

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

PÂMELA MONIQUE ABRANTES DANTAS

O USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM ALTERNATIVA AO CÁRCERE E
SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

SOUSA

2013

PÂMELA MONIQUE ABRANTES DANTAS

O USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM ALTERNATIVA AO CÁRCERE E
SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

SOUSA

2013

PÂMELA MONIQUE ABRANTES DANTAS

O USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM ALTERNATIVA AO CÁRCERE E
SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: 17/04/2013

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

Prof. Msc. Iarley Pereira de Sousa

Prof. Dr. Iranilton Trajano da Silva

Aos meus pais

Aos meus irmãos e sobrinhos

À meu namorado, Jachson Martins.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Todo Poderoso, por me guiar sempre para melhores caminhos, por ser a minha fonte de força, por não me deixar fraquejar nos momentos mais difíceis e por me ensinar que nada é impossível para aquele que crê.

Aos meus pais, Ivoneide e Dezinho, que mesmo sendo pessoas de pouco estudo, sempre incentivaram e valorizaram a minha formação, não medindo esforços para a concretização dos meus sonhos.

Aos meus irmãos e sobrinhos, que vibraram comigo a cada pequeno passo dado nessa minha caminhada.

Ao meu namorado, Jachson de Sousa Martins, pelo apoio incondicional ao longo desses nove anos juntos.

Aos amigos que caminharam ao meu lado durante esses cinco anos de curso, em especial: Iara Maia, Bárbara Teixeira, Maíra Germano, Daniela Amorim, Luzinaldo Alexandre, José Erick, Joel Fernandes e Matheus Simões.

À minha “única” amiga Raíssa Batista.

A todos os que formam a família PRM- Sousa, pelo incentivo diário e por tudo o que aprendi durante a realização do meu estágio.

Ao meu orientador, o Doutor Jardel de Freitas Soares, pela disponibilidade e dedicação empregados na realização desse trabalho e a todos os meus professores, por terem colaborado na minha formação profissional.

A todos os amigos e familiares que, mesmo de longe e sem fazer parte da minha vida acadêmica, apoiaram-me desde o começo e acreditaram em mim.

“Até um cão sabe que é melhor passear pelas ruas atado a uma coleira a viver preso em uma jaula.”

(Túlio Vianna)

RESUMO

A realidade do sistema carcerário brasileiro demonstra que não passa de uma utopia acreditar que a prisão é capaz de ressocializar o apenado. Nessa conjuntura, na busca pela instituição de penas alternativas para condenados não perigosos, visando evitar que sejam corrompidos pelo falho sistema carcerário, surge a ideia de monitoramento eletrônico. A possibilidade de utilizar essa inovadora tecnologia a serviço da justiça criminal fez surgir acaloradas discussões nos contextos jurídico e social. A doutrina se divide e põe em relevo o questionamento acerca da compatibilidade da medida com o princípio da dignidade da pessoa humana. Os opositores do mecanismo de vigilância eletrônica alegam que o seu uso fere o princípio da dignidade da pessoa humana por representar uma invasão do Estado na intimidade do monitorado. Contrapondo essa crítica, os defensores sustentam que essa tecnologia surgiu exatamente em socorro ao mencionado princípio, que é diuturnamente violado quando a pena é executada no cárcere. Desta feita, o trabalho científico em epígrafe pretende aferir se o monitoramento eletrônico de pessoas sujeitas ao cárcere é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo em comento mostra-se de elevada importância para o meio jurídico, justificando-se pela pretensão de contribuir para a formação de um posicionamento mais racional relativamente à discussão que envolve o monitoramento eletrônico e o princípio da dignidade da pessoa humana. No âmbito deste trabalho, é utilizado o método de pesquisa denominado raciocínio dedutivo, o método de procedimento histórico-evolutivo, bem como o método comparativo. Já no que diz respeito à técnica de pesquisa, o trabalho alicerça-se na documentação indireta, notadamente na pesquisa bibliográfica, realizada em livros especializados e doutrina correlata, periódicos, artigos publicados em revistas e na internet. Após o estudo proposto, fica esclarecido que, diante da possibilidade de monitorar com restrição à intimidade ou encarcerar com todas as restrições próprias da pena de prisão, o direito à intimidade deve ceder em favor da aplicação do monitoramento eletrônico. Destarte, conclui-se que a compatibilidade entre o monitoramento eletrônico e o princípio da dignidade da pessoa humana depende da forma como a medida é imposta, não sendo a intimidade um obstáculo à sua aplicação. Logo, uma vez estabelecidos meios éticos para a aplicação do monitoramento eletrônico não há que se falar em violação, mas em verdadeira compatibilidade da medida com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Monitoramento eletrônico. Dignidade da pessoa humana. Intimidade.

ABSTRACT

The current situation of the Brazilian prison system demonstrates that there is a utopia to believe that the prison is able to resocialize the inmates. Under these circumstances, the search for the establishment alternative sentences for not dangerous convicts, in order to prevent them from being corrupted by the flawed prison system, it comes up the idea of electronic surveillance. The possibility of using that brand new technology serving the criminal justice has raised heated discussions on legal and social contexts. The doctrine divides and highlights the questioning about the compatibility of the measure with the principle of human dignity. The opponents of the mechanism of electronic surveillance argue that their use violates the principle of human dignity because it represents an invasion by the State to the privacy of the monitored convict. Opposing this criticism, the supporters argue that this technology came up to exactly the rescue the mentioned principle, which is violated during the daytime when the penalty is executed in prison. This being done, the scientific work has the purpose of verify if the electronic surveillance of people exposed to the prison is compatible with the principle of human dignity. The study under discussion shows itself of great significance to the legal field, justified by the intention of contribute to the formation of a more rational position concerning the discussion that involves electronic surveillance and the principle of human dignity. In this work, it was used the research method called deductive reasoning, the method of procedure historical-evolutionary, as well as the comparative method. In what concerns the technique of research, the work is founded in the indirect documentation, especially in the bibliographic research, performed in specialized books and related doctrine, journals, published articles in magazines and on the Internet. After the proposed study, it is clear that, faced with the possibility of monitoring regarding the intimacy or imprisoning with every restraint peculiar to the imprisonment, the right to privacy must give way in favor of the application of the electronic surveillance. Hence, it is concluded that the compatibility between the electronic surveillance and the principle of human dignity depends on the way the measure is imposed, with the privacy not being an obstacle to its application. So, once established ethical means for the application of the electronic surveillance, there is no need to talk about violation, but in true compatibility of the measure with the principle of human dignity.

Keywords: Electronic surveillance. Human dignity. Intimacy.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C. – antes de Cristo

Apud. – citado por

Art. - artigo

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

Infopen – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

LEP – Lei de Execução Penal

Nº - número

p. - página

Séc. - século

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O IDEAL RESSOCIALIZADOR DA PENA EM FACE DA REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	14
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS	15
2.2 AS FINALIDADES DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	18
2.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena.....	19
2.2.2 Teorias Relativas ou Preventivas	21
2.2.3 Teorias Mistas ou Unificadoras das Penas.....	25
2.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES DE PENAS ADMITIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	26
2.4 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	29
2.5 A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO E SUA CONSEQUÊNCIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO.....	31
3 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E REFORMA PENAL: O USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM ALTERNATIVA AO CÁRCERE	35
3.1 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE INFRATORES: CONCEITO, ORIGEM E OBJETIVOS.....	36
3.2 EXPERIÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO ESTRANGEIRO	40
3.3 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	45
3.4 SISTEMAS DE TECNOLOGIAS UTILIZADOS.....	49
3.5 CRÍTICAS AO USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO	52
4 DA (IN)COMPATIBILIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	56
4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	57
4.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	62
4.3 A PONDERAÇÃO NO CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	67

4.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MONITORAMENTO ELETRÔNICO	70
5 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	83
ANEXOS	88

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente o sistema penitenciário brasileiro conta com mais de meio milhão de pessoas encarceradas, vivendo, em regra, em condições que impõem além da privação de liberdade, a perda da dignidade. Situação que corrompe impiedosamente o cidadão, afastando-o do caminho da reeducação, e perpetua um estigma destruidor capaz de obstar o processo de reinserção social.

A realidade demonstra que não passa de uma utopia acreditar que a prisão é capaz de ressocializar, reeducar e reformar o apenado. Nas condições em que se encontra, longe de tais ideários, o cárcere degenera e submete o indivíduo a um penoso processo de despersonalização, favorecendo sobremaneira a neutralização de valores humanos básicos, contribuindo para a estigmatização do apenado e funcionando na prática como legítimo meio reprodutor da criminalidade.

Diante desse cenário, tem se defendido a instituição de penas alternativas para condenados não perigosos, visando evitar que sejam corrompidos pelo falho sistema carcerário, destinando a prisão apenas às situações de reconhecida necessidade, para os indivíduos que efetivamente representem um perigo à sociedade e encarnam um sério risco de reiteração delitiva.

No contexto resenhado da ineficácia da pena de prisão, que se agrega à busca de novos rumos e paradigmas no universo penal, os avanços provenientes da revolução tecnológica global despertaram para a possibilidade de utilizar a tecnologia em favor da justiça criminal.

Nessa perspectiva, surge a ideia de monitoramento eletrônico de infratores como forma de estabelecer um meio alternativo ao encarceramento que resulte na imposição de uma pena mais humanitária.

A possibilidade de utilizar essa inovadora tecnologia como forma de evitar o ingresso do infrator não perigoso no cárcere fez surgir acaloradas discussões nos contextos jurídico e social. A doutrina se divide e põe em relevo o questionamento acerca da compatibilidade da medida com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os opositores do mecanismo de vigilância eletrônica alegam que o seu uso fere o princípio da dignidade da pessoa humana por representar uma invasão do Estado na intimidade do monitorado. Obtemperando essa crítica, os defensores sustentam que essa tecnologia surgiu exatamente em socorro ao mencionado princípio, que é diuturnamente violado quando a pena é executada no cárcere.

Nessa conjuntura, o trabalho científico em epígrafe propor-se-á a aferir se o monitoramento eletrônico de pessoas sujeitas ao cárcere é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O estudo em comento mostrar-se-á de elevada importância para o meio jurídico, justificando-se pela pretensão de contribuir para a formação de um posicionamento mais racional relativamente à discussão que envolve o monitoramento eletrônico de pessoas sujeitas ao cárcere e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, o trabalho que ora se introduz desafiará a alcançar alguns objetivos específicos, quais sejam, demonstrar que a execução da pena no cárcere constitui obstáculo intransponível ao processo de ressocialização do apenado; traçar os aspectos mais relevantes que envolvem a tecnologia do monitoramento eletrônico de pessoas sujeitas ao cárcere; delinear as principais experiências internacionais com a aplicação da inovadora tecnologia a serviço da justiça criminal; proceder à análise das principais críticas que cercam o sistema; estudar a noção de dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos; e analisar a técnica da ponderação de direitos, bens, valores e interesses, a fim de avaliar o que deve preponderar, se a preservação do direito à intimidade, ou a restrição desse direito em favor da execução de uma pena menos intrusiva que o cárcere.

Para atingir tal desiderato a que se propõe este estudo, lançar-se-á mão do método de abordagem cognominado raciocínio dedutivo, pelo qual serão analisados os aspectos que norteiam o sistema de monitoramento eletrônico, notadamente os fins a que se destina, a forma como a tecnologia é utilizada, como pretende contribuir para a ressocialização do apenado, buscando-se ponderar entre os valores agregados à monitoração eletrônica e ao direito à intimidade, para, então, aferir se esse mecanismo é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Também utilizar-se-á o método de procedimento histórico-evolutivo, na medida em que será feita uma análise da evolução das penas, da origem e desenvolvimento da ideia de monitoramento eletrônico de presos, bem como dos antecedentes históricos da noção de dignidade da pessoa humana; e o método comparativo, oportunidade em que serão traçadas as principais experiências da aplicação do monitoramento eletrônico no direito estrangeiro, buscando demonstrar que esse mecanismo tem ganhado relevo no cenário jurídico mundial, e se mostrado eficiente quanto aos fins à que se destina.

Quanto às técnicas de pesquisa, o trabalho centrar-se-á, *a priori*, na documentação direta e indireta. Notadamente alicerçado na pesquisa bibliográfica, realizada em livros especializados e doutrina correlata, periódicos, artigos publicados em revistas e na internet, e

na análise da legislação pertinente, com o fito de solidificar uma maior base teórica acerca do tema tratado, especialmente no que tange aos posicionamentos doutrinários que gravitam em torno da possibilidade de utilizar o monitoramento eletrônico como meio alternativo ao cárcere.

Com o intuito de melhor estruturar as informações, o presente trabalho monográfico será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo versará essencialmente sobre a realidade da execução da pena privativa de liberdade no cenário brasileiro, em face do que se idealizou na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal. Partir-se-á da evolução histórica das penas, passando para a análise das teorias que explicam as suas finalidades, e traçando-se as características e espécies de penas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a adentrar na forma como a pena privativa de liberdade é executada e aferir se tem alcançado a finalidade ressocializadora.

Por sua vez, o segundo capítulo abordará o monitoramento eletrônico de infratores em seus aspectos mais relevantes, desde a origem da ideia de vigilância eletrônica como meio alternativo ao cárcere, passando pelo conceito, sistemas de tecnologias utilizados, a forma como vem sendo aplicado no direito estrangeiro, como está regulamento no ordenamento jurídico brasileiro, até os principais argumentos dos opositores da medida.

Por ultimo, o terceiro capítulo a ser apresentado *infra*, dispor-se-á a tratar do ponto-cume do presente trabalho monográfico. Em tal capítulo aferir-se-á se a utilização do monitoramento eletrônico como meio alternativo ao encarceramento é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. Para tal desiderato, será abordada a noção de dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, bem como analisada a técnica da ponderação, por meio da qual se chegará à análise de qual bem jurídico tutelado deve preponderar na preservação da dignidade da pessoa humana, se o direito à intimidade ou o direito de à execução de uma pena mais humanitária.

Após a análise dos pontos apresentados no decorrer dos três capítulos, poder-se-á aferir se o sistema de monitoramento eletrônico de pessoas sujeitas ao cárcere é, ou não, compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 O IDEAL RESSOCIALIZADOR DA PENA EM FACE DA REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Diante da necessidade de estabelecer uma convivência harmônica em sociedade, ao longo da história os indivíduos foram elegendo bens jurídicos que mereciam proteção, e fixando as consequências para quem perturbasse a ordem ao ferir um bem jurídico tutelado.

A história mostra que essas consequências, as penas, passaram por diversos períodos, acompanhando a evolução da própria sociedade, que as estabeleciam visando atingir finalidades que vão desde a retribuição do mal causado e a prevenção de futuros delitos, até a ressocialização do delinquente.

Na maior parte do tempo as penas apresentaram um caráter extremamente cruel, passando por penas corporais e infamantes, até se chegar à pena de prisão, considerada, na época de sua implantação, um meio adequado para se conseguir a ressocialização do transgressor.

Não obstante as legislações modernas adotem a pena de prisão como o principal meio de punição, é inegável o seu fracasso, mormente porque se mostrou inidônea para alcançar todas as finalidades da pena.

A realidade brasileira não se distancia da realidade de tantos outros países que investem pouco no sistema carcerário. O que se verifica é que o cárcere serve exclusivamente para retribuir o mal causado pelo delito, sem qualquer estrutura hábil a preparar o retorno útil do indivíduo na sociedade.

Ao contrário do que se idealizou, o cárcere tem se mostrado mais uma pena cruel e desumana, na medida em que submete seres humanos a condições de vida degradantes e promove todas as espécies de violações, que vão desde ofensas verbais e castigos físicos, até a privação de necessidades básicas como higiene e alimentação adequada.

Na prática, longe de ressocializar, reeducar e reformar o indivíduo que transgrediu a norma penal, o cárcere corrompe e o sujeita a um verdadeiro processo de despersonalização.

Diante desse cenário, tem se defendido que a clausura, derradeira instância do controle social, deve ser o último recurso, reservada aos violentos e aos multirreincidentes, muitos dos quais se aperfeiçoaram na própria prisão e encarnam um sério risco de reiteração delitiva, aplicando-se aos demais ofensores outras alternativas de punição.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

A origem das penas é anterior à própria criação da sociedade organizada, remontando aos mais antigos grupamentos de homens. A história nos mostra que diante da necessidade de manter a ordem nas sociedades mais primitivas, o homem passou a adotar certas normas disciplinadoras.

De acordo com Gomes Neto (2000, p. 22) a história da pena atravessou seis períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário, científico e nova defesa social. O autor explica que tais períodos não se sucederam de maneira sistêmica, sendo possível que em um mesmo momento histórico subsistissem características de diversos períodos.

A fase mais primitiva da história das penas é a fase da vingança privada. Nesse período, a pena significava exclusivamente o exercício de uma vingança, e não guardava qualquer medida com o ofensor ou com o injusto causado.

Caracterizada como uma reação da vítima ou de seus familiares ou grupo social (clã, família ou tribo), contra aquele que praticou um ilícito ou contra o próprio grupo do qual o ofensor fazia parte, a vingança privada compreendia a imposição de uma pena desproporcional à ofensa causada.

Diante dessa desproporção existente entre a ofensa e a resposta, foi editada a Lei de Talião, que estabeleceu como parâmetro para a imposição das penas uma justa compensação do mal praticado. Dessa forma, a reação passou a ser proporcional à ofensa, justificando o brocardo “olho por olho, dente por dente”; e individualizada, recaindo tão-só na pessoa do ofensor.

A pena que era a legítima forma de vingança da vítima ou de seu grupo social, passa a ter como fundamento uma entidade superior no período da vingança divina. Nesse período, as punições se justificavam para conter a ira da divindade e realizar a purificação da alma do infrator. Conforme Gomes Neto (2000, p. 24) esse foi um período muito perverso, em que, em nome de um fanatismo religioso, praticaram-se monstruosidades.

Nesse período, surgiu o Código de Manu (séc. XI a.C.), na Índia, que estabelecia uma divisão em castas com o objetivo de purificação da alma do infrator através do castigo.

Quando a sociedade se desenvolveu, tornando-se mais organizada, o Estado, então fortalecido, chamou para si a responsabilidade de definir quais os bens jurídicos

indispensáveis ao equilíbrio social e quais as consequências para quem ousasse perturbar a ordem jurídica. Atinge-se a chamada fase da vingança pública.

Os castigos que antes eram estabelecidos e executados de acordo com as vontades das vítimas ou o de seu grupo, nesse período passaram a ser regulamentados de acordo com os interesses do soberano, que alegava agir em nome da divindade, ainda confundindo o castigo com a ideia de religião.

No período da vingança pública a punição permanecera extremamente cruel e desumana. Os soberanos enxergavam na pena mais do que um meio de punir, simplesmente. Ela representava o próprio poder, uma forma de atemorizar todos aqueles que se opusessem aos interesses dos governantes. As punições eram, de regra, executadas em praça pública, com a obrigação dos populares assistirem aos martírios e suplícios dos condenados.

A atrocidade das execuções realizadas em praça pública é fielmente descrita por Michel Foucault (2004, p. 9) em famosa passagem do clássico “Vigiar e Punir”:

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

Essa crueldade na execução das penas perdurou até meados do século XVIII. Com o surgimento dos ideais iluministas houve uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à imposição das penas. A partir das ideias de Cesare Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e Penas”, publicada em 1764, iniciou-se um movimento de indignação com relação ao tratamento cruel dispensado aos seres humanos sob uma falsa legalidade.

