fins a que se destina (MARCÃO, p. 269-270).

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS: O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO FATO JURÍDICO

Neste contexto, como será apresentado no Capítulo 3, “o monitoramento eletrônico, assim como todos os demais aparatos tecnológicos e gerenciais das populações considerados de risco, é uma funcionalidade cara às Políticas Criminais contemporâneas” (TEIXEIRA, 2012, p. 89).

Isto porque “as prisões se mostram completamente inconcebíveis como principal modalidade de punição, uma vez que os efeitos que produzem no indivíduo encarcerado são contrários aos fins a que se destinam” (MACIEL *et al*, 2015b, p. 460), e, em resposta, o monitoramento eletrônico surge como instrumento jurídico apto a, no mínimo:

- a) evitar a rotina de dessocialização do encarceramento;
 - b) permitir novas oportunidades para a vida familiar e comunitária do delinquente;
 - c) lutar contra a superpopulação carcerária;
 - d) diminuir os riscos da reincidência; e
 - e) reduzir os custos dos encargos atribuídos ao encarceramento.
- (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 53).

Não é possível dizer, porém, se os “objetivos propugnados pelo monitoramento eletrônico serão concretizados; ainda é muito cedo para dizer” (AZEVEDO E SOUZA, 2014, p. 54). Por ora é possível reconhecer, contudo, a sua aparente adequação para reduzir a dessocialização do apenado, adequando-se a pena às suas finalidades preventivas.

¹¹ Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:
(...)

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência (...).

3 MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESSOCIALIZAÇÃO DO EXECUTADO

Situada a penalização criminal no primeiro capítulo e apresentado o monitoramento eletrônico no segundo capítulo, o trabalho avança para o seu terceiro e último capítulo a partir da premissa de que o novo aparato tecnológico é valioso para as políticas criminais contemporâneas.

O desenvolvimento do presente trabalho permite concluir parcialmente que a pena restritiva de liberdade enquanto resposta do Estado ao crime não tem atingido sua dupla finalidade, notadamente a preventiva; ao revés, a pena tal como aplicada no sistema de justiça criminal tem atingido a fim colateral e adulterado, consistente na perpetuação do apenado no sistema carcerário.

É assim que a pesquisa avança para compreender como o monitoramento eletrônico pode ser instrumento para a redução da dessocialização do apenado e, por via oblíqua, atender ainda à finalidade preventiva geral e especial da pena.

3.1 REDUÇÃO DA DESSOCIALIZAÇÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Da Fonseca alerta para o problema do efeito dessocializador da pena restritiva de liberdade, realidade que se desafina ao texto legal; o autor, nestas letras:

Em que pese seja admitida a existência formal de uma função ressocializadora da pena, não se pode fechar os olhos para a realidade de que o ideal tratamento ressocializador, em muitos casos, deixa de ocorrer e o que é pior, em diversas situações ocorre, na realidade, exatamente o contrário, ou seja, a implementação de um efeito dessocializador. (2012, p. 55).

A falência – talvez o termo “falência” seja severo demais para expor a realidade que os sistemas penais vivenciam hoje, mas é aqui utilizado por ilustrar a gravidade do problema – dos sistemas de justiça criminal e carcerário exige alternativas ao modelo de punição criminal tradicional baseado no cárcere, e o monitoramento eletrônico serviria, hipoteticamente, a este fim.

Para responder a essa questão é necessário, em primeiro lugar, reconhecer se o monitoramento eletrônico tem verdadeiro potencial para minimizar

ou mesmo pôr fim a dessocialização decorrente da prisão e, desse modo, promover a ressocialização do apenado.

A doutrina espanhola de Faustino Gudín Rodríguez-Magariños reconhece que “existe uma evidente influência da cultura prisional nos sujeitos que são encarcerados” (2005, p. 78, tradução nossa), e esta influência, menciona o Autor seria “o grande câncer que debilitou a ideia do cárcere tradicional não foi sua dureza, e sim a desilusão por sua falta de eficácia quando se via obrigado a enfrentar a ideia de reabilitação” (2005, p. 78, tradução nossa).