Surge então o período que os estudiosos convencionaram denominar humanitário.

Na visão de Beccaria (1998, p. 62), era inconcebível uma sanção penal que impusesse ao transgressor um sofrimento cruel e desproporcional ao crime cometido e ultrapassasse o grau de necessidade de prevenção geral.

Em sua obra, Beccaria insurgiu-se contra a pena de morte e a tortura e, sustentando o princípio da legalidade e da presunção de inocência, defendeu como finalidades da pena a intimidação e a recuperação do delinquente.

As ideias difundidas por Beccaria repercutiram tanto no universo jurídico, que chegaram a influenciar, inclusive, os artigos 7º e 8º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Não se poderia mais admitir que o corpo dos condenados sofresse as crueldades da imposição de uma pena desumana. Aos poucos as penas de morte, corporais e infamantes foram cedendo lugar para as penas privativas de liberdade.

Narrando sobre as reformas penais ocorridas no fim do século XVIII e início do século XIX, Foucault (2004, p. 12) aduziu que “em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal”.

A prisão, antes concebida como meio de conter o delinquente até que ocorresse a execução de uma pena corporal ou infamante, nesse período assume a posição de uma pena mais humanitária.

Seguiu-se o período científico, por meio do qual a pena deixou de ser simples tutela jurídica, encontrando sua medida nas características do delito e variando conforme a intensidade deste. Sob essa ótica, o delito passa a ser considerado a representação de um sintoma patológico de seu autor, e a pena considerada a sua cura. A pena passa, pois, a ser vista com um remédio que deve ser ministrado conforme a periculosidade do delinquente.

Em 1945, quando o mundo se refazia da crise vivida no período da Segunda Guerra Mundial, o professor italiano Filippo Gramatica, preocupado com a humanização das instituições penais e com a ressocialização do delinquente, propôs a criação de um direito de defesa social. Surge, nesse contexto, o período da Nova Defesa Social.

Sob essa concepção busca-se, por meio da pena, não apenas retribuir o mal causado, mas também promover a proteção dos membros da sociedade, reeducar o delinquente e conservar a sua noção de pessoa humana.

Rechaça-se a ideia de um direito penal repressivo, que deve ser substituído por sistemas preventivos e por intervenções educativas, defendendo não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada indivíduo.

Gomes Neto (2000, p. 42) explica que a maior preocupação dos defensores do Movimento da Defesa Social é com o sistema carcerário vigente. Segundo o autor, isso deve

ao fato de que a prisão “não regenera, nem ressocializa, antes perverte, corrompe, destrói, aniquila a saúde, a personalidade, estimula a reincidência e onera sensivelmente o Estado, sendo uma verdadeira escola do crime, paga e manipulada pelo próprio Estado”.

Diante dos efeitos negativos provocados pelo cárcere, o que se defende é que este seja destinado apenas aos criminosos perigosos. Logo, os indivíduos que cometeram infrações de penais de pouca ou nenhuma gravidade, seriam poupados dos efeitos catastróficos causados pelo sistema carcerário através da aplicação de medidas alternativas.

2.2 AS FINALIDADES DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A discussão acerca das finalidades da pena ocupa o cenário jurídico-penal desde os primórdios do surgimento da Ciência Penal, isto porque sua essência compõe o fundo de toda a teoria do direito penal.

O direito penal é composto por um sistema pelo qual há tipificação do crime como pressuposto e da pena como seu efeito jurídico. Logo, ante a prática de um fato definido pela norma penal como crime, o ordenamento jurídico reage, aplicando ao transgressor uma sanção.

Não obstante existam outras formas de controle social, a pena é utilizada pelo Estado com a finalidade de resguardar bens jurídicos considerados imprescindíveis para a coexistência no âmbito de uma organização socioeconômica, impedindo eventuais lesões.

A cominação de uma pena é justificada pela necessidade de conservar o ordenamento jurídico, como pressuposto fundamental para harmonizar a vida em sociedade, de maneira que, sem a pena, o direito deixaria de ser um ordenamento coercitivo, restringindo-se a normas de cunho meramente ético.

Outrossim, ressalte-se que a pena é indispensável para atender a necessidade de justiça da sociedade, de maneira que seria inimaginável uma convivência harmônica das pessoas se o Estado não estabelecesse as penas, obrigando agressor e vítima a conviverem como se nada houvesse acontecido, o que acarretaria na realização da justiça com as próprias mãos e o retorno à pena privada.

Pelo exposto, infere-se que a pena, que consiste na privação ou restrições de bens jurídicos com fundamento na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao

transgressor da norma penal, é a consequência jurídica mais importante do delito (PRADO, 2011, p. 627).

Várias são as teorias que procuram explicar as finalidades e os fundamentos da pena. Fonseca (2012, p. 22) assevera que não é tarefa fácil referir-se às teorias da pena, haja vista que o delito provoca reações diversas em cada grupo de pessoas, causando grande subjetivismo no que tange ao assunto.

No decorrer da história, as teorias que versam sobre as finalidades da pena sofreram transformações, de forma que se passou de uma concepção retributiva a uma formulação preventiva. Passa-se à análise dessas teorias.

2.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena

As teorias absolutas ou retributivas da pena desenvolveram-se a partir da segunda metade do século XVIII, sob a concepção de que a pena tem a finalidade exclusiva de castigar aquele que praticou um delito.

De acordo com essas teorias, a essência da pena esgota-se na retribuição, na reparação ou compensação do mal causado pelo delito, ainda que existam efeitos reflexos relevantes, como a intimidação da generalidade de pessoas, de neutralização do agente e de ressocialização. O fim único é, pois, retribuir o mal causado, punindo-se o autor de forma justa e equivalente ao dano e à sua culpa.

Desta feita, pelas teorias absolutas ou retributivas da pena, não se almeja a ressocialização do delinquente, nem a reparação do dano causado à vítima, mas sim a punição em si, o castigo, a retribuição do mal causado em decorrência do desrespeito às normas e à própria sociedade.

Nesse sentido, Noronha (2000, p. 223) explica que a pena nas teorias absolutas é a simples consequência de um mal cometido pelo delinquente, despida de qualquer fim socialmente útil:

As absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (*punitur quia peccatum est*). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime.

Não há nas teorias absolutas a ideia de função para a pena que não seja a retribuição em si. A transgressão à lei por si só já enseja a aplicação da pena. Constitui uma reação agressiva da sociedade em face do infrator. Nessa ótica, o direito penal é tido como instrumento estatal, cuja função exclusiva é retribuir ao transgressor da norma penal o mal praticado contra seu semelhante, ou contra o próprio Estado.

Bitencourt (2010, p. 98), explica que a única finalidade da pena nas teorias absolutas é fazer justiça. Trata-se de uma consequência imposta àquele que decidiu pelo crime:

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

Destarte, para as teorias absolutas a pena consiste num instrumento de correção do mal causado pelo crime, mediante a imposição de outro mal ao delinquente. Parte-se da premissa de que o homem é dotado de livre arbítrio, podendo optar pelo caminho do justo ou do injusto. Se optar por este, terá contra si a imposição de uma pena, que busca retribuir de forma equitativa o mal injusto praticado pelo delinquente, processando a restituição da ordem jurídica.

Immanuel Kant e Georg Hegel foram os defensores mais expressivos da teoria absoluta, cada um apresentando suas particularidades. Enquanto para Kant a fundamentação é de ordem ética (teoria da retribuição moral), para Hegel é de ordem jurídica (teoria da retribuição lógico-jurídica).

Para a teoria da retribuição moral de Kant, a pena se fundamenta no livre-arbítrio do homem, de forma que, se este utilizar-se da liberdade que lhe é inerente para a prática de um delito, deve, por uma necessidade de justiça absoluta, sofrer uma punição como retribuição pelo mau uso dessa liberdade.

Conforme o pensamento kantiano, o indivíduo que descumpre os ditames legais não é merecedor do direito de cidadania, logo, cumpre ao monarca aplicar-lhe uma pena. Nessa ótica a lei era tida como um imperativo categórico, ou seja, como um fim em si mesmo, independentemente de considerações utilitárias.

Diversamente do que defendia Kant, para a teoria da retribuição lógico-jurídica desenvolvida por Hegel, a pena não resulta de um mandato absoluto de justiça, mas sim de uma exigência da razão, justificada a partir de um processo dialético inerente à idéia e ao conceito de direito. Isso porque o crime é uma violência contra o direito e a pena seria uma

violência capaz de anular a primeira. Segundo Queiroz (2009, p. 92), para a teoria desenvolvida por Hegel, a pena é “a negação da negação do direito, ou seja, é a sua afirmação (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação)”.

Na concepção de Hegel a pena é justificada pela necessidade de reintegrar a ordem jurídica e social que foi negada pelo delinquente. Constitui, pois, a melhor forma de retribuir o delito e restabelecer o direito lesado.

Em que pese as particulares diferenças entre as formulações de Kant e Hegel, em ambas as teorias é comum o fato de que a pena tinha por finalidade exclusiva retribuir o delito praticado, independentemente de razões utilitárias ou preventivas.

Em todo caso, tecem-se críticas severas às teorias absolutas, chegando-se a afirmar que são irracionais. Nesse sentido, Prado (2011, p. 629) aduz: “A ideia de retribuição em seu sentido clássico, como aliás é mais conhecida, além de indemonstrável, tem base ética e metafísica, despida de racionalidade”.

Embora a finalidade retributiva da pena atenda aos anseios de justiça da sociedade atemorizada com a criminalidade, não é concebível que nos Estados contemporâneos, que esbarram em limites constitucionais intransponíveis, sobretudo na dignidade da pessoa humana, a pena se preste exclusivamente a retribuir o mal com outro mal, independentemente de funções utilitárias ou preventivas.

2.2.2 Teorias Relativas ou Preventivas

As teorias relativas, também conhecidas como preventivas ou prevencionistas, se contrapõem às teorias absolutas, haja vista que nessa concepção a pena não visa exclusivamente retribuir o mal causado pelo delito, mas servir a determinados fins. Busca-se precipuamente através da imposição da pena evitar a ocorrência de novos delitos.

Nessa concepção, a pena é um mal necessário, não para a realização da justiça, mas para a prevenção de novos delitos, evitando a propagação de condutas criminosas. Trata-se de uma concepção utilitarista que projeta seus efeitos para o futuro.

Para Fonseca (2012, p. 31), as teorias relativas consistem em teorias de fins, haja vista que sustentam que a pena, na qualidade de instrumento político-criminal, deve atender ao sentido social-positivo para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, que é a prevenção ou “profilaxia criminal”.

As teorias relativas dividem-se em teoria da prevenção geral - positiva ou negativa- e teorias da prevenção especial.

Na prevenção geral a pena é destinada a provocar um verdadeiro efeito inibidor da prática de crimes na sociedade como um todo. Nessa concepção, a punição imposta a um indivíduo funciona como uma ameaça aos demais para que se abstenham de cometer delitos.

Buscava-se demonstrar a realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade de sua execução, como uma forma de intimidar as pessoas propensas a praticarem crimes, visando desestimulá-las.

Segundo Bittencourt (2010, p. 108), a prevenção geral funda-se nas ideias da intimidação, ou imposição do medo, e da ponderação da racionalidade do homem. Para o autor as pessoas precisam utilizar a razão para não cometerem delitos, já que tem o prévio conhecimento de que sua prática leva à aplicação de uma sanção penal.

Dentro da prevenção geral fala-se em uma prevenção geral negativa ou intimidatória, defendida por Feuerbach na teoria da coação psicológica, segundo a qual a ameaça da pena, aliada à efetiva aplicação desta em caso de transgressão da norma penal, constituem, efetivamente, uma coação psicológica destinada aos cidadãos para que se abstenham da prática delitiva, capaz de solucionar o problema da criminalidade.

Corroborando esse entendimento, Queiroz (2009, p. 94) explica que para Feuerbach a certeza da aplicação da pena atua como um “contraimpulso” ao impulso da prática criminosa. O autor conclui que:

Fim da pena é a prevenção geral de novos delitos, por meio de uma coação psicológica exercida sobre seus destinatários, distinguindo-se dois momentos da pena: o da cominação e o da sua aplicação. No primeiro, o objetivo da pena é “a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”; no segundo, fim da norma é “dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem a aplicação da cominação, tal seria ineficaz”. Em ambos os casos, o direito penal tem por fim a prevenção geral negativa de futuros delitos.

Ainda no âmbito da prevenção geral, a doutrina moderna, de linha funcionalista, defende a chamada teoria da prevenção geral positiva ou integradora, segundo a qual a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, busca reforçar a confiança da sociedade nas normas jurídicas.

A pena baseada na teoria da prevenção geral positiva desempenha três funções na vida social, quais sejam: a função informativa, que consiste na apresentação das regras sociais básicas à comunidade, informando o que é ou não permitido fazer; a função de proporcionar

confiança na capacidade do direito se impor; e, a função de pacificar a sociedade, restabelecendo a paz jurídica abalada pela transgressão penal.

Nessa ótica, o delito é uma ameaça ao equilíbrio social, eis que demonstra o desrespeito ao direito e abala a confiança institucional, e a pena, quando aplicada, reforça e consolida no sentimento da sociedade a confiança na autoridade do Estado.

A distinção primordial das teorias da prevenção geral – positiva e negativa- reside no fato de que a prevenção geral negativa opera sobre membros da coletividade mais propensos à práticas delitivas, ou seja, se volta àqueles que cogitam, com frequência, praticarem crimes; ao passo que a prevenção geral positiva é destinada àqueles indivíduos que não apresentam inclinação para a prática criminosa, não se sentindo ameaçados pela pena, já que não enxergam como a eles dirigida, mas sentem-se protegidos diante da percepção de que o sistema penal resguarda com eficácia os bens jurídicos essenciais à uma coexistência harmônica.

As teorias da prevenção geral sofreram severas críticas. Dentre elas, Bitencourt (2010, p. 108) destaca que a simples ameaça de imposição de uma pena ou o fato de saber que outro indivíduo foi punido não é suficiente para impedir alguém de realizar o ato delitivo. Para o autor, é até possível que o homem médio seja inibido de praticar um delito ante a ameaça da imposição de uma pena, mas, isso não acontece em todas as situações, a exemplo dos delinquentes habituais.

Criticam-se ainda as teorias da prevenção geral, sob o argumento de que o Estado não pode se valer do apenado para alcançar o controle social, pois, caso assim o faça, não seria considerado um Estado de direito, e sim um Estado autoritário. Para Fonseca (2012, p. 37), há violação da dignidade humana, na medida em que “fazem do apenado uma verdadeira massa de manobras, pois, sendo o fim da pena fazer com que o sistema social caminhe bem, o ser humano acaba sendo um mero instrumento nesse processo”.

Enquanto na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os demais membros da comunidade cometam delitos, na prevenção especial o objetivo da pena está voltado especificamente para o condenado, de maneira individualizada, visando a sua correção, como forma de evitar que venha a cometer novos delitos no futuro.

Vê-se, pois, que para a teoria da prevenção especial a pena é direcionada para a pessoa que cometeu o delito, não para a sociedade. Assim, o que se pretende com a pena é evitar novos crimes a partir da correção, ressocialização ou neutralização do delinquente. Nas

precisas palavras de Queiroz (2009, p. 98): “o direito penal pretende em última análise a conversão do delinquente num homem de bem”.

Nessa ótica, através da imposição de uma pena justa, busca-se educar e ressocializar o delinquente com vistas a reinseri-lo na sociedade.

Apontado como o representante mais expressivo da teoria da prevenção especial, Franz Von Liszt defendia que a finalidade da pena ou das medidas de segurança era evitar a prática de futuros delitos, conforme as particularidades de cada delinquente. Liszt distinguiu os delinquentes não ocasionais corrigíveis dos delinquentes habituais incorrigíveis. Assim, para os delinquentes ocasionais que não necessitam de correção, a função da pena é advertir ou intimidar; para os que necessitam de correção, é ressocializar; para os incorrigíveis fim da pena é torná-lo inócuo enquanto for necessário (QUEIROZ, 2009, p. 99).

Para Greco (2009, p. 490) a teoria da prevenção especial pode ser concebida sob duas vertentes: a prevenção especial positiva e a negativa. Segundo o autor:

Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos junto à sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade. Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos. Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros.

Embora a teoria da prevenção especial represente um avanço, sobretudo porque evidencia um caráter humanista, também é alvo de embates doutrinários. Dentre as críticas mais incisivas, destaca-se o fato de que esta teoria não é capaz de demonstrar os limites do poder punitivo do Estado, bem como não trazem os critérios orientadores da intervenção do Estado. Assim, conforme Bitencourt (1993, p. 127), “a teoria da prevenção especial deixa o cidadão ilimitadamente ao arbítrio jurídico-penal do Estado”.

Critica-se também a ideia de ressocialização da pena, haja vista que é muito difícil colocá-la em prática. Parte-se do pressuposto de que o indivíduo privado de sua liberdade e sujeito ao tratamento penitenciário se converterá em uma pessoa de “bem”, respeitadora do ordenamento jurídico. Ora, conforme será demonstrado a seguir, esse ideal de ressocialização não passa de uma utopia, mormente porque que é impossível se falar em reeducação ou ressocialização diante das condições de vida que o sistema prisional proporciona ao apenado.

2.2.3 Teorias Mistas ou Unificadoras das Penas

As teorias mistas ou unificadoras, visando superar as antinomias entre as diferentes formulações teóricas apresentadas, agrupam em um único conceito as finalidades da pena. Trata-se de uma verdadeira combinação dos aspectos mais relevantes das teorias absoluta e relativa.

Para essas teorias, a pena pode desenvolver as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial em face do apenado e das pessoas que o circundam, realizando, dessa forma, uma relação de equilíbrio entre todos os fins da pena. Nesse sentido, Mir Puing (1996, apud GRECO, 2009, p. 491) preleciona que “a retribuição, a prevenção geral e a especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena”.

As teorias mistas criticam as teorias retributivas e preventivas por serem soluções monistas, e por adotarem uma unidimensionalidade que as tornam incapazes de abranger as complexidades dos fenômenos sociais que dizem respeito ao direito penal. Nessa ótica, segundo Bitencourt (2010, p. 112), idealizar a pena com uma ou outra função, de maneira exclusiva, gera graves consequências para a segurança e para os direitos fundamentais do homem.

Nessa concepção, visa-se unir a necessidade de justiça com a utilidade da pena, sem que haja exclusividade de um ou outro aspecto. A pena passa a ter, portanto, além do caráter retributivo, uma finalidade social, só sendo considerada legítima quando for concomitantemente justa e útil.

Prado (2011, p. 637), defende que para a pena ser considerada justa, adequada e proporcional, é necessário que ela atenda aos fins de prevenção. Caso a pena não atenda a esses fins, poderá dar lugar a uma pena menor, ou a uma alternativa que melhor se ajuste aos ideais de prevenção geral e especial:

[...] a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função restritiva ou limitadora da imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação, quando não seja considerada *necessária* do ponto de vista preventivo (grifo do autor).

Figurando na atualidade como a concepção predominante, as teorias mistas ou ecléticas foram adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende da

análise do artigo 59 do Código Penal, segundo o qual a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; *in verbis*:

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.

No mesmo sentido a Lei de Execução Penal estabelece em seu art. 1º que a ressocialização do apenado deve ser alcançada com a aplicação da pena.

Embora os aludidos dispositivos proclamem que a pena deve reprimir e prevenir os delitos, realizando a proteção de bens jurídicos essenciais e a reinserção do condenado na sociedade, a realidade evidencia que este objetivo é obstado pela incongruência entre uma ação pedagógica ressocializadora e a realidade do cárcere e os efeitos que proporciona ao indivíduo.

2.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES DE PENAS ADMITIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A pena, como a principal consequência jurídica da prática de um delito é, nas palavras de Capez (2003, p. 323) uma:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Para Cernicchiaro (1970, apud MIRABETE e FABBRINI, 2010, p. 232) a pena pode ser visualizada sob três aspectos: substancialmente consiste na perda ou privação do exercício de um direito; formalmente está sujeita ao princípio da reserva legal e só se aplica quando o Poder Judiciário respeita o princípio do contraditório; e teologicamente consiste em castigo e defesa social.

Para que a pena aplicada seja justa e adequada aos fins a que se destina, deve apresentar as seguintes características: legalidade, anterioridade, personalidade, individualidade, inderrogabilidade, proporcionalidade e humanidade.

A pena é legal quando está prevista em lei vigente, não se admitindo sua cominação em regulamento ou ato normativo infralegal. É o que se extrai do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e do art. 1º do Código Penal. Tais dispositivos legais fundamentam também a característica da anterioridade, segundo a qual a lei penal já deve estar vigendo no tempo da infração.

A característica da personalidade, prevista no art. 5ª, LXV da Carta Magna, refere-se ao fato de que a pena não pode ultrapassar da pessoa do condenado, devendo ser aplicada e executada em consonância com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (individualidade). É o que determina o art. 5º, XLVI da Constituição Federal.

Por inderrogabilidade entende-se que, uma vez praticado o delito, a pena deve ser efetivamente aplicada e executada. Para tanto, a pena deve ser proporcional ao delito (proporcionalidade), conforme preceitua o art. 5º, XLVI da CF.

Por fim, a pena apresenta a característica da humanidade quando rechaça todo tipo de crueldade, abolindo qualquer situação que desconsidere o homem como pessoa.

A Constituição da República, em seu art. 5º, XLVII, veda expressamente as penas de morte (salvo no caso de guerra declarada); de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis. Essas vedações figuram entre as cláusulas pétreas, conforme preceitua o art. 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna, não sendo possível a sua supressão do texto constitucional.

A prisão, antes utilizada exclusivamente como meio de conter o delinquente enquanto aguardava a execução de uma pena corporal ou infamante, passou à posição de principal meio de punição nas legislações modernas, por ser considerada uma solução mais humanitária.

De acordo com o art. 32, do Código Penal Brasileiro, as penas podem ser: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

As penas privativas de liberdade são, de acordo com a legislação penal brasileira, de reclusão e detenção. De acordo com Prado (2011, p. 648), a distinção entre reclusão e detenção restringe-se basicamente ao regime de cumprimento de pena, que na primeira hipótese deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, ao passo que na segunda, a execução da pena ocorre apenas nos regimes aberto e semiaberto, conforme preceitua o art. 33, *caput*, do Código Penal.

Nos termos do art. 33, §1º, do Código Penal, considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Tratar-se-á das penas privativas de liberdade mais adiante, em tópico específico.

As penas restritivas de direitos consistem em penas autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade. Segundo Prado (2011, p. 679), a imposição dessas penas objetiva “contornar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas a condutas delitivas de escassa repercussão, não raro perpetradas por delinquentes ocasionais”.

De acordo com o art. 43 do Código Penal, existem cinco tipos de penas restritivas de direitos, quais sejam: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, e limitação de fim de semana.

Considerando pontualmente cada espécie de pena restritiva de direitos, tem-se que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de quantia estabelecida pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiário, conforme dispõe o art. 45, § 1º do Código Penal.

De acordo com § 3º do aludido dispositivo legal, dar-se-á a perda de bens e valores pertencentes aos condenados em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Tratam-se de bens ou valores que integram o patrimônio lícito do condenado, devendo o montante perdido se restringir ao que for maior, ou ao montante do prejuízo causado ou ao valor do proveito obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do crime.

A pena de prestação de serviços à comunidade, só aplicável nos casos em que as condenações ultrapassem seis meses de prisão, consiste na atribuição de tarefas ao condenado a serem prestadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas com unitários ou estatais, sendo tais tarefas atribuídas de acordo com as aptidões do condenado, e de forma que não o prejudique em seu trabalho, conforme se infere do art. 46 do Código Penal.

A interdição temporária de direitos busca precipuamente evitar a reincidência. Para tanto, impõe ao condenado uma obrigação de não fazer. Conforme preceitua o art. 47 do Código Penal, quatro são as formas de interdição temporária de direitos, a saber: proibição do

exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares e, proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos.

Por fim, a limitação de fim de semana, prevista no art. 48 do diploma repressivo, consiste na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, preferencialmente por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, onde serão ministrados aos condenados cursos e palestras, ou desenvolvidas atividades educativas.

A pena de multa, terceira espécie de pena adotada pelo Código Penal Brasileiro, está prevista no art. 49, e consiste numa sanção de natureza patrimonial, segundo a qual o condenado deve pagar ao Fundo Penitenciário uma quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

2.4 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, inciso XLVI, determinou que o legislador adotasse, dentre outras, as penas de privação ou restrição de liberdade; de perda de bens; de multa; de prestação social alternativa; e de suspensão ou interdição de direitos.

Conforme dito anteriormente, o texto constitucional vedou expressamente, no art. 5º, inciso XLVII, as penas de morte, exceto em caso de guerra declarada, as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e de natureza cruel.

Infere-se, pois, que das espécies de penas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, a pena privativa de liberdade constitui a principal e também a mais grave forma de repressão, na medida em que o condenado é retirado do meio social e recolhido em estabelecimento prisional.

Em que pese a gravidade da pena privativa de liberdade, a Constituição Federal impõe a observância de inúmeros preceitos com vistas à execução de uma pena mais humana, atendendo ao princípio da humanização das penas, segundo o qual o condenado é sujeito de direitos e deveres que devem ser respeitados.

Conforme preceitua o inciso XLIX do art. 5º da CF, é garantido aos presos o respeito à integridade física e moral, não podendo submetê-los a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante.

Garante-se, outrossim, que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, nos termos do art. 5º, inciso XLVIII da CF. Essa garantia é reiterada com mais proeminência na Lei nº. 7.210/84, que trata da execução penal, na medida em que estabelece as formas de classificação dos indivíduos, de modo a fornecer condições para individualização da pena.

Ressalte-se que são garantidos ao apenado todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória, vedando-se qualquer distinção de natureza social, religiosa ou política, conforme preceitua o art. 3º da Lei de Execução Penal.

Objetivando prevenir a prática de crimes e orientar a ressocialização do apenado, evitando tratamentos discriminatórios e tutelando a dignidade da pessoa humana, a Lei de Execução Penal estabelece também, em seu art. 10, que é dever do Estado prestar assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso, ao internado e ao egresso.

O art. 41, da LEP apresenta um rol exemplificativo dos direitos do indivíduo sujeito à pena privativa de liberdade:

Art. 41 Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Em que pese o nosso texto constitucional e a Lei de Execução Penal garantam essa vastidão de direitos ao apenado, a realidade nos deixa evidente que nada do que se idealizou é efetivamente cumprido.

Não raramente depara-se com notícias de um sistema carcerário que maltrata os apenados das mais variadas formas, que vão desde ofensas verbais até os castigos físicos mais cruéis e desumanos; um sistema carcerário que priva o ser humano de suas necessidades mais

básicas, como higiene e alimentação adequada; um ambiente desordenado, que corrompe, que avilta. Tudo ali, bem aos olhos do Estado, que parece ter retornado aos tempos das execuções públicas e se deleita com os suplícios dos condenados.

2.5 A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO E SUA CONSEQUÊNCIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Quando a prisão se tornou a principal resposta penal, a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio idôneo para obter a reforma do delinquente. Segundo Bittencourt (2010, p. 515), esse pensamento otimista que imperou durante muitos anos desapareceu e atualmente se pode afirmar que a prisão está em crise.

Conforme explanado anteriormente, no curso da história atribuíram-se às penas as finalidades de retribuição, intimidação e ressocialização. Ocorre que, em se tratando de pena privativa de liberdade, a única finalidade efetivamente alcançada no universo carcerário é a da retribuição. Busca-se unicamente reprimir o indivíduo num ambiente opressivo e violento. A intimidação não ocorre. Nunca prendemos tanto e os índices de criminalidade continuam elevados. O cárcere não inibe o delito, nem se presta à punição exemplar. Ao invés de ressocializar, funciona, na prática, como legítimo meio de reprodução da criminalidade.

Falar em ressocialização com a pena de prisão em países periféricos como o Brasil, onde não são destinados recursos para a efetivação do programa reeducativo, onde não existe empenho organizativo, social-solidário e científico, é ignorar a própria realidade.

No Brasil, o problema do sistema carcerário é incrementado pela notória ausência de investimentos na infraestrutura prisional. Conforme dados divulgados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, em junho de 2012 a população carcerária brasileira atingiu um patamar de 549.577 encarcerados, no mesmo instante em que possuía capacidade para comportar apenas 309.074 presos¹, revelando uma das maiores mazelas do sistema prisional nacional: a superlotação.

A superlotação nos presídios brasileiros revela consequências ainda mais graves, na medida em que o indivíduo sujeito ao cárcere não perde apenas o seu direito de liberdade,

¹ Informação disponível em <http://portal.mj.gov.br/main>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012

perde também a sua dignidade em meio ao tratamento execrável e degradante a que é submetido, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade.

Nas precisas palavras de Fragoso (1993, apud, QUEIROZ, 2009, p. 324), o cárcere se encarrega de deformar a personalidade do indivíduo, amoldando-a à subcultura da prisão. Segundo o autor, “reunir coercitivamente pessoas do mesmo sexo num ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento, corrompe e avilta”.

A atual situação do indivíduo sujeito à pena privativa de liberdade no sistema carcerário brasileiro é fielmente delineada por Leal (2001, p. 21) na seguinte passagem:

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes; prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso ‘sorteado’ é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.

Num cenário de graves violações de direitos como o descrito acima, a pena imposta ao indivíduo muito se aproxima da pena cruel, vedada pelo § 2º do art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Levando-se em consideração que uma das finalidades da pena é a ressocialização do transgressor da norma penal, não há dúvida de que num ambiente em que não se preservam condições mínimas de dignidade da pessoa humana, qualquer intenção de ressocialização será frustrada, haja vista que o encarceramento nessas condições acaba por neutralizar a formação e o desenvolvimento de valores humanos básicos, contribuindo para a estigmatização do detento e funcionando na prática como legítimo meio de reprodução da criminalidade. Nesse sentido se posiciona Greco (2009, p. 517):

Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados, mas não cumpridos. O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre as consequências pela má

administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que se pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido promíscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar à delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajudá-lo.

Ao invés de constituir meio para frear a delinquência, o calamitoso sistema carcerário brasileiro parece estimulá-la, convertendo-se em ferramenta que oportuniza todo tipo de desumanidade. Não traz qualquer benefício ao apenado; ao contrário, proporciona toda sorte de corrupções e degradações. A realidade é que, no estado em que se encontra, o cárcere degenera e submete o indivíduo a um penoso processo de despersonalização, constituindo, pois, meio inidôneo para alcançar a finalidade ressocializadora da pena.

O fato é que, embora o ideal ressocializador contemplado pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal não passe de uma utopia, Zaffaroni e Oliveira (2012, p. 439) asseveram que “não é possível afirmar com tranquilidade se algum dia a humanidade chegará à perfeição que lhe permita abolir a prisão”.

Nesse caso, se não há possibilidade de abolir a pena de prisão, torna-se imperiosa a busca por soluções atinjam minimamente o delinquente, refletindo numa pena mais humana.

Diante disso, o que se propõe é a adoção de uma postura penal mais garantista, por meio da substituição das penas privativas de liberdade de curta duração por alternativas penais mais humanas e eficazes, evitando que o indivíduo não perigoso seja corrompido pelo falho sistema carcerário.

Nesse viés, as penas privativas de liberdade devem ser destinadas exclusivamente às penas de longa duração e aos condenados que efetivamente representem um perigo à sociedade e sejam considerados de difícil recuperação. Assim, deve-se limitar a prisão às situações estritamente necessárias.

Ressaltando a importância de substituir a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa, Costa Jr. (2010, p. 225) aduz que:

A prisão faliu na missão pedagógica que procurou desempenhar através dos tempos. A pena privativa de liberdade não reeduca, corrompe; não recupera, deprava. Diante da falência da prisão, o legislador só deveria dela recorrer em casos extremos, de suma gravidade. Impunha-se substituí-la, o quanto possível, por sanções diversificadas. As soluções alternativas mostram-se vantajosas, sob todos os aspectos. Não só por evitarem a *reformatio in pejus* do condenado como por representarem economia sensível para os cofres públicos. (grifo do autor)

Não se pode perder de vista que a situação da sociedade contemporânea no contexto da nova ordem mundial globalizada contribuiu para o desenvolvimento de mecanismos

tecnológicos utilizados a favor da gestão prisional. Nesse contexto, surge a ideia de monitoração eletrônica como forma de estabelecer meios alternativos ao encarceramento que resultem numa imposição de pena mais humana e minimize os efeitos nocivos do cárcere.

Destarte, defende-se que o monitoramento eletrônico surge como uma alternativa penal viável, haja vista que figura como instrumento utilizado para evitar os efeitos negativos decorrentes do cárcere, proporcionando ao sentenciado não perigoso uma maior integração social, por meio do trabalho e pelo contato direto e imediato com sua família, e favorecendo de maneira mais humana à concretização do ideal ressocializador da pena.

3 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E REFORMA PENAL: O USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM ALTERNATIVA AO CÁRCERE

Nos últimos cem anos nossa sociedade vem passando por um processo de constantes e aceleradas transformações. O estágio atual da sociedade tem apontado uma série de mudanças na vida e nas instituições que formam o chamado mundo moderno, e um dos fatores que tem contribuído para essas mudanças é o rápido desenvolvimento tecnológico, motivado pelo progresso das áreas da comunicação e da informática.

Em decorrência do progresso tecnológico e da disseminação da informática, o que antes era considerado ficção científica, tornou-se em pouco tempo uma realidade palpável. Os aparatos tecnológicos encontram-se tão ligados à vida das pessoas que já não se nota a sua presença no dia-a-dia.

Vive-se na era do mundo globalizado, caracterizado pela intensidade do fluxo de informações, pela interdependência das nações, pelo progresso constante de meios tecnológicos de comunicação, pela integração global dos mercados financeiros, etc.

Assim como as demais áreas do conhecimento, o Direito também está em constante adequação às novas posturas sociais decorrentes do movimento de globalização. Este, inclusive, pode fornecer meios para solucionar problemas até então considerados sem solução.

Nesse contexto, assim como surgiram mecanismos eletrônicos de vigilância com vistas a prevenir atentados contra bens e pessoas diante da assustadora criminalidade observada (a exemplo de câmeras espalhadas pelas cidades e estradas, alarmes nas residências, sistema de monitoramento de veículos, etc.), recorreu-se à tecnologia para se pensar em soluções viáveis aos problemas do sistema penal.

Diante do cenário das graves violações engendradas no âmbito do cárcere, o sistema de Justiça Penal se abre para a possibilidade de utilizar a tecnologia em seu favor, estabelecendo um reajuste na execução das penas.

Assim, as legislações modernas mundiais têm adequado o direito criminal às novas práticas provenientes do progresso tecnológico, permitindo uma nova reflexão acerca dos meios mais adequados para se punir. Nessa perspectiva, surge a possibilidade de se utilizar o monitoramento eletrônico como uma alternativa penal mais humanitária.

3.1 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE INFRATORES: CONCEITO, ORIGEM E OBJETIVOS

Não é de hoje que o homem vem utilizando a tecnologia em seu favor para enfrentar barreiras antes consideradas intransponíveis. O homem, que em outros tempos visualizava a prisão como a única solução para a penalização de delitos, utiliza agora a ciência em favor do sistema penal na busca por soluções alternativas mais humanitárias.

Nas últimas décadas, o desenvolvimento tecnológico repercutiu intensamente em todos os setores da sociedade, favorecendo sobremaneira à criação de novas formas de se pensar, inclusive, o Direito.

Como decorrência da revolução tecnológica e do conseqüente progresso da informática, o sistema penal se abre para a tecnologia do monitoramento eletrônico como uma nova alternativa a uma instituição tão desacreditada como o cárcere.

Defendendo a necessidade de utilização do desenvolvimento tecnológico a favor da gestão prisional, Fonseca (2012, p. 66) assevera que “seria um verdadeiro absurdo pensar que na sociedade de informação, uma instituição tão questionada como o cárcere iria permanecer imutável ante a existência de novas tecnologias”.

Nessa perspectiva, surge o monitoramento eletrônico, justificado pela necessidade de implementar medidas alternativas ao cárcere, de modo a permitir a diminuição do contingente carcerário nos estabelecimentos reservados a presos provisórios e condenados a penas de curta duração, e reduzir os índices de reincidência e os gastos do Estado com os custos penitenciários.

Consiste o monitoramento eletrônico numa ferramenta de vigilância que controla a liberdade do infrator por meio de um sistema eletrônico de identificação pessoal, permitindo conhecer a precisa localização, o percurso e o deslocamento do indivíduo monitorado, e evitar a sua aproximação ou distanciamento de lugares previamente estabelecidos.

Nesse sistema, formado por dois dispositivos, um transmissor e um receptor, há a emissão de sinal eletrônico pelo primeiro, que é captado pelos encarregados de fiscalizar o cumprimento da pena através do segundo, permitindo avaliar se o monitorado ultrapassou os limites fixados na sentença.

Trata-se, pois, de importante mecanismo de localização e controle de pessoas que, mediante determinação judicial, necessitem de fiscalização, seja pelo fato de responderem a

um processo penal ou pelo fato de cumprirem uma pena. Conforme Dela-Bianca (2011, p. 11):

O monitoramento eletrônico pode ser exercido a partir de distintas formas de controle: contínuo ou não contínuo, podendo atuar como um mecanismo útil para simplesmente apontar a exata localização do apenado ou para limitar o acesso do indivíduo a determinados locais ou pessoas. Este mecanismo é indubitavelmente útil e- se encontrar eco legislativo- pode ser adotado nas distintas fases da persecução penal.

O sistema de monitoramento eletrônico de infratores não surgiu como uma criação tecnológica autônoma. Trata-se de mecanismo decorrente da evolução do pensamento social, que se utilizou de tecnologias já existentes para uma nova funcionalidade: a de estabelecer uma maneira mais digna para o cumprimento da pena privativa de liberdade, de forma a evitar que os males decorrentes do sistema carcerário degenerassem o indivíduo.