A partir desta assertiva, Rodríguez-Magariños observa que um bom preso não necessariamente seria um bom cidadão porque as regras de convívio social que regem o cárcere seriam diferentes daquelas que regem o convívio social livre. Em suas palavras:

Ser um bom preso não é o mesmo que ser um bom cidadão. Há muitos anos Concepción Arenal desconfiava dos “bons presos”, seres servís e submissos na prisão, mas que quando retornavam à sociedade voltavam ao seu antigo papel de delinquência.

Separámos um preso da sociedade para melhorá-lo, contudo ao sujeitá-lo a uma instituição fechada e carregada de ressentimento e sensações negativas, raramente se conseguirá obter um tratamento com efeitos positivos. E, paradoxalmente, o melhor remédio para o preso é a própria sociedade. (2005, p. 79, tradução nossa).

Destaca-se por seu forte valor simbólico a expressão “o melhor remédio para o interno é a própria sociedade” que bem resume os alicerces teóricos que levam Rodríguez-Magariños a afirmar que “a ressocialização sempre é possível; o que não parece possível é ressocializar alguém atrás das grades” (2005, p. 79, tradução nossa). Como justificava empírica para sua conclusão, o autor cita duas experiências realizadas no século XVIII nas prisões Walnut Street, no Estado da Pensilvânia, e New Gate, no Estado de Nova Iorque.

Esses experimentos consistiam em isolar os presos de todo e qualquer convívio social, inclusive com outros presos, submetendo a todos uma rígida disciplina de silêncio. O método tinha duas hipóteses a serem testadas: primeiramente, acreditava-se que o isolamento dos presos evitaria a dessocialização das prisões, posto que não haveria influência negativa entre os próprios presos; a segunda envolvia a pretensa reeducação do preso por meio da retidão e isolamento, levando-o a autorreflexão sobre seus erros.

As conclusões do experimento foram catastróficas, segundo relata Rodríguez-Magariños, e levaram a “criação de seres débeis, alienados e ressentidos, inaptos à sociedade quando libertados, restando, em contrapartida, apenas o sério prejuízo à saúde física e mental dos presos, afetada pelas razões que são fáceis de deduzir” (2005, p. 79, tradução nossa).

O experimento citado por Rodríguez-Magariños teve o mérito de observar os efeitos do isolamento social do preso em um cenário sem outras variáveis, tais como a corrupção dos presos por meio do convívio social com outros presos, ou a influência deletéria que as condições carcerárias precárias e sub-humanas têm sobre os indivíduos encarcerados. Criou-se, em suma, um cenário ideal onde foi possível observar os efeitos do isolamento social na pessoa do apenado.

Nesse cenário ideal, a observação empírica que refutou as hipóteses inicialmente aventadas foi a de que o isolamento social resultante do cárcere, por si só, já é instrumento de dessocialização do preso; como tal, afigura-se também o cárcere como grave ofensa a sua dignidade humana.

Note-se que para Rodríguez-Magariños a indignidade do cárcere não está na punição ou no castigo que a sociedade e a vítima esperam impor ao delinquente (possível segundo a teoria retributiva da pena, que, como já visto, é admitida no Brasil em razão da adoção da teoria mista da pena pelo Código Penal); a indignidade à pessoa humana reside, sim, na ausência de opção de ressocialização ao apenado, que se torna vítima de um sistema carcerário e de justiça criminal dessocializante que aprofunda a sua situação de marginalização e etiquetamento social. Nas palavras do autor:

Por trás de cada crime poderá haver um período mais ou menos longo de isolamento social do preso (o qual, inevitavelmente, remete a uma ideia de castigo). Contudo, logo após o isolamento, toda a ação penitenciária deve estar direcionada a reintegrar o indivíduo a comunidade (o qual, por sua vez, implica a uma ideia de reinserção, de reafirmação).

Não é em vão, desse modo, que a pena não deve se desenvolver como uma punição, e sim um processo direcionado a conseguir que o indivíduo não se seja mais um perigo à sociedade, tornando-o inócuo.