Os antecedentes do monitoramento de indivíduos à distância remontam ao ano de 1964, época em que o doutor Ralph Schwitzgebel e seu irmão gêmeo Robert Schwitzgebel realizaram as primeiras experiências nos Estados Unidos com dezesseis jovens reincidentes que usufruíam de liberdade condicional, objetivando viabilizar uma alternativa penal mais humanitária e que apresentasse menores custos para o Estado.

Conforme Oliveira (2007, p. 28) os irmãos Schwitzgebel, arquitetaram um sistema formado por duas caixas, pesando o equivalente a um quilo no total, que foram colocadas sob as camisas dos monitorados. A primeira caixa acoplava as baterias, ao passo que a segunda consistia num transmissor que emitia sinais codificados diferentes para cada monitorado. Tais sinais eram transmitidos para receptores instalados nos forros das residências dos monitorados e imediatamente repassados para uma antiga estação de controle de mísseis, estrategicamente utilizada para controlar os passos dos monitorados em um perímetro de 400 metros.

Posteriormente, nos anos setenta, L. Barton, Ingranham e Gerald Smith passaram a defender a utilização do monitoramento eletrônico como alternativa real ao cárcere, sob os argumentos de que haviam situações em que a prisão era desnecessária, e que o uso dessa tecnologia proporcionaria uma maior segurança para as pessoas e suas propriedades.

Muito embora seja atribuída aos irmãos Schwitzgebel a criação do primeiro aparelho utilizado na monitoração de pessoas, a efetiva utilização deste mecanismo se deu na década de 80, quando houve um significativo avanço na tecnologia.

Em 1977 o juiz norte-americano Jack Love, inspirado em uma história em quadrinhos, segundo a qual o vilão fixava um bracelete no pulso do Homem-Aranha para monitorar seus

passos, idealizou a utilização de mecanismo semelhante na vigilância de condenados. O juiz Love procurou o engenheiro especialista em eletrônica, Mike Gross, para que produzisse dispositivos de monitoração de pessoas, à semelhança do que viu na história em quadrinhos, para vigiar cinco condenados.

Em 1983 foi criado um arquétipo de tornozeleira eletrônica capaz de transmitir um sinal de rádio indicando a localização do monitorado a cada 60 segundos, que era captado através de um receptor ligado a uma linha telefônica e, imediatamente, as informações eram repassadas para um computador central.

Antes mesmo de ser experimentado nos condenados, o juiz Love testou o equipamento em si mesmo durante três semanas. A experiência com cinco delinquentes na cidade americana de Albuquerque, no Estado do Novo México, comandada por Love em abril de 1983, efetivamente iniciou um processo de difusão do uso do monitoramento eletrônico em favor da justiça criminal.

Souza (2012) observa que em pouco tempo o monitoramento eletrônico se tornou uma ferramenta importante para os Estados Unidos. Segundo o autor, “em menos de cinco anos, vinte e seis estados já estavam utilizando o sistema. No final dos anos 90, o número de pessoas monitoradas nos Estados Unidos já chegava a quase 100 mil”.

Tomando por base as justificativas apresentadas pelos países que difundiram o uso do monitoramento eletrônico de condenados, a doutrina especializada aponta três principais objetivos dessa ferramenta, quais sejam: reduzir a superlotação carcerária; reduzir os custos provenientes do encarceramento e diminuir os índices de reincidência criminal ao proporcionar melhores condições para a ressocialização do apenado.

Como decorrência do aumento considerável da criminalidade, o número de pessoas encarceradas tem crescido vertiginosamente, e isso tem gerado uma das maiores mazelas do sistema carcerário, a superlotação. Trata-se de uma realidade motivadora de grande preocupação social, que leva a rediscutir o papel das penas privativas de liberdade e avaliar a necessidade de buscar novas respostas penais.

Nesse cenário surge o monitoramento eletrônico, objetivando figurar como instrumento redutor de contingentes carcerários, na medida em que possibilitaria aos condenados e aos presos processuais a permanência na sociedade através de um controle contínuo exercido à distância, evitando, pois, o encarceramento e os efeitos nocivos do ambiente carcerário e favorecendo a conservação da vida social e profissional do apenado.

Conforme explanado no capítulo anterior, observa-se que há muito tempo o sistema carcerário, idealizado para alcançar uma efetiva reintegração social, não cumpre com suas

finalidades essenciais, mais especificamente no que tange à prevenção especial. A pena privativa de liberdade na atual configuração das prisões, acaba por se tornar uma pena desumana, que fere nitidamente a dignidade do apenado e o priva de seus direitos mais basilares.

Sendo assim, a efetiva utilização do monitoramento eletrônico para indivíduos não perigosos condenados a uma pena privativa de liberdade de curta duração ou para aqueles que estão respondendo a processo penal, avaliada a sua necessidade, constitui medida adequada para evitar a dessocialização decorrente da prisão, proporcionando uma maior integração social, através do trabalho e do contato direto e imediato com a sua família.

O que se pretende é evitar que o indivíduo que praticou um crime de pouca ou nenhuma gravidade e que não represente risco à sociedade ingresse no falho sistema carcerário, mormente porque, em decorrência da falta de uma estrutura voltada à reeducação nas prisões, certamente esse indivíduo retornará ao convívio social completamente desvirtuado.

Ressalte-se, outrossim, que como consequência da redução do contingente carcerário, haveria uma diminuição dos custos com internos, fato que poderia contribuir para o direcionamento de mais verbas para a reestruturação carcerária, viabilizando qualidade na execução da pena para aqueles que precisam ser privados de sua liberdade.

Defende-se também que o sistema de monitoramento eletrônico figura como um mecanismo redutor dos índices de reincidência, por dois motivos: primeiro porque o condenado teria a oportunidade de se manter trabalhando e contaria com o apoio diuturno de sua família na execução da pena, fatos que favoreceriam a sua ressocialização, evitando novas práticas criminosas; segundo porque o apenado teria os seus passos monitorados, situação que certamente inibiria eventual intenção delituosa. Ademais, o próprio sistema seria capaz de detectar situações consideradas suspeitas quando o monitorado ultrapassasse os limites previamente fixados na medida judicial. Fonseca (2012, p. 70) defende que o uso do monitoramento eletrônico atende ao princípio da individualização da pena, na medida em que:

[...] a fiscalização desse cumprimento poderá ser feita de maneira adequada, precisa, de acordo com a peculiaridade do agente, sem que ocorra a generalização hoje observada a qual, indubitavelmente, torna o princípio da individualização da pena mera norma de cunho formal, sem que venha a ser aplicado da maneira como almejado pela Constituição Federal.

Pois bem, feitas essas considerações iniciais acerca do monitoramento eletrônico, passa-se à análise das principais experiências com o uso desse mecanismo no direito

estrangeiro, que influenciaram sobremaneira a sua implantação em favor da justiça criminal brasileira.

3.2 EXPERIÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Hodiernamente o monitoramento eletrônico é aplicado na vigilância de apenados em diversos países, seja como pena substitutiva ou como pena autônoma, dentre eles, cita-se: Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Escócia, Suécia, Holanda, Bélgica, Suíça, França, Espanha, Portugal, Itália, Austrália, China, África do Sul, Japão, Tailândia, Nova Zelândia, Hungria, Dinamarca, Argentina, etc.. Em quase todos esses países houve uma adoção gradual desse mecanismo de vigilância, que passou por avaliações e se encontra em constante reformulação para melhor atender aos seus objetivos.

A legislação federal dos Estados Unidos prevê o uso desse sistema de vigilância na liberdade condicional, na suspensão condicional da pena e na execução domiciliar, sendo custeado, em parte, pelo próprio monitorado. Trata-se de medida de execução mais barata para os cofres públicos, haja vista que, enquanto um presidiário custa, em média, cento e vinte dólares por dia para os Estados Unidos, o apenado sob a vigilância eletrônica custa cerca de vinte dólares².

Nos Estados Unidos a aplicação da medida é precedida, tanto de uma análise criteriosa do perfil psicológico do indivíduo, com vistas a aferir sua adaptabilidade ao equipamento, quanto de uma avaliação do impacto do delito na coletividade. Segundo Leal (2011, p. 88), os Estados Unidos adotam, inclusive, o monitoramento eletrônico perpétuo, visando prevenir a reincidência em crimes de estupro e pedofilia³:

Na Flórida, uma lei obriga sua utilização com os esturpadores pelo resto de suas vidas. O argumento do estigma (etiqueta da infâmia) é refutado pela prioridade dada à prevenção. O mesmo ocorre em vários Estados relativamente aos pedófilos, uma medida muito criticada por quem adverte que a perpetuidade é um desestímulo à

² Informação disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-01/custo-detencao-maior-monitoramento-eletronico-eua>. Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

³ Conforme explanado no primeiro capítulo do presente trabalho, o texto constitucional brasileiro veda expressamente as penas de caráter perpétuo no seu art. 5º, XLVII, não se admitindo, portanto, o rastreamento de pessoas por toda a vida.

recuperação, mas defendida, por outro lado, pelos expertos que não veem nesses indivíduos nenhum aceno de cura.

A utilização desse mecanismo de vigilância foi alvo de grandes embates no âmbito da sociedade norte-americana. Inicialmente surgiram discussões relacionadas à possível violação dos direitos fundamentais do condenado. Sustentavam os críticos que medida consistia numa intervenção contínua do Estado na privacidade do indivíduo. Tais argumentos foram superados diante da confirmação da constitucionalidade da medida.

Explicando o motivo pelo qual não prosperaram as críticas ao uso do monitoramento eletrônico nos EUA, Fonseca (2012, p. 71) assevera que “[...] essas argumentações acabaram por não resistir ao argumento principal do instituto que é a necessidade de assentimento do sujeito que, preferindo o monitoramento à prisão, vem a se sujeitar às suas condições”.

No Direito norte-americano o monitoramento eletrônico apresenta as seguintes peculiaridades: voluntariedade, consistente na necessidade do assentimento do monitorado; breve duração; associação da medida com outras e; compartilhamento dos custos da medida com o beneficiário. Em que pese o monitoramento eletrônico ser realizado por meio de diversos mecanismos, tais como, pulseiras, cinturões e colares, é mais frequente nos Estados Unidos o uso de tornozeleiras, por serem mais discretas.

No Canadá, utilizado pela primeira vez no ano de 1987, o monitoramento eletrônico destinava-se a motoristas condenados por dirigirem em velocidade excessiva. Nos dias atuais, como cada província canadense estabelece normas próprias em matéria penal, o monitoramento eletrônico é aplicado de maneira independente em cada uma delas. De uma forma geral, aplica-se esse mecanismo de vigilância cumulativamente com outras medidas, como a multa ou o *sursis*. Segundo Oliveira (2007, p. 38) aplica-se, essencialmente, a condenados à pena entre sete dias e seis meses de prisão, e a presos que estão nos últimos quatro meses da pena.

O Direito canadense não prevê a aplicação do monitoramento eletrônico para indivíduos que tenham praticado delitos de natureza sexual ou mediante violência. Ressalte-se que é condição essencial para o deferimento da medida que o beneficiário exerça alguma atividade permanente, como emprego ou estudo. Discorrendo acerca dos requisitos exigidos para a concessão da medida no Canadá, Fonseca (2012, p. 73) assevera que:

[...] deve ser precedida de informações que verificam o grau de inserção social, a situação financeira, assim como o consentimento do beneficiário e das pessoas em seu entorno imediato, esclarecendo-se que a duração máxima não pode exceder a noventa dias.

Na Inglaterra, após ter sido rechaçada em 1985, por não ser considerada uma medida satisfatoriamente rígida, a ideia de monitoramento eletrônico retornou em 1989, quando foram realizados os primeiros experimentos com o sistema.

As *curfew orders*⁴, aprovadas pela *Criminal Justice Act*, de 1991, permitiram naquele país a aplicação do monitoramento eletrônico como sanção independente ou como medida auxiliar na prestação de serviços à comunidade.

Conforme Reis (2004), o monitoramento eletrônico inicialmente foi inserido no programa *front-door*, por meio do qual o juiz decidia pela liberdade vigiada no ato de prolação da sentença condenatória, impedindo o ingresso do indivíduo pela porta da frente do sistema carcerário.

Os beneficiários da medida eram, na maior parte, indivíduos condenados por furto, furto mediante violação de domicílio ou por direção de veículo automotor sem a devida habilitação.

Posteriormente, com o *Crime Sentences Act*, de 1997, o uso do monitoramento eletrônico foi estendido para os casos de indivíduos que se negavam a pagar multas, para reincidentes em crimes de bagatela, e para jovens, entre dez e quinze anos, envolvidos com delitos.

No ano de 1999, passou-se a utilizar também o monitoramento eletrônico no programa *Home Detention Curfew* (HDC) ou *back-door*, o qual possibilitou a remoção do indivíduo do sistema carcerário, depois de cumprida parte da pena, para que cumprisse o restante sob vigilância eletrônica em sua residência⁵.

Segundo Fonseca (2012, p. 73), o uso do monitoramento eletrônico na Inglaterra é limitado a um período máximo de seis meses, sendo o beneficiário vigiado de duas a doze horas por dia, “com a possibilidade de haver dias livres de vigilância, evitando-se, dessa forma, a interferência com atividades religiosas, laborais e acadêmicas”. O aludido autor informa ainda que naquele país “o índice de cumprimento da medida situa-se em torno de 82%”.

Ao tratar da eficácia do sistema de monitoramento eletrônico na Inglaterra, González (2008, apud LEAL, 2011, p. 90) observa que:

[...] um estudo realizado em Londres, durante o primeiro ano de implantação do sistema de vigilância eletrônica demonstra o seguinte: 95% dos submetidos atendeu

⁴ Ordens impostas aos condenados impedindo ou obrigando-os a permanecer em local predeterminado.

⁵ Trata-se de medida semelhante ao livramento condicional previsto no sistema penal pátrio.

às expectativas do sistema. Dos 5%, 68% vulnerou alguma condição imposta e somente 1% realizou alguma conduta que supôs um sério dano para a sociedade.

Impende ressaltar que compete ao setor privado a gerencia e supervisão do sistema de monitoramento eletrônico na Inglaterra.

Na Holanda, o sistema de monitoramento eletrônico começou a ser utilizado em 1995, para fiscalizar o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade e, posteriormente, passou a ser admitido na fiscalização do regime aberto para apenados que tivessem cumprido pelo menos metade da pena. A medida é aplicável a indivíduos que tenham alguma ocupação, seja com atividade laboral, seja com o estudo.

Nesse sentido, tratando sobre os requisitos exigidos para o deferimento da liberdade vigiada na Holanda, Fonseca (2012, p. 75) assevera que:

Com êxito de cerca de 90%, o instituto goza de boa acolhida social exigindo, todavia, para sua utilização, o consentimento do agente, o qual deve possuir domicílio fixo e uma ocupação efetiva de seu tempo, seja ela laboral ou acadêmica, além de ser necessário o consentimento do Ministério Fiscal, da administração penitenciária, das instituições de reinserção, assim como dos membros da família do apenado.

Na Suécia, o monitoramento eletrônico foi implantado em 1994, para condenados à penas de até três meses de prisão, especialmente para autores de delitos de trânsito, considerados delitos graves naquele país.

Em 2001, o uso da liberdade vigiada foi estendido também para condenados por mais de dois anos, pelos delitos de sonegação fiscal, fraude e tráfico de drogas, admitindo nesses casos a monitoração eletrônica pelo restante da pena, até um período máximo de quatro meses⁶.

A medida é executada pelo poder público e exige a voluntariedade dos beneficiários. Para o seu deferimento, é necessário que estes tenham domicílio, luz elétrica e um telefone fixo, estudem ou desempenhem uma atividade profissional e, em geral, arquem com parte dos custos do programa.

Para os condenados por uso de drogas ou direção de veículo sob influência de álcool, é imprescindível a abstinência, bem como a presença em cursos de orientação sobre dependência química. Para acompanhar essas condições, são realizadas visitas recorrentes aos beneficiários da medida.

⁶ Versa sobre o modelo *back-door* inglês, segundo o qual o Estado facilita a transição do indivíduo que cumpriu parte da pena no cárcere para a sociedade.

Discorrendo acerca dos resultados obtidos com a implementação do sistema de monitoramento eletrônico na Suécia, bem como sobre a finalidade do sistema naquele país, Leal (2011, p. 96), assevera que:

O êxito do modelo implantado na Suécia se mede pela informação de que, desde 1994, cerca de 17.000 pessoas foram beneficiadas, com o conseqüente fechamento de dez prisões com capacidade instalada para 400 reclusos, correspondendo a 25% da população prisional. À diferença da Inglaterra e da Holanda, países nos quais a vigilância telemática foi estimulada para reduzir os custos do encarceramento e a saturação, na Suécia predomina a proposta de diminuir os efeitos perniciosos do encerro.

Na França, diante da necessidade de se estabelecerem medidas contra a massificação e efeitos negativos do sistema carcerário, em 1997 foi instituído o sistema de monitoramento eletrônico, para alcançar três situações: para condenados a uma pena de prisão igual ou inferior a um ano; para aqueles que restam cumprir menos de um ano de pena privativa de liberdade; e para acompanhar o cumprimento das condições impostas na liberdade condicional. O sistema só veio a ser efetivamente aplicado naquele país em 2003.

Assim como em outros países, na França a medida é deferida com o prévio consentimento do condenado, impondo-se restrições quanto à saída do domicílio ou de locais estabelecidos pela autoridade judiciária fora dos períodos determinados.

Acerca do monitoramento eletrônico na França, Leal (2011, p. 94) dispõe que:

Calcula-se que mais de 10.000 pessoas foram, em 2009, objeto de monitoramento telemático, cujo equipamento é produzido por empresas privadas, que participam do controle. Os números apresentados refletem a eficácia do sistema; até a presente data são pouquíssimos os casos registrados de transgressões.

Em Portugal, o sistema de monitoramento eletrônico foi instituído em 1998 e efetivamente aplicado a partir de 2002, com as finalidades de minimizar os índices de prisão preventiva decretada, contribuir na redução do contingente carcerário, reduzir a reincidência criminal através de vigilância constante e da remoção do condenado de meios criminosos e, favorecer a ressocialização dos delinquentes.

Portugal adotou em seu sistema de vigilância eletrônica tecnologia israelita, por meio da qual uma pulseira, chamada dispositivo de identificação pessoal (DIP), emite sinais codificados, em radiofrequência, a uma unidade de monitoração local (UML), instalada na residência do monitorado e interligada com as Unidades Operacionais para a Vigilância Eletrônica.

Esse sistema permite saber se o monitorado está ou não em seu domicílio, se está tentando deteriorar ou remover a pulseira ou a unidade de monitoração local, ou se desloca a UML ou a desliga da energia elétrica ou da rede de telecomunicações.

Em tais situações, o alarme dispara e as unidades operacionais vão imediatamente ao encontro do monitorado. Restando evidenciado que o beneficiário tentou infringir as obrigações impostas, o benefício será revogado.

Para a concessão da medida, o Direito Português exige, além do o consentimento expresso do beneficiário, o consentimento dos que com ele coabitam, e a existência de energia elétrica, com pagamento em dia, no domicílio.

Conforme Mariath (2009, p. 7), o sistema de vigilância eletrônica em Portugal alcançou “excelentes níveis de operacionalidade e eficácia, e os seus custos revelaram-se muito inferiores aos do sistema prisional, provando ser uma real alternativa à prisão preventiva”.