Aprofundando mais o estudo da pena, tem-se que ela é um programa de reabilitação para uma pessoa que seja redirecionar sua vida aceitando uma proposta que lhe faz a sociedade para sair de sua situação. No entanto, se o indivíduo rejeita voluntariamente esta proposta, o Estado deve respeitar esta opção com a qual o programa de reintegração se desfaz e a pena volta a adquirir uma dimensão puramente retributiva ou de castigo. (2005, p. 80, tradução nossa).

Porém se de um lado é reconhecido o efeito dessocializante do encarceramento, o que ofende a dignidade do preso e torna inócua a função preventiva da pena, por outro lado “soltar o criminoso sem nenhuma espécie de garantia à sociedade é um ato de irresponsabilidade” (2005, p. 30, tradução nossa). Neste aspecto é que surge o monitoramento eletrônico como solução conciliatória possível ao problema da dessocialização do apenado encarcerado.

3.2 INTEGRAÇÃO DE MEDIDAS RESSOCIALIZADORAS A PARTIR DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Como resposta aos problemas postos, a tendência da moderna política criminal tem tornado excepcionais as penas privativas de liberdade e valorizado “medidas de tratamento que efetivamente preparem para a liberdade, por intermédio de medidas que se desenvolvam extramuros, distante dos ambientes de reclusão” (DA FONSECA, 2012, p. 127).

Seguindo essa tendência, o monitoramento eletrônico surge como meio de afastar o apenado do “ambiente carcerário, ao passo que se for utilizado durante a execução da pena privativa de liberdade diminui o tempo em que o apenado passa cerceado de sua liberdade tendo, desse modo, melhores condições de voltar ao convívio da sociedade” (DA FONSECA, 2012, p. 127). Minimiza-se, assim, o efeito dessocializador do cárcere.

Antes de prosseguir, cumpre um breve parêntesis para diferenciar dessocialização e ressocialização. A dessocialização é um agir mal do Estado, que ao pretexto de tutelar o delinquente acaba por prejudicá-lo e marginalizá-lo ainda mais frente à sociedade; é um ato ilícito que causa dano ao apenado ao não respeitar sua dignidade. A ressocialização, do contrário, é um dever do Estado e um direito do apenado, que pretende ser reinserido ao convívio social dentro das regras impostas a todos.

Dessas definições, construídas a partir da teorização até aqui construída neste estudo, é possível concluir que não basta apenas reduzir ou mesmo extirpar a dessocialização do apenado. É preciso também promover ativamente a sua ressocialização, integrando-se o monitoramento eletrônico a medidas de natureza ressocializadora, tais como o trabalho remunerado e o estudo.

Serve o monitoramento eletrônico, dessa forma, como meio para “estabelecer um regime de vida para o apenado, podendo haver um planejamento

da jornada, no qual seja estabelecido um horário para que exerça suas atividades laborais, para trabalhos em prol da comunidade, tempo de descanso” (DA FONSECA, 2012, p. 126), ou seja, permite-se ao apenado uma existência integrada à sociedade, e não uma existência marginal em um ambiente carcerário.

O monitoramento eletrônico quando aplicado de forma integrada a medidas ressocializadoras tem a capacidade de amenizar ou mesmo extirpar a dessocialização, permitindo-se, então, o estabelecimento de um ambiente propício às medidas de ressocialização.

3.3 RESULTADOS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO COMPARADO E IMPACTO SOBRE O CUSTO DO SISTEMA CARCERÁRIO

O debate acerca dos custos de manutenção do sistema carcerário é questão acessória e que se representa um sintoma do insucesso do Estado ao promover a função preventiva da pena. Ainda assim o tema tem sua importância especialmente porque reflete, no mais das vezes, na superlotação do sistema carcerário e no agravamento do problema da dessocialização do apenado.

Posto o problema do financiamento do sistema carcerário, há de se averiguar se o monitoramento eletrônico serviria também ao fim de reduzir a despesa pública destinada a manutenção das prisões.

A partir de dados do documento “Levantamento nacional sobre execução de penas alternativas – Relatório final da pesquisa 2004/2006”, coletados pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Iланud Brasil, a doutrina de Cristina Zackseski afirma que:

a abertura institucional às formas abertas de controle [*tal como o monitoramento eletrônico*] não inibiu o aumento da população carcerária nacional. Ao contrário, o relatório retrata um crescimento da massa carcerária brasileira muito superior às taxas de crescimento de nossa população. (2016, p. 12, colchetes nosso).

Assim, questiona Zackseski a veracidade da comprovação empírica da hipótese de que o monitoramento eletrônico se presta efetivamente a reduzir o custo do sistema carcerário, citando a autora os casos dos Estados Unidos, Inglaterra, Suécia, México, Canadá, Alemanha, Austrália, França, Espanha, Nova Zelândia, Escócia e África do Sul, países onde o modelo de monitoramento eletrônico não

teria importado em redução de despesa pública com a manutenção do sistema carcerário ou não haveriam dados suficientes que levassem a essa conclusão (2016, p. 14).

Ante a carência de dados sobre o efetivo potencial do monitoramento eletrônico para reduzir os custos de manutenção do sistema carcerário, Da Fonseca cita o caso norte-americano, onde com a implementação da monitoração eletrônico o custo de um preso seria de \$15,00 (quinze dólares) mensais frente aos \$45,00 (quarenta e cinco dólares) gastos com a manutenção mensal de um preso encarcerado.

Ainda assim e seguindo igual conclusão a Zackseski, a presente pesquisa não pode encontrar mais dados no Direito Comparado sobre a relação entre monitoramento eletrônico e redução dos custos financeiros de manutenção do sistema carcerário ou mesmo de redução da população carcerária. Não é possível, portanto, confirmar empiricamente aquela relação; Zackseski:

Compete ressaltar, no entanto, que essa suposta economia só ocorreria de fato se todos os encarcerados passassem a ser submetidos à vigilância eletrônica e não mais precisassem retornar aos estabelecimentos penais. A realidade que temos é a de que os detentos que poderão ser atingidos pela nova medida são aqueles que já se encontram em regimes que permitem sua saída da prisão, em sua maioria, e que os demais permanecerão representando gastos com encarceramento. Desse modo, pode-se pensar, ao contrário, em um aumento de gastos com o sistema penitenciário, pois os sentenciados que se encontram hoje cumprindo pena fora dos estabelecimentos prisionais, sem gastos extras para o Estado, passariam a utilizar os equipamentos eletrônicos ao valor de seiscentos reais mensais. (2016, p. 15).

Ante a falta de dados empíricos, conclui-se não ser possível confirmar, por ora, a hipótese acerca da relação entre o monitoramento eletrônico e a redução da despesa financeira do Estado com a manutenção do sistema carcerário, ou ainda o reflexo da monitoração eletrônica para a redução da população carcerária.

3.4 CRÍTICA À SUBUTILIZAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO FRENTE A SEU POTENCIAL RESSOCIALIZANTE

Segundo Da Fonseca, é possível concluir que a mudança do sistema de justiça criminal e do sistema carcerário a partir do surgimento da tecnologia do monitoramento eletrônico, tem o potencial de criar um novo paradigma ao Direito Penal, repercutindo:

em questões como a superlotação carcerária e a dessocialização que decorre do ambiente carcerário, além do que facilita meios para se conseguir que, por exemplo, o apenado seja fiscalizado para que possa desenvolver uma atividade lítica e, assim, conseguir recursos para pagar os prejuízos causados à vítima. (2012, p. 125).

Como já visto, não existem indicadores suficientes para atestar o impacto do monitoramento eletrônico sobre a redução da população carcerária, não se podendo, entretanto, afastar esta possibilidade – afirmada e reconhecida por parte da doutrina citada neste trabalho, vale destacar.