Na Argentina, o sistema de monitoramento eletrônico foi experimentado na província de Buenos Aires, em 1997, no acompanhamento da prisão domiciliar. Somente em 1998 a medida foi normatizada pelo Código de Processo Penal, passando à condição de medida auxiliar na prisão domiciliar e como alternativa à prisão preventiva⁷.

Segundo Leal (2011, p. 99) as possibilidades de aplicação do monitoramento eletrônico na Argentina foram se expandindo ao longo dos anos, alcançando autores de diversos crimes, “entre eles os de natureza patrimonial ou contra a pessoa, fraudes, uso de drogas, direção de veículos depois da ingestão de álcool e delitos contra a administração ou a segurança pública”. Vistas as principais experiências internacionais com o uso do monitoramento eletrônico na justiça criminal, veja-se a seguir como o sistema foi implantado no Brasil e o que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro a respeito da matéria.

3.3 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o sistema de monitoramento eletrônico de pessoas foi experimentado pela primeira vez no ano de 2007, no município de Guarabira, Estado da Paraíba. A iniciativa foi

⁷ O sistema de monitoramento eletrônico ainda não foi implantado no restante do país, se restringindo à Província de Buenos Aires.

do Magistrado Bruno César Azevedo Isidro, titular da Vara de Execuções Penais da Comarca, que através do Projeto intitulado “Liberdade Viglada- Sociedade Protegida” em parceria com a empresa de tecnologia paraibana Insiel Tecnologia Eletrônica, desenvolveu o primeiro protótipo de tornozeleira eletrônica do país⁸.

O projeto desenvolvido na Paraíba instituiu dois sistemas de monitoramento eletrônico. O primeiro, denominado tornozeleira *on line* proporcionou o acompanhamento do monitorado em tempo real, onde quer que ele estivesse. O segundo, chamado de tornozeleira domiciliar, foi idealizado como uma nova pena em regime domiciliar.

Assim como na Paraíba, outros estados brasileiros passaram a utilizar a medida em caráter experimental, a exemplo de São Paulo, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Após intensas discussões no âmbito nacional o monitoramento eletrônico foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº. 12.258, de 15 de junho de 2010, que modificou a Lei nº. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

A aludida lei acrescentou ao texto da LEP a Seção VI (arts. 146-B, 146-C e 146-D), que trata da Monitoração Eletrônica, incluída no Capítulo I, do Título V do referido diploma legal.

A fiscalização por meio de monitoramento eletrônico passou a ser admitida nas hipóteses de saída temporária para quem estiver cumprindo pena em regime semiaberto, ou no caso de execução da pena em regime de prisão domiciliar, conforme se extrai dos incisos II e IV, do art. 146-B da LEP⁹, não havendo previsão normativa para o uso do monitoramento eletrônico nos casos de fiscalização do cumprimento da pena no regime aberto, de livramento condicional, de penas restritivas de direitos, ou da suspensão condicional da pena, como admitidos na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

⁸ Em inscrição do Projeto “Liberdade Viglada- Sociedade Protegida” na VI Edição do Prêmio Innovare, o Juiz Bruno Isidro explicou que “A ideia surgiu em sala de aula, da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, quando explicava o sistema penal nos EUA aos alunos, e a época havia um casal de religiosos brasileiros que estava preso e fazendo uso das tornozeleiras. Também foi a época em que houve a tragédia do garoto João Hélio, no Rio de Janeiro, razão pela qual, logo depois, o Senador Aloizio Mercadante, apresentou um projeto de lei no Senado, propondo o uso de monitoramento eletrônico no Brasil. Assim, começou a corrida entre os principais Estados da federação, como São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná, que disputavam, segundo as notícias da internet, para ver qual seria o primeiro a lançar e executar o monitoramento eletrônico. Nesse contexto, um aluno sugeriu que se eu quisesse, poderia fazer o monitoramento de presos em Guarabira, dessa aula para a prática que deu início ao projeto, foram três meses. Já que tal aluno me apresentou um amigo, que tinha uma empresa de vigilância eletrônica em Campina Grande, e este topou o desafio, e a ideia de ser parceiro do Juízo das Execuções Penais no projeto do monitoramento eletrônico de presos na Comarca de Guarabira”. Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/liberdade-vigliada-sociedade-protegida/>. Acesso em: 20 fev. 2013.

⁹ Art. 146-B O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

II- autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

[...]

IV- determinar a prisão domiciliar.

O art. 146-C da LEP trata sobre os cuidados que o monitorado deverá ter com o aparelho de vigilância eletrônica, estabelecendo deveres, bem como consequências pelo descumprimento de tais preceitos, *in verbis*¹⁰:

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;
 [...]
 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;
 [...]
 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.

Por sua vez, o art. 146-D¹¹ do referido diploma versa sobre a revogação do monitoramento eletrônico quando a medida se tornar desnecessária ou inadequada, ou quando se constatar violação dos deveres impostos ou cometimento de falta grave por parte do monitorado.

Em que pese o aludido dispositivo não fazer referência à necessidade de motivação da decisão que revoga o monitoramento eletrônico, é de ver-se que essa é uma obrigação imposta pelo texto constitucional no art. 93, inciso IX. Ademais antes de revogá-lo, deve-se oportunizar defesa ao monitorado, bem como a manifestação do Ministério Público, nos moldes do que determina o supracitado art. 146-C, da LEP.

O sistema de monitoramento eletrônico adquiriu maior notoriedade quando, em 04 de maio de 2011, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº. 12.403/2011, que modificando dispositivos do Código de Processo Penal, o inseriu no rol de medidas cautelares que devem ser impostas de forma preferencial à prisão.

A aludida lei alterou a redação do art. 319, do CPP, fixando como medidas cautelares diversas da prisão: a) o comparecimento em juízo, no prazo e condições estabelecidas em Juízo; b) a proibição de frequentar determinados lugares, com o fim de evitar o risco de novas

¹⁰ As supressões tratam de dispositivos vetados.

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

I - quando se tornar desnecessária ou inadequada;

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

infrações penais; c) a proibição de manter contato com pessoas com quem deva permanecer distante; d) a proibição de se ausentar da Comarca; e) o recolhimento domiciliar; f) a suspensão de função pública ou atividade de cunho econômico ou financeiro; g) a internação provisória; h) a fiança; i) e *a monitoração eletrônica*.

Nos termos do que determina o art. 282, § 6º do CPP, antes de decretar a prisão preventiva, cumpre ao magistrado analisar a possibilidade de aplicar alguma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, dentre as quais se destaca a monitoração eletrônica.

Deste modo, com o advento da Lei nº. 12.403/2011, o Código de Processo Penal brasileiro passou a prever expressamente em seu art. 319, inciso IX, a monitoração eletrônica como uma medida de natureza cautelar processual, podendo ser aplicada tanto na fase inquisitorial, quanto no âmbito da ação penal, quando verificados os pressupostos legais, funcionando como verdadeiro substituto do cárcere cautelar, evitando o encarceramento do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O monitoramento eletrônico de pessoas foi regulamentado no país por meio do Decreto nº. 7.627, de 24 de novembro de 2011. Conforme dispõe o art. 2º deste texto normativo, a medida consiste na “vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob a medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização”.

Visando a melhor execução da medida, o referido Decreto, em seu art. 3º, dispõe que o monitorado deverá receber um documento expressando claramente seus direitos e deveres, bem como o período em que se sujeitará à medida e os procedimentos a serem observados durante esse tempo.

No Brasil, em que pese a tecnologia utilizada no sistema de vigilância eletrônica ser desenvolvida pelo setor privado, a administração, execução e controle do sistema são de competência dos órgãos de gestão penitenciária. A quem compete, ainda, conforme se infere do art. 4º do Decreto nº 7.627/2011: a) verificar se os deveres legais e as condições especificadas na decisão que deferiu a medida estão sendo cumpridos; b) encaminhar ao juiz, na periodicidade estabelecida, ou a qualquer momento, relatório circunstanciado sobre o monitorado; c) adequar e manter programas e equipes multiprofissionais de acompanhamento e apoio ao indivíduo submetido à medida; d) orientar este no cumprimento de suas obrigações e ajudá-lo na reintegração social; e e) informar imediatamente ao juiz ocorrência de fato que enseje a revogação da medida ou modificação de suas condições.

Impende destacar que, conforme dispõe do Decreto nº. 7.627/2011, o equipamento de monitoração eletrônica deve ser estruturado e empregado de forma a respeitar a integridade

física, moral e social do monitorado (art. 5º) e a preservar o sigilo dos dados e informações a seu respeito (art. 6º). Para o atendimento ao disposto neste artigo, o art. 7º do mesmo texto normativo dispõe que o acesso aos dados e informações do monitorado é restrito aos servidores expressamente autorizados que devam conhecê-los em decorrência de suas atribuições.

Ressalte-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer previsão normativa que onere o monitorado com os custos do sistema, sendo estes de responsabilidade do poder público que o implantar, bem como não há qualquer menção acerca da necessidade de consentimento do apenado como requisito essencial à aplicação da medida.

Quanto a este último ponto, cumpre informar que há quem defenda que mesmo não havendo norma expressa nesse sentido, a medida deve ser aplicada exclusivamente àquele que deseja se submeter a ela, a exemplo de Neemias Moretti Prudente (2012, p. 150). Nesse sentido, sustenta o jurista que:

Não se pode perder de vista também, embora silente a lei, que o ME só se aplica aos presos que a ele desejam se submeter (por adesão voluntária), o qual também pode desistir de usar o equipamento quando quiser. É dizer, só pode ser realizado com expressa autorização do preso, o que a nosso ver, seja correto, já que encara o indivíduo como uma pessoa dotada de autonomia moral e titular de direitos fundamentais. Na realidade, ao estabelecer a facultatividade da utilização do ME, subordinando-a a aquiescência do preso, a legislação apenas seguiu a tendência das legislações estrangeiras, que preveem a necessidade de autorização do condenado (ou da família, em alguns casos) para a adoção dessa forma de vigilância.

Registre-se que o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal Brasileiro (projeto de lei nº. 156/2009), atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, visa reparar essa omissão legislativa ao prever, em seu art. 580, que a aplicação do monitoramento eletrônico como medida cautelar depende de prévia e expressa anuência do investigado ou acusado, coadunando-se com grande parte das legislações estrangeiras que versam sobre a matéria.

3.4 SISTEMAS DE TECNOLOGIAS UTILIZADOS

O sistema de monitoramento eletrônico de pessoas, que pode ser utilizado para fins de detenção, restrição e vigilância, passou ao longo dos anos por processos de aperfeiçoamento, permitindo a identificação de três gerações de tecnologias utilizadas. Antes de ser

demonstrado como essas tecnologias são aplicadas em favor da justiça criminal, cumpre esclarecer os fins da vigilância eletrônica.

O monitoramento eletrônico visa, na detenção, manter o indivíduo em local previamente estabelecido (geralmente em sua residência). Trata-se da primeira e mais utilizada forma de controle até os dias atuais.

Na restrição, o monitoramento é aplicado para evitar o trânsito do indivíduo por determinados lugares, tais como bares, prostíbulos, zonas de tráfico de drogas, etc., ou para garantir que se manterá longe de determinadas pessoas, a exemplo de vítimas, testemunhas, coautores, etc.

Na vigilância busca-se uma manter uma monitoração ininterrupta de todos os passos do indivíduo, permitindo tomar conhecimento irrestrito de sua movimentação.

Feitas essas considerações, passa-se à análise das três gerações de tecnologias utilizadas no sistema de vigilância eletrônica de condenados/acusados.

A primeira geração de tecnologias de vigilância compreende os sistemas ativos, passivo e misto, sendo este uma combinação dos dois modelos anteriores.

O sistema ativo ou de sinal contínuo é formado basicamente por três ferramentas: um transmissor, um receptor e um computador central. Nesse sistema o transmissor, geralmente na forma de tornozeleira, bracelete ou cinto, é ligado ao corpo da pessoa a ser monitorada e passa a emitir um sinal codificado em intervalos regulares para o receptor. Este, por sua vez, é instalado no domicílio ou em outro local onde o monitorado deva permanecer segundo a decisão que defere a medida, para captar os sinais do transmissor e repassá-los para o computador central, permitindo à autoridade controladora saber se o monitorado se afastou do local estabelecido ou tentou deteriorar ou remover o dispositivo. Nessas situações, um alerta é emitido à central de vigilância, que se encarregará de tomar as providências necessárias.

No sistema passivo ou de contato programado, um computador é programado para efetuar ligações recorrentes e aleatórias para o vigiado, visando confirmar se este se encontra no lugar determinado pelo magistrado. Esse sistema funciona da seguinte maneira: busca-se entrar em contato com o monitorado por meio telefônico nos locais onde ele deveria se encontrar, segundo a determinação judicial. Quando a ligação é efetuada, o monitorado deve atendê-la pessoalmente e fornecer uma senha ou um código preestabelecido para comprovar a sua localização. Para o reconhecimento do indivíduo, o sistema utiliza-se de um identificador de voz. Trata-se de um controle de presença, mais usado em casos de prisão domiciliar.

O sistema misto pode ser utilizado quando na decisão que defere a medida o magistrado permite o deslocamento do indivíduo além da circunscrição de sua residência,

possibilitando, por exemplo, a saída para o trabalho ou estudo em horários preestabelecidos e o recolhimento domiciliar no restante do dia. Tem-se, pois, que na maior parte do tempo o sistema é passivo, sendo ativo apenas nas situações de deslocamento permitido.

Registre-se que para a concessão de saídas para trabalho ou estudo seria necessária a prévia instalação de equipamentos receptores nesses locais, fato que torna dificultosa a aplicação da medida fora do domicílio do monitorado.

A tecnologia de segunda geração se caracteriza pela maior precisão no controle do indivíduo, mormente porque detecta com exatidão cada movimento seu, permitindo conhecer, inclusive, os locais por onde transitou e os horários correspondentes.

Essa tecnologia dispensa a instalação de receptores na residência do monitorado, realizando a vigilância deste por meio de um sistema de posicionamento global por satélite (GPS). Logo, permite-se o deslocamento do indivíduo para o local de trabalho ou estudo sem o inconveniente de ter que instalar receptores nesses lugares. Nesse caso, é necessário apenas que o indivíduo porte um transmissor análogo ao do sistema ativo, o qual emitirá informações sobre seus movimentos à central de vigilância. Assim como no sistema ativo, caso o monitorado ultrapasse os limites estabelecido, o alarme dispara e as autoridades competentes são acionadas.

Por último, a tecnologia de terceira geração é caracterizada por aliar ao sistema de controle por GPS da geração anterior, ferramenta que possibilita o fornecimento de informações psicológicas, frequências cardíacas, nível de adrenalina, ou a presença de substância entorpecente no organismo do monitorado. Mecanismos mais modernos possuem a capacidade de, inclusive, realizar uma intervenção corporal direta no monitorado, seja emitindo descargas elétricas que atingem o seu sistema nervoso central, em caso de descumprimento das obrigações impostas, seja injetando tranquilizante ou outra substância de efeitos análogos em momentos de perturbação psicológica. Outras ferramentas incluem também a fixação de micro câmeras no monitorado, permitindo a observação real de suas atividades por parte dos encarregados da vigilância.

Vistas as principais tecnologias utilizadas no sistema de monitoramento eletrônico, analisar-se-ão as principais críticas feitas pelos opositores da medida.

3.5 CRÍTICAS AO USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Seja como mecanismo de controle na execução de um substitutivo ao cárcere, seja como pena alternativa, há posicionamentos contrários à vigilância eletrônica. Serão analisados a seguir os argumentos mais frequentes sustentados pelos opositores da inovadora tecnologia utilizada em favor da justiça criminal.

No que tange às críticas feitas ao rastreamento eletrônico, Vianna (2012, p. 189) assevera que a maioria limita-se a atacar aspectos operacionais do sistema.

Tem se afirmado que o uso do equipamento de monitoração eletrônica seria uma forma de expor à sociedade que o indivíduo foi condenado ou está respondendo a processo criminal, humilhando-o publicamente e estereotipando-o como criminoso; fatos que obstariam demasiadamente a sua reinserção social.

Contrariando o argumento de que o dispositivo pode ser facilmente ocultado, afirmam que o uso de bermudas, tão comum em países ou estações do ano de temperaturas elevadas, deixaria a tornozeleira exposta. Afirmam ainda que mesmo que o indivíduo optasse pelo uso de calça comprida para ocultar o dispositivo, existiriam situações em que o constrangimento e a humilhação pública seriam inevitáveis, a exemplo de quando fosse parado por detectores de metal em portas de agências bancárias, ou quando tivesse que se submeter a exames médicos para admissão em emprego.

Não se pode perder de vista que a ciência avança modernamente a passos largos, sendo plenamente possível visualizar novas formas de se aplicar o monitoramento eletrônico, notadamente através de dispositivos cada vez mais discretos aos olhos da sociedade, como, por exemplo, pulseiras semelhantes a relógios de pulso, que passariam despercebidos em qualquer lugar.

Corroborando essa linha de raciocínio, Leal (2011, p. 86) assevera que:

Basicamente se entende que, desde o primeiro dispositivo, pesado, aparatoso e complicado de manejar, até as formas sofisticadas que adquirem hoje em dia as pulseiras eletrônicas, há uma evolução tecnológica. Em geral, o esquema é, pois, que o invento nasce, se prova, surge a inovação, melhora e quando as condições o permitem, cresce. Deste modo, apresenta-se uma evolução de um mesmo dispositivo, um pouco extravagante ao princípio, mas que pouco a pouco se transforma em realidade, graças às coisas cada vez mais incríveis que possibilitam as novas tecnologias. Além do mais, seu uso em público não chama tanto a atenção e se pode escondê-los com facilidade, não ficando à vista das outras pessoas. Os fabricantes, aliás, querem fazê-los – e o estão logrando – cada vez menos antiestéticos, mais discretos e miniaturizados.

Contesta-se ainda o sistema de monitoramento eletrônico sob a alegação de que o equipamento utilizado constitui risco potencial à saúde do indivíduo que o carrega, sobretudo em decorrência de provável nocividade das ondas eletromagnéticas emitidas, ou possíveis reações alérgicas provenientes do material utilizado na confecção desses equipamentos.

Quanto à suposta nocividade das ondas eletromagnéticas, cumpre esclarecer que embora essa seja uma possibilidade real, não é passível de aferição em um curto período. Ressalte-se que a tecnologia de emissão de ondas eletromagnéticas também é utilizada em vários aparelhos eletrônicos de uso cotidiano, a exemplo de celulares. Assim como não há comprovação científica, até hoje, da nocividade das ondas eletromagnéticas emitidas pelo celular, também não se pode afirmar que o equipamento de monitoração de pessoas representa um perigo à saúde de seu usuário.

Nesse sentido, Leal (2011, p. 66) aduz que “à semelhança dos celulares, desconhece-se até esta data se há incidência de efeitos adversos (danos potenciais à saúde) das radiações eletromagnéticas emitidas pelo equipamento em alguém monitorado”.

No que tange à eventual processo alérgico causado pelo material empregado na pulseira ou tornozeleira, impende ressaltar que, caso fosse constatada a reação alérgica, seria possível a troca por outro material. Ademais, registre-se que atualmente as pulseiras e tornozeleiras são confeccionadas de material antialérgico, adaptáveis à imensa maioria dos organismos.