Menos controversa, porém, é a vocação do monitoramento eletrônico para minimizar os efeitos decorrentes da dessocialização do cárcere. O monitoramento eletrônico tem potencialmente condições de criar o cenário ideal à ressocialização do apenado.

Porém, o instituto jurídico é pouco utilizado no Brasil, seja pela limitação de recursos financeiros para sua plena implementação, seja pelos vetos à Lei nº 12.258, de 2010, que limitaram sobremaneira o espectro de cabimento do monitoramento eletrônico. Ainda assim, utilizando uma vez mais das lições de Da Fonseca, o monitoramento eletrônico corresponde:

ao início do fim de um sistema baseado na absurda regra de que prender pode ensinar a ser livre, passando a ingressar em um modelo no qual a execução seja muito mais humana, permitindo que o apenado esteja próximo de seus familiares, trabalhando e com a esperança de retornar a convivência plena em sociedade, o que, sem dúvida, torna muito mais humana a execução penal. (2012, p. 138).

O uso da tecnologia na execução penal ainda dá seus primeiros passos, mas há de se reconhecer a importância dos avanços realizados e superar as barreiras conservadoras que impedem a plena utilização de ferramenta promissora para a plena realização dos fins preventivos da pena criminal e, principalmente, para o respeito à dignidade humana do apenado que tem o direito de ser ressocializado ao convívio social.

CONCLUSÃO

O problema que motivou o desenvolvimento deste trabalho foi a inquietação quanto a incapacidade do sistema de justiça criminal contemporâneo oferecer uma pena que atenda satisfatoriamente às finalidades que a justificam: a prevenção, geral e especial, como direito do apenado e objetivo da sociedade, e a retribuição como demonstração do controle penal do Estado.

A imprestabilidade da pena restritiva de liberdade para promover a ressocialização do apenado agrava a crise do sistema de justiça criminal, que se estende ao sistema carcerário abarrotado de apenados que se veem perpetuamente marginalizados em razão do etiquetamento como criminoso; realidade que impede a reinserção social da população carcerária que se mantém nesta condição periférica da sociedade.

Assim, tem-se em uma extremidade do sistema carcerário o crescimento exponencial da população carcerária com a entrada de novos indivíduos à condição de encarcerado, e, na outra extremidade, tem-se um afunilamento da saída de indivíduos do sistema carcerário, que, longe de reabilitar os apenados, força-os a se manterem nesta condição marginal em razão da imprestabilidade da pena restritiva de liberdade para a promoção de sua ressocialização. A consequência é o colapso do sistema, como demonstrado pelos alarmantes indicadores produzidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen.

Portanto, a primeira hipótese inicialmente aventada e posteriormente confirmada pela presente pesquisa é a de que a pena restritiva de liberdade enquanto resposta do Estado ao crime não tem atingido sua dupla finalidade, notadamente a preventiva; ao revés, a pena tal como aplicada no sistema de justiça criminal tem atingido um fim adulterado, consistente na perpetuação do apenado no sistema carcerário.

Ante o problema posto, é preciso repensar a pena restritiva de liberdade a partir do reconhecimento de seus efeitos degradantes e dessocializantes para o apenado, bem como é fundamental reconhecer também a limitação de recursos materiais do Estado para manutenção do sistema carcerário. Surge então a tecnologia como um novo paradigma possível à implementação de políticas públicas e ao controle penal; surge o monitoramento eletrônico como alternativa possível.

Com o nascimento do instituto do monitoramento eletrônico, ou monitoração eletrônica, natural a perplexidade da comunidade jurídica quanto à novidade. Hoje, porém, consolidou-se mediante razoável consenso doutrinário os aspectos gerais e elementos do monitoramento eletrônico, o que permite, em razão da estabilidade do instituto, avançar para a segunda hipótese: presta-se o monitoramento eletrônico como instrumento para a redução da dessocialização do apenado?

A resposta é positiva em razão da vocação do monitoramento eletrônico como instrumento de execução da pena dentro do convívio social, sem afastar o preso da rotina e das responsabilidades naturais a todos os cidadãos. Assim, cria o monitoramento eletrônico condições para que o apenado seja ressocializado, por meio do trabalho ou da educação, longe das condições dessocializantes do cárcere.