Uma outra crítica diz respeito à alegação de que os custos com a implantação do sistema seriam demasiadamente elevados. Afirmam que os modelos que empregam a tecnologia GPS (controle por satélite), são mais dispendiosos para os cofres públicos do que os demais, bem como são excessivos os gastos necessários para a manutenção das centrais de monitoramento e com o acompanhamento dos monitorados pelas equipes externas de controle.

No que tange a esta crítica, pode ser afirmar que é, em parte, plausível. Não se pode falar em redução de custos quando a tecnologia for utilizada na vigilância de pessoas que já estão em liberdade, gozando de algum benefício. Nesse caso, o monitoramento acarretaria mais despesas para o Estado. Por outro lado, se o sistema for aplicado para evitar o ingresso de indivíduos que detenham certas características abonadoras no sistema carcerário, bem como para permitir que condenados em cumprimento de pena privativa de liberdade possam cumpri-la por meio da vigilância eletrônica, haverá considerável redução de despesas, já que os custos do sistema são consideravelmente inferiores aos custos provenientes do encarceramento.

Nesse sentido, Leal (2011, p. 79) discorrendo sobre a redução dos custos para o caso da medida ser utilizada como alternativa à prisão assevera que “é viável economicamente para o Estado; chega a custar-lhe mais ou menos a metade do valor que gastaria com a manutenção dos reclusos nos cárceres tradicionais”.

Há quem sustente ainda que em decorrência da baixa escolaridade da maioria dos apenados que se submetem à medida, seria dificultosa a operacionalização do sistema por parte deles, podendo ensejar, inclusive, disparos de alarmes falsos e prisões injustas.

Assim como as anteriores, esta também é uma crítica de caráter operacional, não constituindo óbice ao uso do sistema. Destaque-se que o equipamento é simples e de fácil manuseio, devendo o monitorado cuidar tão-somente para que a bateria não descarregue por completo. Para uma melhor compreensão sobre o uso do sistema, é fundamental que antes de se submeter à medida o apenado passe por um processo de esclarecimentos e instruções.

Alegam ainda que a obrigação do monitorado arcar com parte das despesas do uso do equipamento – exigência comum em alguns países como EUA e Suécia –, além de outras despesas intrínsecas ao programa (telefone, etc.) implicaria uma restrição, uma seletividade. É dizer, aqueles que não dispõem de recursos suficientes são impossibilitados de seu acesso.

Não seriam, portanto, selecionados, restando-lhes cumprir a pena privativa de liberdade no cárcere ou outra sanção em seu lugar. Trata-se de crítica também operacional que pode servir para o aperfeiçoamento do sistema, e não como obstáculo ao seu implemento. No caso do Brasil, os custos do programa são arcados integralmente pelo poder público.

Contrapõem-se também ao sistema sob a alegação de que a medida seria ineficaz caso o indivíduo resolvesse arrancar o dispositivo e fugir, já que impossibilitaria a sua captura pelas autoridades policiais.

Quanto a esta crítica, inobstante seja possível que o indivíduo resolva transgredir e arrancar o dispositivo, cumpre esclarecer que o monitoramento eletrônico foi idealizado com vistas a valorizar a autonomia e a capacidade de autodisciplina do indivíduo monitorado, sendo o dispositivo um mero vigilante de suas ações, não havendo qualquer barreira física que impeça uma possível fuga, mas tão-somente uma barreira de cunho psicológico, consistente na ameaça de prisão em caso de descumprimento das obrigações impostas.

A crítica que se faz à essência do sistema de monitoramento eletrônico versa sobre suposta violação à dignidade da pessoa humana. Alega-se que o equipamento submeteria o indivíduo a um meio degradante de punição, na medida em que violaria a sua intimidade.

No que tange a este questionamento, constituirá objeto de apreciação no próximo capítulo deste trabalho, onde será analisado o uso do monitoramento eletrônico em alternativa ao cárcere à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

4 DA (IN)COMPATIBILIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A possibilidade de se utilizar o monitoramento eletrônico com meio alternativo à pena de prisão fez surgir acaloradas discussões no cenário jurídico e social. A doutrina se divide e levanta o questionamento acerca da compatibilidade da medida com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O principal argumento dos críticos versa sobre suposta afronta à dignidade da pessoa humana em decorrência da intromissão do Estado na intimidade do indivíduo monitorado. Alegam que a pena executada sob esse mecanismo de vigilância eletrônica configuraria um meio degradante de punição.

Por outro norte, os defensores da inovadora tecnologia utilizada a serviço da justiça criminal obtemperam essa crítica sob o argumento de que não há qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que o mecanismo de vigilância eletrônica surge justamente em socorro a esse princípio, que é diuturnamente violado pelo falho sistema carcerário.

No intuito de melhor esclarecer tais questionamentos e aferir se há ou não afronta ao aludido princípio, é imperioso se fazer uma análise de como a dignidade da pessoa humana vem sendo interpretada ao longo da história.

Tomando-se por base a técnica da ponderação de direitos, valores e interesses envolvidos na questão do uso do monitoramento eletrônico, buscar-se-á avaliar se o direito à intimidade preserva valor maior que o direito a um tratamento mais humanitário na execução da pena, longe das violações engendradas no âmbito do cárcere, que justifique a desconsideração da medida em favor da manutenção da intimidade do apenado.

Para tal desiderato, imprescindível abordar os aspectos mais relevantes do direito à intimidade, como direito que comporta limitações decorrentes de outros direitos fundamentais e da vida em comunidade, bem como abordar as limitações e restrições próprias da pena executada no cárcere.

Fundamentando-se nos argumentos mais consistentes, aferir-se-á se o uso do monitoramento eletrônico como alternativa à pena de prisão é, ou não, compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em primeiro plano, faz-se mister analisar, de forma sucinta, os antecedentes históricos do princípio da dignidade da pessoa humana para se compreender que tal noção fundamental está presente na realidade humana desde o surgimento do homem e que não é algo contemporâneo.

Na antiguidade, em especial no Código do Rei Hamurabi, encontram-se o que seriam as bases primordiais para a defesa da dignidade e dos direitos dos seres humanos. A referida codificação empenhava-se em defender os mais fracos em detrimento dos mais poderosos, possibilitando, assim, uma reparação da ofensa causada pelo agressor em benefício do agredido.

Mesmo não enumerando taxativamente uma relação de direitos e garantias individuais, no epílogo da citada legislação registra a seguinte mensagem¹²:

[...] Para que o forte não prejudique o mais fraco, a fim de proteger as viúvas e os órfãos, ergui a Babilônia... para falar de justiça a toda a terra, para resolver todas as disputas e sanar todos os ferimentos, elaborei estas palavras preciosas [...].

Percebe-se, portanto, que o código apresentava normas consubstanciadas em usos e costumes vivenciados pelo povo babilônico, entretanto, a lição mais importante que se extrai do epílogo acima citado é que o forte não prejudicará o mais fraco e que cabe ao soberano, ou seja, ao Estado na figura do rei, dirimir conflitos e zelar pela paz social.

Por outro enfoque, na Grécia Antiga desenvolveu-se um movimento de cunho antropológico com bases nitidamente cosmológicas, partindo-se do pressuposto de que o homem era visto como o ser natural mais elevado.

Consideravam, ainda, que o ser humano se distinguia dos demais seres vivos pelo fato de serem “animais racionais”, dotados de intelecto e discernimento.

Desse modo, é com essa perspectiva que o pensamento grego embasou o surgimento da dignidade humana, que, segundo Aristóteles, pode ser evidenciado diretamente no ser humano pelo fato de que este desenvolve com distinção a atividade racional e intelectual de forma superior em relação aos outros seres vivos.

¹² Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 09 mar 2013.

Assim, Platão e Aristóteles, além de outros filósofos da época, advogavam a tese de que a dignidade inerente ao homem seria diretamente proporcional à sua habilidade de pensar, agir e conduzir sua existência de forma racional. Nesse sentido, Peces-Barba Martinez (apud FONSECA, 2012, p. 99) esclarece:

Na Grécia, com Péricles renasce a ideia de superioridade, figurando o homem novamente no centro do mundo, somando-se a isso a implementação da comunicação e da linguagem, elementos que também configuram dignidade. Por sua vez, Platão defendia a proximidade de um tipo de homem, os filósofos, à divindade, o que os colocava como pessoas justas e piedosas com o apoio da razão.

Por outro lado, no que se refere a Roma Antiga, esta passava por várias transformações políticas, jurídicas e sociais, o que acarretou o desenvolvimento do direito romano e a consequente formação de novos juriconsultos, influenciando, desta forma, a elaboração de novas regras e institutos jurídicos aptos a realizar justiça, através de práticas que visavam ao bem e ao justo, além de incentivarem os cidadãos a não ofenderem o próximo e viverem honestamente.

Nessa ordem de ideias, a finalidade dessas práticas vivenciadas em Roma era enaltecer especificamente a dignidade humana, a liberdade e a igualdade daqueles que gozavam do *status* jurídico de cidadãos romanos.

É relevante, nesse ponto, lembrar ainda, que a dignidade dos indivíduos nessa época histórica, tendo como base as percepções filosóficas e políticas então vigentes, era a de mensurar a dignidade humana de cada indivíduo em virtude da posição ocupada pelo cidadão no meio social e hierárquico, de tal arte que a dignidade do homem variava para mais ou para menos em função de sua posição social.

Em consonância com o acima citado, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 31) disserta:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia em regra com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. [...] no pensamento estoíco, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade. [...].

Nesse momento, oportuno se torna mencionar a influência do Cristianismo no desenvolvimento da dignidade humana.

Com a propagação do Cristianismo pelo mundo, a concepção do que seria dignidade humana foi alterada. Quando a cultura ocidental acolheu a doutrina cristã por volta do século IV depois de Cristo, houve uma profunda alteração no modo de pensar e agir dos indivíduos, de tal maneira que a antiga aceção grega de cunho antropológico e cosmológico, como essência da dignidade humana, foi desprezada e substituída.

A partir de então, o homem passou a ser visto de maneira diversa, não como um ser eminentemente natural, mas como um ser divino. O ser humano deixou de ser encarado como um produto natural, e passou a ser analisado como um ser de origem divina, criado à imagem e semelhança de Deus. Desta feita, Sarlet (2012, p. 27) assevera que:

[...] para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência [...] de que o ser humano – e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Nessa mesma linha de raciocínio, pode-se ainda consignar o pensamento de Peduzzi (apud FONSECA, 2012, p. 100) destacando que:

[...] o cristianismo outorgou ao homem uma singularidade primordial decorrente de sua condição infinita à imagem e semelhança de Deus constatando-se, todavia, que esta dignidade não decorre de um mérito que lhe é próprio, mas sim decorrente da imagem de Deus, lançada sob as criaturas, podendo ser tomado como exemplo dessa afirmação a obra de São Tomas de Aquino em que a dignidade da pessoa humana decorre do fato do homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus.

Ademais, impende destacar, que o Cristianismo modificou bastante o pensamento Ocidental, de tal sorte que seus ensinamentos instruíram os homens para que eles pudessem formar sua própria dignidade pessoal.

A propósito, segundo se depreende dos mandamentos descritos no evangelho, a exemplo da máxima de que os indivíduos devem “amar ao próximo como a si mesmos”, resta demonstrado amiúde que os sentimentos de piedade e solidariedade para com o próximo permeiam todo o conceito de dignidade humana, uma vez que tais princípios são as bases para os direitos sociais e os direitos que garantem as condições mínimas de existência digna do ser humano.

Assim sendo, a doutrina cristã é a principal forma de pensamento responsável pela formação e conseqüente propagação da dignidade da pessoa humana na cultura Ocidental.

Prosseguindo no desenrolar histórico, destacam-se os séculos XVII e XVIII, nos quais o movimento Iluminista ganha relevo e, conseqüentemente, o princípio fundamental da dignidade humana conquista novos horizontes e, de forma progressiva, vai adquirindo feições mais consistentes e modernas. Assim sendo, Peces-Barba Martinez (apud Fonseca, 2012, p. 101) certifica:

É nesse momento histórico que surge efetivamente o pensamento do homem como centro do mundo e com superioridade sobre todas as coisas da natureza, passando a ser tratado como superior, de forma que diferenças como linguagem, capacidade de decidir e de escolher, a obtenção do conhecimento e a construção de conceitos gerais são atributos que naquela incipente laicidade os situa como seres criados à imagem e semelhança de Deus.

O movimento Iluminista é responsável por construir o perfil moderno do princípio da dignidade da pessoa humana, pois difundia a ideia de que o ser humano era dotado de luz própria, partindo, ademais, da premissa de que todos os homens eram iguais em dignidade e liberdade.

Outrossim, é nesse contexto histórico que se destacam as ideias de Immanuel Kant, advogando a tese de que o homem seria um fim em si mesmo, dotado de autonomia, racionalidade e consciência moral.

No tocante à dignidade humana, Kant tratava-a de forma especial, justamente pelo fato de que a dignidade tinha como foco a individualidade da personalidade humana, enaltecendo, assim, o homem, o individualismo e a liberdade de agir.

Por conseguinte, o pensamento Kantiano elevava a dignidade a um patamar superior, qualificando-a como imprescindível para qualquer pessoa. Ademais, rechaçava qualquer perspectiva ou posicionamento que reduzisse o homem ao nível de ser considerado um simples objeto ou coisa.

Nesse contexto, a concepção Kantiana elabora uma diferença entre os objetos que têm preço e os que, diversamente daqueles, têm dignidade. Nesse passo, Kant (apud Sarlet, 2012, p. 35) disserta no sentido de que:

[...] no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Conclui-se, com o pensamento Kantiano, que tudo aquilo que é insuscetível de preço e que não pode ser substituído é munido de dignidade. Assim sendo, tudo aquilo que é dotado de dignidade, conseqüentemente, não será valorado ou substituído.

Prosseguindo na análise histórica da dignidade humana chega-se ao ponto de mencionar os horrores advindos das duas Grandes Guerras Mundiais do século XX, em que milhares de vidas foram exterminadas de maneira cruel, banal e por motivos racistas. É nesse diapasão que a dignidade humana é vista de maneira inequívoca como valor intrínseco à condição humana, sendo elevada ao nível de fundamento constitucional.

Por via de consequência, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, vários Estados Nacionais foram influenciados e passaram a valorizar e enaltecer cada vez mais o ser humano. Desse modo, os constituintes consignaram nas Cartas Magnas de seus países o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e intangível.

A respeito cita-se, a título de exemplo, como referência constitucional ao princípio da dignidade humana, a Constituição do México (1919), a Lei Fundamental da Alemanha (1949), a Carta Magna Portuguesa (1976), a Constituição Espanhola (1978), a Lei Maior Brasileira (1988), além de outras constituições do Leste Europeu e da América Latina que estabelecem a dignidade humana como diretriz básica e direito fundamental.

Diante do quanto aqui exposto, pode-se afirmar de forma evidente que a dignidade da pessoa humana é o alicerce do constitucionalismo moderno, posicionando o ser humano no centro do ordenamento jurídico. Nessa senda, destacando a importância atual do princípio acima citado, Fonseca (2012, p. 103) arremata no sentido de que:

É importante destacar que hoje a dignidade da pessoa humana continua a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica para expressivo número de ordens constitucionais, notadamente para àquelas que buscam constituir um Estado democrático de direito.

Desta feita, observa-se de forma nítida, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro axiológico do universo jurídico dos Estados Democráticos de Direito, destacando-se pelo fato de que, toda a ordem jurídica pátria é coordenada e organizada em torno daquele valor primordial.

4.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda que as considerações até então feitas possam dar um norte sobre a acepção e conteúdo da dignidade da pessoa humana, existe uma certa dificuldade doutrinária em fornecer uma conceituação precisa e delimitar seu âmbito de tutela como norma jurídica fundamental, notadamente em razão do intenso conteúdo valorativo que apresenta.

Para a melhor compreensão da relevância e do papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana num ordenamento jurídico, é indispensável que se faça uma abordagem conceitual do princípio, utilizando-se dos fundamentos mais recorrentes na doutrina.

Partindo dos ensinamentos de Kant, José Afonso da Silva (1998, p. 90) explica que a dignidade, diversamente das coisas que têm preço e podem ser substituídas por outras equivalentes, é um valor interno do próprio ser humano, superior a qualquer preço, e que não admite substituto equivalente. Nas precisas palavras do autor, dignidade é:

[...] atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

Edilsom Pereira de Farias explica que a dignidade da pessoa humana versa sobre as necessidades mais basilares do ser humano, no sentido de que sejam proporcionados ao homem, “os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades” (2000, p. 61).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 56), a dignidade da pessoa humana consiste na:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Da análise desses conceitos, pode-se inferir que a dignidade consiste numa qualidade inerente à própria condição de ser humano, que o torna merecedor do respeito e proteção, não só do Estado, mas de todas as pessoas, obstando qualquer situação desumana ou

degradante, e assegurando-lhe o acesso a condições mínimas de existência. Trata-se de valor universal, irrenunciável e inalienável, portanto, impossível de ser desvinculado da pessoa humana.

Dessa forma, como não se trata de uma criação do Estado, a dignidade não pode ser conferida, delimitada ou retirada, já que existe em cada pessoa humana como algo que lhe é próprio. Nesse diapasão, Marcelo Novelino Camargo (2008, p. 155-156) preleciona que:

A dignidade da pessoa humana não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos. A consagração no plano normativo constitucional significa tão somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como o respeito por parte deste e dos demais indivíduos.

Diante disso, cumpre observar que, como os ordenamentos jurídicos não conferem dignidade, restringindo-se apenas a reconhecê-la como elemento imprescindível à estruturação do universo jurídico, ainda que determinado ordenamento não tenha positivado o valor da dignidade da pessoa humana como baliza das normas fundamentais, a sua observância é imposta pela própria essência da condição humana.

Nesse raciocínio, todas as pessoas, independentemente de qualquer circunstância, são igualmente dignas. É o que, inclusive, se extrai do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual, “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

A valoração da dignidade da pessoa humana constitui, segundo Sarlet (2012, p. 46), ao mesmo tempo, limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral.

Assim, como limite, consiste numa barreira imposta aos demais entes sociais contra possíveis ingerências que tencionem lesionar a esfera jurídica individual da pessoa humana; como tarefa, busca orientar as ações humanas para a promoção da dignidade. Quanto a esse aspecto, tem-se que é um dever do Estado e da comunidade, em respeito à dignidade da pessoa humana, prover medidas concretas de proteção, notadamente por meio de ações positivas que favoreçam o pleno exercício da dignidade.

No Brasil, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito só ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988 (art. 1º, inciso III), representando um marco na história do constitucionalismo brasileiro¹³,

¹³ Algumas Constituições anteriores referiram-se expressamente à dignidade da pessoa humana, mas com uma acepção menos abrangente que a expressa na Constituição vigente. As Cartas Magnas de 1934 e 1946, por

sobretudo em razão de ter atribuído ao princípio a função de alicerçar todos os valores abrigados pela Constituição Federal, projetando-o por todo o sistema constituído. Nesse sentido, discorrendo sobre o princípio na CF, Martins (2009, p. 51) aduz que “atribui ao valor expresso na dignidade da pessoa humana uma proeminência axiológica sobre os demais valores acolhidos pela Constituição”.

É de se considerar, pois, que a normatização constitucional da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, revela, em parte, o anseio de transformá-lo em um orientador interpretativo de todo o sistema jurídico, buscando a sua harmonização, forçando o operador do Direito a interpretar as demais normas em concordância com o valor da dignidade humana. Isso sem desestimar, evidentemente, os demais valores constitucionais. Corroborando esse entendimento, Martins (2009, p. 64) assevera que “a dignidade da pessoa humana funciona como parâmetro objetivo de interpretação de todo o sistema constitucional (e todo o sistema jurídico)”.

O constitucionalismo moderno tem qualificado a Constituição como uma ordem objetiva de valores. Isso pelo fato de que o texto constitucional consiste na reflexão direta dos valores de uma sociedade em um determinado período histórico. Assim, na medida em que uma Constituição confere direitos fundamentais aos seus jurisdicionados, elegendo tais direitos como valores indissociáveis do Estado, estar-se-á assegurando também a efetividade da dignidade da pessoa humana.

É clara a relação de interdependência existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, porquanto estes surgiram da necessidade de proporcionar a plena concretização da dignidade humana. Desse modo, uma Constituição que não reconhece e garante direitos fundamentais, está negando ao seu corpo social a concretização da própria dignidade.

Nesse sentido, Sarlet (2012, p.110) assevera que:

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões [...]. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

exemplo, previram, nos arts. 115 e 157, respectivamente, que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna”. A de 1967 estabeleceu em seu art. 157, inciso II, como princípio base da ordem social a “valorização do trabalho como de dignidade humana”.

Na mesma linha de raciocínio, Camargo (2008, p. 222) aduz que os direitos fundamentais são direitos “relacionados à liberdade e à igualdade, criados com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana” e acrescenta:

A dignidade em si, não é um direito fundamental, mas um atributo inerente a todo ser humano ou simplesmente um *valor*. Todavia, existe uma relação de mútua dependência entre ela e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada e protegida. A exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana, razão pela qual estes direitos são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade (grifo do autor).

Com efeito, como valor positivado no texto constitucional sob a forma de princípio - nos termos previstos no art.1º, inciso III, da Constituição de 1988 -, a dignidade da pessoa humana só será plenamente respeitada quando os direitos fundamentais, contidos no Título II da Constituição, forem efetivamente garantidos.

Por oportuno, cumpre mencionar que os direitos fundamentais são produtos de uma construção histórica, decorrentes das necessidades e conquistas humanas em cada época.

Utilizando a nomenclatura ‘direitos humanos fundamentais’, Moraes (2000, p. 39), os conceitua como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Esses direitos, reconhecidos com o fim de estabelecer limites ao poder político e ao corpo social em geral, de forma a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, são modernamente classificados pela doutrina como direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações ou dimensões, considerando-se a ordem cronológica do reconhecimento constitucional.

A primeira geração ou dimensão de direitos compreende as liberdades clássicas, negativas ou formais, caracterizadas por estabelecerem restrições à atuação do Estado na esfera individual das pessoas. Tais direitos, decorrentes do constitucionalismo, fundaram-se na ideia de que o indivíduo é dotado de autonomia para gerir os aspectos que dizem respeito à sua esfera particular, não cabendo qualquer intervenção estatal nesses aspectos. Surgiram, portanto, a partir da luta contra a abusiva intervenção estatal, os direitos civis e políticos.

São exemplos clássicos de direitos de primeira geração ou dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, incluindo o direito de contratar, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, dentre outros.

A segunda geração ou dimensão de direitos surgiu no período da Revolução Industrial (século XIX), como decorrência dos movimentos sociais liderados pela massa trabalhadora e oprimida daquela época, que reivindicava por melhores condições de vida e de trabalho. Naquele contexto, a classe de trabalhadores instigou o Estado a intervir nas relações socioeconômicas, objetivando a promoção da igualdade substantiva, fato que culminou no reconhecimento dos chamados direitos positivos, ou liberdades positivas.

Os direitos de segunda geração ou dimensão correspondem aos direitos sociais, exigíveis na forma de políticas e serviços públicos, tais como: saúde, trabalho, educação, assistência social, habitação, previdência social, dentre outros.

Os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, também denominados direitos de solidariedade ou de fraternidade, surgiram da necessidade de fornecer meios de proteção aos interesses coletivos e difusos. Consagram, pois, direitos que transcendem aos interesses individuais, ou de um grupo de indivíduos, revelando a preocupação com a coletividade.

Compreendem os direitos de terceira geração ou dimensão, dentre outros, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, ao patrimônio comum da humanidade, à defesa do consumidor, à autodeterminação dos povos.

Modernamente, há respeitáveis doutrinadores, no Brasil e no exterior, que sustentam a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais. Galindo (2003, p. 69), partindo das lições de Paulo Bonavides, explica que os direitos fundamentais de quarta geração ou dimensão compreendem os direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo jurídico.

Desta feita, à luz do exposto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana assume a feição de princípio fonte dos direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo destes encerra, em sua maioria, a noção e o dever de respeito à pessoa humana.

4.3 A PONDERAÇÃO NO CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ordem jurídica constitui uma unidade formada por diversos sistemas que se coadunam entre si, pressupondo-se reciprocamente. O liame entre esses sistemas é estabelecido pela Constituição de um Estado, que tem a finalidade precípua de conferir coesão ao ordenamento jurídico.

Sob esse enfoque, toda a ordem jurídica de um Estado retira seu fundamento de validade a partir da Constituição. Esta, por ser produto dos valores, interesses e aspirações predominantes na época de sua elaboração, apresenta um sistema aberto de princípios e regras que vão nortear todo o sistema.

É exatamente pelo fato de ser produto de valores e ideais muitas vezes distintos, que o texto constitucional comporta pluralidade de concepções e interpretações, notadamente quando se está diante de normas e princípios abertos. Corroborando essa linha de raciocínio, Barroso (2004, p. 196) explica que a Carta Fundamental do Estado:

[...] é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um *consenso fundamental* quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador (grifo do autor).

Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico consiste num sistema lógico, estruturado, composto por elementos que se articulam harmoniosamente, não é admissível que haja conflito entre valores normatizados.

No âmbito do texto constitucional, ressalte-se, não há possibilidade de haver conflito entre preceitos, mormente pelo fato de que todas as normas constitucionais gozam de mesma posição hierárquica. Inobstante isso, pode ocorrer de uma situação fática ensejar a aplicação de uma ou outra norma de mesma hierarquia, ocorrendo o que se chama de conflito aparente de normas.

Nessa ótica, Barroso (2004, p. 198) assevera que as normas constitucionais:

[...] não podem jamais estar em conflito no momento de sua concretização. Portanto, ao intérprete da Constituição só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra.

Sob esse enfoque, partindo da premissa de que a ampla proteção conferida aos direitos fundamentais na Constituição Federal enseja a frequente colisão entre esses direitos quando se apresentam no plano concreto, Sarlet (2010, p. 394) assevera que:

Muito embora essas situações de conflito tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, **há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta**. A solução desse empasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios (grifo nosso).

Nesse diapasão, constatado o conflito aparente entre direitos fundamentais num caso concreto, urge ao intérprete solucioná-lo por meio da ponderação.

A ponderação, também denominada no direito norte-americano de *balancing*, é um método jurídico de solução de conflitos normativos que abrangem direitos, interesses, valores, bens ou preferências políticas em tensão, invencíveis pelos meios de interpretação clássicos, por versarem sobre normas de mesma hierarquia.

Nas precisas palavras de Barroso (2004, p. 358), a ponderação consiste em:

[...] uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

No mesmo norte, Bulos (2007, p. 341) dispõe que a “técnica da ponderação de valores ou interesses é o recurso colocado ao dispor do intérprete para que ele avalie qual o bem constitucional que deve prevalecer perante situações de conflito”.

Trata-se de técnica segundo a qual os direitos, interesses, bens e valores aparentemente conflitantes no caso concreto são valorados e sopesados, com vistas à aferição de qual deverá prevalecer naquela situação fática em decorrência do maior peso atribuído. Constitui um método interpretativo de concessões mútuas, eis que busca resguardar, na medida do possível, os direitos contrapostos¹⁴.

¹⁴ Acerca da colisão de direitos e a ponderação de valores na jurisprudência do STF, Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 425-436) aponta os seguintes julgados: ADI-QO 319/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30-4-1993; RE 153.531, Rel. Min. Marco Aurélio, Lex-STF, 239/192; Rlc 2.040, Rel. Min. Néri da Silveira, julgada e 21-02-2002; ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármem Lúcia; HC 78.426, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 6-3-

Para resolver corretamente os conflitos aparentes entre os direitos verificados no caso concreto, o intérprete deverá delimitar os argumentos que amparam as posições jurídicas adversas e analisá-los com prudência e minúcia, sopesando as circunstâncias da situação fática e analisando a pertinência desses argumentos sob a ótica constitucional. A finalidade é averiguar de que maneira o caso concreto deve ser tutelado para que efetivamente alcance os postulados constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana.

Ao realizar a ponderação, o intérprete deve, inicialmente, examinar se o caso concreto está efetivamente abrangido no âmbito de proteção de mais de um direito, bem, valor ou interesse. Em caso afirmativo, deve-se, à luz das circunstâncias concretas, estabelecer compreensões mútuas sobre os bens jurídicos protegidos pelos direitos em embate, procurando, assim, lograr um ponto onde a restrição de cada bem seja a mínima indispensável à convivência com o outro.

Por oportuno, cumpre esclarecer que essa técnica de solução de conflito aparente de direitos fundamentais parte da premissa de que estes direitos não absolutos e ilimitados, na medida em que encontram limites em outros direitos fundamentais, também insculpidos no texto constitucional. Corroborando esse entendimento, Sarmiento e Galdino (2006, p. 293) asseveram que:

Apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Visando à melhor compreensão da técnica da ponderação, doutrinadores como Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso descrevem-na como um processo formado por três etapas sucessivas.

Na primeira etapa, o intérprete deve buscar identificar o conflito normativo que permeia o caso concreto, delimitando os argumentos interpretativos antagônicos e revelando as normas que serão objeto de ponderação. Conforme preleciona, Barcellos (2005, p. 123) “esta primeira etapa consiste exatamente em identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito: afinal, esta é a circunstância que justifica o recurso à técnica da ponderação”.

1999. Gilmar Mendes destaca que “o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como uma ‘lei de ponderação’, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional” (2010, p. 413).

Na segunda etapa, compete ao operador do direito avaliar os fatos relevantes, as circunstâncias concretas do caso e a sua relação com as normas em conflito. Segundo Barcellos (2005, p. 123) a “identificação desses fatos permitirá ao intérprete apurar se existe alguma possibilidade fática de atender a todas as soluções em um nível ótimo e, em qualquer caso, servirão de importante subsídio para a última etapa da ponderação”. Entrementes, caso não seja possível alcançar o nível ótimo, o intérprete deverá eleger a solução menos restritiva.

Na terceira etapa ocorre a decisão, onde serão sopesados os valores em conflito para então aferir qual norma deve preponderar no caso concreto, sem que haja, contudo, a invalidação das demais normas. Segundo Barroso (2004, p. 359):

Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas- e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.

No que tange ao questionamento que gravita em torno do uso do monitoramento eletrônico, relativamente à suposta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, impende esclarecer nesse momento que conflitam dois direitos que são corolários do aludido princípio, notadamente o direito à intimidade e o direito à execução de uma pena mais humanitária.

Feitas essas considerações acerca da ponderação, analisar-se-á o uso do monitoramento eletrônico como alternativa ao cárcere sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, com vistas a aferir se a inovadora tecnologia a serviço da justiça criminal é compatível, ou não, com o aludido princípio.

4.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MONITORAMENTO ELETRÔNICO

A possibilidade de se utilizar a tecnologia do monitoramento eletrônico de pessoas em favor da justiça criminal fez surgir um grande embate doutrinário. De um lado, levantam-se vozes favoráveis ao uso da medida, por considerá-la uma solução inovadora para os

problemas decorrentes da pena de prisão, representando uma pena mais humanitária, de outro, critica-se o mecanismo de vigilância eletrônica por entender que o seu uso violaria o princípio da dignidade da pessoa humana em decorrência de suposta afronta à intimidade do monitorado.

Conforme explicado anteriormente, essa é principal crítica à essência do sistema, sendo as demais de cunho nitidamente operacional, que podem ser levadas a efeito para o aperfeiçoamento da medida, e não como óbice à sua utilização.

Buscar-se-á, a partir dessa crítica, aferir se o uso do monitoramento eletrônico de pessoas efetivamente violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, faz-se mister analisar sucintamente o direito à intimidade, bem como as limitações impostas ao indivíduo sujeito ao cárcere.

A noção de intimidade e de vida privada como hoje conhecida é recente – na Antiguidade, concebeu-se tão-somente a distinção entre a esfera pública e a privada.

A origem histórica propriamente dita do direito à intimidade e sua proteção jurídica encontram-se estritamente vinculadas ao surgimento da burguesia, mais especificamente com o fim do período medieval. Naquela época o isolamento era privilégio das mais altas esferas da nobreza ou de quem, por livre vontade, ou ainda por necessidade, abdicava da vida em sociedade, como monges e pastores. O desenvolvimento dos núcleos urbanos, proporcionado por melhores condições sociais e econômicas, fez nascer na burguesia a expectativa de proteção desse direito. Nesse sentido, Fonseca (2012, p. 116) discorre que:

Configurou-se, pois, a intimidade como uma aspiração da burguesia de obter algo que antes era privilégio de poucos, aspiração esta que veio potencializada em razão dessa nova condição de vida, o que justifica a sua característica individualista, demonstrada pela reivindicação de salvaguardar um determinado espaço com caráter exclusivo e excludente.

A doutrina moderna, embora reconheça a dificuldade em estabelecer um conceito preciso do direito à intimidade, entende que o objetivo dessa proteção é blindar o homem contra possíveis interferências externas na sua vida privada, familiar e doméstica.

Nas precisas palavras de Bastos (apud GAMIZ, 2012, p. 49), a intimidade constitui a:

[...] faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Consiste, pois, no direito de suprimir do conhecimento de terceiros fatos que o titular tem a intenção de preservar para si, resguardando seu direito de viver em isolamento sem ser submetido à publicidade indesejada.

O direito à intimidade está resguardado no rol dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, mais precisamente no art. 5º, inciso X, segundo o qual “são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ressalte-se que, assim como o que acontece com os demais direitos fundamentais, o direito à intimidade não é dotado de caráter absoluto, encontrando limitações que, segundo Mendes (2010, p. 473) “resultam do próprio fato de se viver em comunidade e de outros valores de ordem constitucional”.

Desta feita, não se pode olvidar que existem situações que clamam pela restrição do direito à intimidade, mormente quando se verifica o conflito com outros direitos fundamentais que se apresentam preponderantes na tutela de determinado interesse em concreto.

Nessa linha de raciocínio, Mendes (2010, p. 473) assevera que:

É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. [...] A depender de um conjunto de circunstâncias do caso concreto, a divulgação de fatos relacionados com uma dada pessoa poderá ser tida como admissível ou como abusiva.

É de se inferir, pois, que ao indivíduo é garantido o direito de manter-se na reserva, de velar a sua intimidade, de não permitir que se lhe devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública. Porém, esse direito sofre limitações naturais.

Em determinadas situações, havendo justificativa legítima, será admissível a restrição ao direito à vida particular de um indivíduo. Isso se deve ao fato de que o homem vive em comunidade e, portanto, deve aceitar as limitações próprias da vida em comum.

Nesse sentido, Mori (2009, p. 52) disserta que:

Em alguns casos, presentes determinadas justificativas, será legítimo desvendar a vida particular ou familiar de um indivíduo, seus hábitos e vícios, suas aventuras e preferências. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.

Ainda sobre o direito à intimidade, imprescindível discorrer sobre o consentimento do titular desse direito, que tem o condão de justificar a invasão na sua intimidade, retirando-a do universo da ilegalidade.

Discorrendo acerca da restrição à privacidade com o consentimento do indivíduo, Mendes (2010, p. 473) assevera que “os direitos fundamentais não são suscetíveis de renúncia plena, mas podem ser objeto de autolimitações, que não esbarrem no núcleo essencial da pessoa”.

Desse modo, a anuência do indivíduo constitui limitação voluntária do direito à intimidade para situações especificamente consideradas. A possibilidade de consentir com essa limitação encontra respaldo desde que seja de caráter temporal.

Corroborando esse entendimento, Mori (2009, p. 56) dispõe que:

A vontade do indivíduo no direito à intimidade tem um papel decisivo e incontestável, pois o interessado pode livremente optar por deixar de exercer o seu direito. Isso não quer dizer que o direito à intimidade deixe de ser inalienável, em que é vedada a sua cessão. A questão encontra solução na diferença que é de caráter temporal, ou seja, no caso do consentimento do interessado, o indivíduo opta por temporariamente deixar de exercer o seu direito enquanto a renúncia é duradoura, e, portanto, inalienável.

Feitas essas considerações acerca do direito à intimidade, imperioso analisar as implicações decorrentes de uma pena privativa de liberdade com vistas a estabelecer uma ponderação entre os direitos, valores e interesses envolvidos na questão do monitoramento eletrônico de pessoas na justiça criminal.

De início, convém ressaltar que toda pena é dotada de certo caráter aflitivo, eis que consiste na limitação de direitos fundamentais do apenado.

No que concerne à pena privativa de liberdade, as limitações impostas ao encarcerado são incontestavelmente maiores que em qualquer outra pena admitida no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵. Isso se deve não só em decorrência das limitações próprias da execução penal, mas precipuamente está relacionada às violações engendradas no âmbito do cárcere.

Conforme explanado no primeiro capítulo deste trabalho, o ambiente carcerário reproduz as mais diversas formas de violação à dignidade da pessoa humana. Some-se a isso o fato de que o cárcere consiste num instrumento de controle total sobre o apenado, onde praticamente não há qualquer espaço para o direito à intimidade.

¹⁵ Salvo a pena de morte, admissível em caso de guerra declarada, nos termos do art. 5º, inciso XLVII, alínea “a” da CF/88.

Nesse contexto, convém indagar aos críticos que sustentam que monitoramento eletrônico constitui afronta à intimidade do monitorado: não seria a privação da liberdade no âmbito do cárcere ainda mais violadora do direito à intimidade? Será que numa cela superlotada, onde pessoas são amontoadas e privadas das necessidades mais básicas, num verdadeiro tratamento desumano, o direito à intimidade é tão respeitado a ponto de se negar um meio menos restritivo a todos os direitos do apenado?

Por oportuno, é imprescindível observar que o princípio da dignidade da pessoa humana abrange também o direito de não ser tratado de forma desumana e degradante quando da execução da pena, haja vista que, nas precisas palavras de Sarlet (2010, p. 101), “todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade”.

Desta feita, no caso do uso do monitoramento eletrônico em alternativa ao cárcere, conforme se deixou antever, conflitam dois direitos que são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente: o direito à intimidade e o direito a uma pena mais humanitária, longe das degradações físicas e morais do cárcere.

Na ponderação entre esses direitos, bem como entre os valores e interesses envolvidos na questão do monitoramento eletrônico conclui-se pela necessidade de atribuir maior peso à possibilidade de aplicação da medida em detrimento do direito à intimidade, notadamente pelo fato de que as vantagens superam as desvantagens decorrentes do uso dessa tecnologia a serviço da justiça criminal.