Porém, a presente pesquisa não identificou elementos empíricos suficientes – posição esta convalidada por parte da doutrina – para reconhecer o impacto que a implementação do monitoramento eletrônico tem sobre a redução da população carcerária e também sobre a redução dos custos de manutenção do sistema carcerário. Não é possível, portanto, confirmar ou refutar estas hipóteses aventadas em razão da crise do sistema carcerário observada a partir dos relatórios do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen citados neste estudo.

Parece inevitável o uso monitoramento eletrônico, e da tecnologia em geral, existente e vindoura, para a plena realização dos fins da pena criminal, posto que o modelo tradicional de punição baseado no cárcere e na restrição à liberdade do apenado já não encontra mais justificativa para ser adotado como regra, senão exceção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev.e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal**. Tradução de Álvaro Búnster. 1. ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004. Título original: Criminologia critica e critica del diritto penale, introduzione alla sociologia giuridico-penale.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, volume 1**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen: Junho de 2014**. Dados estatísticos do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 1.288, de 2007**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354979>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 175, de 2007**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para alterar as regras do regime aberto e prever o rastreamento eletrônico de condenado. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80416>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

CAIADO, Nuno. **Monitoramento eletrônico e ética: um olhar prático**. In: PRUDENTE, Neemias Moretti Prudente; DA ROSA, Alexandre Morais (Orgs). **Monitoramento eletrônico em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 163-185.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2001.

DA FONSECA, André Luiz Filo-Creão. **O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HAUCK, João Ricardo. **Tecnociência, vigilância e sistema penal: a superação de paradigmas e as novas perspectivas sob o viés tecnológico.** In: *Direito & Justiça*, v. 34, n. 2, jul-dez. 2008. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 50-66.

OLIVEIRA, Janaina Rodrigues; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil.** In: PRUDENTE, Neemias Moretti Prudente; DA ROSA, Alexandre Morais (Orgs). *Monitoramento eletrônico em debate.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 105-127.

MACIEL, Welliton Caixeta. **Da judicialização das relações intrafamiliares à ressignificação do cárcere: sobre violências, tornozeleiras e descontroles em Belo Horizonte/MG.** In *Revista O Público e o Privado*, n. 26. Ceará: Universidade Estadual do Ceará – UECE, 2015a.

MACIEL, Welliton Caixeta; ZACKSESKI, Cristina. **Vigilância Eletrônica e Mecanismos de Controle de Liberdade: Elementos para Reflexão.** In *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 18, n. 67, jan-fev. 2015. Rio de Janeiro: EMERJ, 2015b, p. 459-466.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Monitoramento eletrônico: uma efetiva alternativa à prisão?** In *Revista Síntese*, v. 11, n. 65, dez-jan. 2011. Porto Alegre: Síntese, 2011, p. 7-21.

_____. **Sozinho mas não esquecido: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de infratores.** In: PRUDENTE, Neemias Moretti Prudente; DA ROSA, Alexandre Morais (Orgs). *Monitoramento eletrônico em debate.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 137-161.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. **Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI.** In *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2005. Universidad de Alcalá, p. 51-86.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte geral.** Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña *et al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997. Título original: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1994.

TEIXEIRA, Daniela Felix. **O sistema de justiça criminal: para quê e para quem?** In: DA ROSA, Alexandre Morais *et al* (Org.). *Monitoramento eletrônico em debate.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 71-91.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZACKSESKI, Cristina. **Da prevenção penal à nova prevenção.** In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29. São Paulo: RT, 2000.

_____ (Coord.). **O uso da tecnologia na segurança pública: um estudo sobre monitoramento eletrônico de liberdade nos saídas de presos no Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1334185950.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. **Sistema prisional brasileiro: uma análise dos dados sobre as condições de encarceramento no início do Século XXI.** ANAIS DO CONPEDI VITÓRIA -ES. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. , p. 5980-5997.