Corroborando com propriedade essa linha de pensamento, o Nuno Caiado (2012, p. 178), Diretor de Serviços da Vigilância Eletrônica do Ministério da Justiça de Portugal, defende que o direito à intimidade deve ser relativizado diante da possibilidade de utilizar o monitoramento eletrônico, já que se trata de meio menos restritivo do que o cárcere:

(...) a invasão do círculo pessoal, do território pessoal fixo ou do perímetro em redor da pessoa vigiada, deve sempre ser relativizada em função da alternativa a que aquela estaria sujeita. Se é certo que o ME – tecnologia e procedimentos associados – implica invasão da privacidade, não é menos certo que o encarceramento significa a mais radical intrusão do Estado na vida de uma pessoa, materializada na execução da privação da liberdade e na incapacitação física. Ora esta impõe necessariamente tais restrições que facilmente resultam na perda total de privacidade e, em inúmeros casos, a despersonalização, qual clímax da anulação da privacidade. Não raras vezes a privação da liberdade, não por ela mesma mas pelas condições em que é executada, implica também a violação dos direitos humanos e da dignidade mínima da pessoa.

Nesse sentido, Greco (2012, 39) também defende que os benefícios do monitoramento eletrônico são “infinitamente superiores aos prejuízos causados ao agente que se vê obrigado a cumprir a pena *intramuros*”. O doutrinador conclui sua posição favorável ao uso da medida

como meio alternativo ao cárcere explicando que o direito à intimidade deve ceder diante da possibilidade de monitoração eletrônica, já que a medida é aplicada em benefício do próprio condenado:

Esse direito à intimidade deve ceder, no caso concreto, diante da possibilidade de monitoração eletrônica. Na verdade, essa limitação à intimidade é levada à efeito em benefício do próprio condenado, uma vez que, sujeitando-se ao monitoramento, ficará livre das influências nefastas do cárcere. O sistema prisional, com toda certeza, não seria o melhor ambiente para o cumprimento da pena aplicada ao condenado, que, em muitos países de América Latina, eliminariam a sua personalidade. Assim, por mais que tenhamos que proteger o direito à intimidade daqueles que foram apenados, a submissão do autor da infração penal à monitoração eletrônica deve ser entendida em seu benefício, mesmo que cause pequenos transtornos (2012, p. 41).

Nessa ótica, Prudente (2012, p. 155) defende que “não há dúvida que os riscos (reais, iminentes e de toda sorte) que a pessoa corre ingressando em nossas cadeias prematuramente são infinitamente maiores aos que ocorreria estando sob a vigilância eletrônica”.

Ainda nessa linha de defesa, Carlos Roberto Mariath¹⁶ (2009), em artigo publicado na página eletrônica do Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹⁷, dispõe que:

Diante da necessidade premente de se suplantar o caos penitenciário e dos valores que estão em jogo, o monitoramento eletrônico se revela uma medida capaz de atingir as finalidades a que se propõem (alívio da massa carcerária e manutenção do poder de vigilância), restringindo em menor proporção os direitos envolvidos (liberdade e privacidade). Ademais, ao revés de manifestações contrárias, o sistema eletrônico de vigilância surge em socorro da dignidade da pessoa humana, posto que evita o ingresso de acusados da prática de determinadas condutas delitivas em um sistema débil e perverso, bem como acelera a saída dos que lá já se encontram (estes indubitavelmente marcados pelas agruras que lhes são "naturalmente" impostas).

Leal (2011, p. 81) também concorda com a preponderância do uso do monitoramento eletrônico em alternativa ao cárcere quando se fala em violação à intimidade do indivíduo:

É inconsistente condenar o monitoramento eletrônico sob o argumento de que vulnera diversos direitos fundamentais (direitos humanos positivados) como a imagem, a honra e a intimidade (a privacidade) dos condenados/presos provisórios e que por isso seria inconstitucional. Os que assim argumentam não ponderam valores e parecem esquecer-se dos malefícios que se quer evitar da prisão, onde esses direitos são vulnerados de uma forma contínua e brutal, sob a indiferença da sociedade, que é também uma forma sutil e degradada de violência.

¹⁶ Coordenador-Geral de Políticas, Pesquisa e Análise da Informação do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN- no ano de 2011.

¹⁷ Disponível em: <http://www2.forumseguranca.org.br/node/22891>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2013.

É de se inferir, portanto, que o uso do monitoramento eletrônico implica uma série de vantagens, não só em benefício do próprio apenado, mas também em benefício da sociedade como um todo, que justificam a restrição do direito à intimidade.

Na medida em que esse mecanismo é utilizado como uma forma de evitar o ingresso do indivíduo no cárcere, assegura-se que este não seja corrompido pelas influências negativas próprias daquele ambiente. Nesse sentido, Leal (2011, p. 75) assevera que “uma de suas maiores vantagens é a de evitar o contágio criminal resultante da convivência promíscua de processados ou sentenciados por delitos menores com toda espécie de malfeitores”.

Ademais, na proporção em que são mantidos os laços permanentes com a família, bem como preservados o trabalho e/ou estudo, o monitorado contará com um apoio social contínuo na execução de sua pena, favorecendo sobremaneira o alcance de sua finalidade ressocializadora, e, por via de consequência, ainda será cumprido com o mandamento constitucional previsto no *caput* do art. 226 da Constituição Federal, o qual determina que o Estado deve deferir especial proteção à família, que é base da sociedade.

Nessa ótica, explicando que a medida proporciona meios para a redução dos riscos de reincidência, Sousa e Japiassu (2012, p.357), asseveram que:

A acolhida do monitoramento eletrônico é justificada por sua potencialidade preventiva, eis que constitui um poderoso instrumento de neutralização de atos de delinquência durante a execução da medida. A retirada do condenado do contato carcerário, bem como os benefícios advindos do trabalho e da manutenção de uma vida social e familiar, concorrem para a diminuição do risco de recidivas.

No mesmo norte, Greco (2012, p. 39) dispõe que:

A monitoração eletrônica foi criada com o fim de não retirar o condenado, abruptamente, do meio social. Nesse sistema, muitos dos seus direitos passam a ser limitados; no entanto, o convívio em sociedade permanece. Ele não é ‘dessocializado’, mas educado a não mais praticar o ato criminoso.

Some-se a esses benefícios em favor do apenado, o benefício de ordem social, notadamente pelo fato de que a concessão de liberdade vigiada proporciona maior segurança pública. Essa constatação, nas palavras de Leal (2011, p. 77), é decorrente do fato de que “controlados de longe, os usuários não se atrevem a sair da zona de inclusão determinada pelo juiz e/ou cometer novos crimes, mesmo porque sabem que isto implicaria seu ingresso/retorno imediato ao cárcere”.

De todo exposto, tem-se que a discussão que gira em torno de suposta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana parece não levar em conta que o monitoramento eletrônico surge como uma alternativa ao cárcere, e não como alternativa à liberdade.

Nesse caso, há que se compreender que a medida é reservada para aquelas situações em que é cabível o encarceramento do indivíduo, surgindo o mecanismo de vigilância eletrônica como uma forma de manter o apenado no meio social, evitando que as degradações do ambiente carcerário promovam todas as formas de violações à sua dignidade, que são infinitamente superiores se comparadas às limitações decorrentes do uso de uma pulseira ou tornozeleira eletrônica.

Não é sem razão que Túlio Vianna (2012, p. 196), ao obtemperar as críticas feitas ao sistema, assevera que “tais críticas acabam paradoxalmente legitimando o cárcere como sistema punitivo e afastando uma das poucas alternativas minimamente viáveis à humanização da execução penal”.

Diante do exposto, não se afigura razoável obstar a utilização do monitoramento eletrônico como meio alternativo ao cárcere sob o argumento de que a medida fere a dignidade da pessoa humana por representar uma intromissão na intimidade do monitorado.

A inovadora tecnologia a serviço da justiça criminal surge exatamente em socorro ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é diuturnamente violado no âmbito do cárcere. Argumentar que esse mecanismo fere a dignidade do preso é ignorar a realidade das prisões brasileiras.

A corrente que se mostra favorável ao monitoramento eletrônico não defende o uso irrestrito e desarrazoado desse mecanismo, eis que também devem ser estabelecidos parâmetros para que a sua execução não se torne algo tão cruel quanto o cárcere.

Logo, a compatibilização ou não do monitoramento eletrônico com o princípio da dignidade da pessoa humana depende precipuamente da maneira como a tecnologia é utilizada, notadamente se é aplicada de maneira transparente ou pouco clara e infundamentada, se os meios são adequados ou fogem aos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, se há observância estrita às normas que a regulamentam ou se a medida está sendo aplicada de forma arbitrária.

Assim, não viola o princípio da dignidade da pessoa humana se a medida for executada por meio de dispositivos discretos, não depreciativos e facilmente ocultáveis. Condena-se, pois, qualquer meio que descaracterize a pessoa como sujeito de direitos, a exemplo das tecnologias de terceira geração.

Acerca desse ponto, Paulo José Iasz de Moraes¹⁸ (2012, p. 86), ao contrapor-se à crítica de que a medida é inconstitucional por ferir a dignidade da pessoa humana, defende que o monitoramento eletrônico só atentaria contra a dignidade caso utilizasse equipamento indiscreto, que permitisse a identificação do indivíduo como preso:

Obstar a nova medida sob tal fundamento é ignorar a realidade, entendo pela constitucionalidade de utilização do sistema, desde que o equipamento seja discreto e não permita que o indivíduo seja desde logo identificado como preso, sendo que somente assim se atentaria contra sua dignidade.

Outrossim, não há que se falar em afronta ao aludido princípio quando houver o consentimento expresso do indivíduo sujeito à monitoração eletrônica, notadamente pelo fato de que a anuência tem condão de justificar a restrição do direito à intimidade do condenado em seu próprio benefício. Ademais, somente o condenado terá condições de estimar o nível de desconforto que a medida lhe causaria.

Corroborando essa linha de raciocínio, Moraes (2012, p. 86) defende que a medida não deve ser imposta, cabendo ao preso optar entre a restrição à intimidade ou a submissão à pena de prisão. Nas precisas palavras do autor, “há de haver a expressa anuência do preso, nunca lhe poderá ser imposta a medida por respeito ao princípio constitucional da intimidade. O indivíduo é que escolhe se abrirá mão do bem constitucional ou se suporta a pena física”.

Ademais, em respeito à dignidade da pessoa humana, a medida deve ser norteadada pelo sigilo das informações obtidas na monitoração da vida do apenado.

Não se pode olvidar, também, que não seria razoável simplesmente anexar um dispositivo eletrônico no apenado e deixá-lo à própria sorte. A medida requer um acompanhamento contínuo por equipes de profissionais multidisciplinares, voltadas precipuamente para fornecer apoio ao apenado na busca pela sua ressocialização.

Desta feita, à luz do exposto, uma vez estabelecidos meios éticos na execução da medida, não há que se falar em violação, mas em verdadeira compatibilidade do monitoramento com o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁸ Presidente da Comissão de Estudos de Monitoramento Eletrônico de Detentos da OAB/SP.

5 CONCLUSÃO

O trabalho em epígrafe propôs-se a aferir se o uso monitoramento eletrônico de pessoas sujeitas ao cárcere é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente foi traçado o histórico percorrido pelas penas, bem como apresentadas as teorias que explicam as suas finalidades, concluindo-se que a legislação penal brasileira adotou a teoria mista ou eclética, segundo a qual que a pena deve reprimir e prevenir os delitos, realizando a proteção de bens jurídicos essenciais e buscando a ressocialização do condenado.

Constatou-se que embora a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal tenham conferido uma vastidão de direitos ao apenado, a realidade do sistema carcerário brasileiro evidencia que nada do que se idealizou é efetivamente cumprido. A atual situação das prisões brasileiras é alarmante, na medida em que não fornecem as mínimas condições para preparar o retorno útil do apenado na sociedade, funcionando, ao revés, como meio dessocializador.

Em que pese o ideal ressocializador contemplado pela legislação brasileira não passe de uma utopia, explicou-se que a prisão é um mal necessário, devendo destinar-se estritamente aos condenados a penas de longa duração, que representem um perigo à sociedade e sejam considerados de difícil recuperação. Aos condenados não perigosos, por outra via, consignou-se que o sistema penal deve reservar meios alternativos que impliquem na imposição de uma pena mais humanitária e evitem que os efeitos negativos do cárcere terminem por corrompê-los.

Ressaltou-se que o avanço tecnológico contribuiu para o surgimento do mecanismo de monitoramento eletrônico de pessoas em favor da justiça criminal, atendendo à necessidade de criar meios alternativos à pena de prisão, que representem uma maior humanização das penas.

Esclareceu-se que o monitoramento eletrônico consiste numa ferramenta de vigilância que controla a liberdade do infrator por meio de um sistema eletrônico de identificação pessoal, permitindo conhecer sua precisa localização, percurso e deslocamento, e evitar a sua aproximação ou distanciamento de lugares previamente estabelecidos.

Após traçar o histórico dessa tecnologia, constatou-se que as legislações penais mundiais têm aderido ao sistema, no intuito de alcançar três objetivos primordiais, quais sejam: reduzir a superlotação carcerária; reduzir os custos provenientes do encarceramento e

diminuir os índices de reincidência criminal ao proporcionar melhores condições para a ressocialização do apenado.

Demonstrou-se que a efetiva utilização do monitoramento eletrônico para indivíduos não perigosos condenados a uma pena privativa de liberdade de curta duração ou para aqueles que estão respondendo a processo penal, avaliada a sua necessidade, constitui medida adequada para evitar a dessocialização decorrente da prisão, proporcionando uma maior integração social através do trabalho e do contato direto e imediato com a sua família.

Esclareceu-se que a pretensão da medida é evitar que o indivíduo que praticou um crime de pouca ou nenhuma gravidade, e que não represente risco à sociedade, ingresse no falho sistema carcerário, mormente porque, em decorrência da falta de uma estrutura voltada à reeducação nas prisões, certamente esse indivíduo retornaria ao convívio social completamente desvirtuado.

A partir da análise das principais experiências mundiais com o monitoramento eletrônico, restou evidenciado que a medida alcançou excelentes níveis de operacionalidade e eficácia, o que tem contribuído para a propagação da ideia de monitorar ao invés de encarcerar.

Nessa conjuntura, explicou-se que o Brasil também aderiu à medida, adotando-a como forma de vigilância indireta do condenado, nos casos de saída temporária e prisão domiciliar, e como verdadeiro substituto à segregação cautelar.

Conforme foi demonstrado, a possibilidade de utilizar o monitoramento eletrônico em favor da justiça criminal levanta alguns questionamentos nos cenários jurídico e social.

Critica-se a inovadora tecnologia por entenderem alguns que o dispositivo eletrônico seria uma forma de expor indevidamente o apenado. Quanto a esta crítica, sustentou-se que o dispositivo eletrônico é facilmente ocultável e que o progresso tecnológico tem permitido a criação de mecanismos ainda mais discretos, não sendo esta crítica motivo para obstar uma medida menos restritiva e estigmatizante que o cárcere.

Quanto às demais críticas, relativamente a eventual processo alérgico decorrente do material utilizado, altos custos com a tecnologia, possível dificuldade na operacionalização, e possibilidade de extração do dispositivo com chance fuga, demonstrou-se com argumentos consistentes que não afiguram obstáculos à implementação do monitoramento eletrônico, podendo ser levadas em consideração para o aperfeiçoamento da medida.

A crítica feita pelos opositores da medida que ataca a essência do sistema diz respeito à suposta violação da intimidade do monitorado. Alegam que esse mecanismo de vigilância

seria uma intromissão do Estado na intimidade do monitorado, representando uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No que concerne a essa crítica, foi alvo de análise no terceiro capítulo, que foi dedicado a aferir se o monitoramento eletrônico viola o princípio da dignidade da pessoa humana ou se, ao revés, é compatível com o aludido princípio.

Foram traçados os aspectos mais relevantes acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como explicada a técnica da ponderação de direitos, bens, valores e interesses conflitantes no caso concreto, concluindo-se que na questão que envolve o monitoramento eletrônico e o direito à intimidade há que se recorrer a essa técnica para avaliar o que deve preponderar na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana.

Conforme explicado, o princípio da dignidade da pessoa humana abrange tanto o direito à intimidade quanto o direito de não ser tratado de forma desumana e degradante quando da execução da pena. Desta feita, diante da possibilidade de monitorar com restrição à intimidade ou encarcerar com todas as restrições próprias da pena de prisão, concluiu-se que o direito à intimidade deve ceder diante da possibilidade de monitoramento eletrônico.

Justificou-se que essa limitação à intimidade é levada a efeito em benefício do próprio apenado, haja vista que, sujeitando-se ao monitoramento, ficará livre das influências nefastas do cárcere, manterá os laços permanentes com a família, preservará o trabalho e/ou estudo, e contará com um apoio social contínuo na execução de sua pena, favorecendo sobremaneira o alcance da finalidade ressocializadora desta.

Comprovou-se que o monitoramento eletrônico representa a execução de uma pena mais humana e menos restritiva dos direitos do apenado, não sendo obstáculo à sua utilização a alegação de que viola o direito à intimidade do monitorado, mormente porque se estivesse no ambiente carcerário esse direito seria ainda mais restringido do que com o uso de uma pulseira ou tornozeleira no meio social.

Ressaltou-se, entretanto, que a utilização da tecnologia do monitoramento eletrônico não pode dar-se de maneira irrestrita e desarrazoada. A medida deve ser norteada por meios éticos com a finalidade de que a sua execução não se torne algo tão cruel quanto o cárcere.

Frisou-se que a compatibilidade do monitoramento eletrônico com o princípio da dignidade da pessoa humana depende precipuamente da maneira como a tecnologia é utilizada, notadamente se é aplicada de maneira transparente, se os meios empregados são adequados e se há observância estrita das normas que a regulamentam.

Desta feita, todos os objetos a que se destinou este trabalho monográfico foram alcançados, haja vista que se demonstrou que a execução da pena no cárcere constitui

obstáculo intransponível ao processo de ressocialização do apenado; foram traçados os aspectos mais relevantes que envolvem a tecnologia do monitoramento eletrônico de pessoas sujeitas ao cárcere; foram delineadas as principais experiências internacionais com a aplicação da inovadora tecnologia a serviço da justiça criminal; procedeu-se à análise das principais críticas que cercam o sistema; estudou a noção de dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos; e analisou a técnica da ponderação de direitos, bens, valores e interesses, concluindo que o direito à intimidade deve ceder em favor da possibilidade de monitoramento eletrônico.

De todo o exposto, concluiu-se que, uma vez estabelecidos meios éticos para a aplicação do monitoramento eletrônico, tais como o uso de dispositivos discretos, facilmente ocultáveis e não depreciativos, a exigência do consentimento expresso do apenado, o acompanhamento da execução da medida por equipes de profissionais multidisciplinares e a não divulgação das informações obtidas pelos profissionais que acompanham a medida, não há que se falar em violação, mas em verdadeira compatibilidade da medida com o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.v.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, RJ, **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> . Acesso em 20 fev. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, Rio de Janeiro, **Diário Oficial da União**: 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 fev. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**: 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 fev. 2013.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Fiscal, **Diário Oficial da União**, 13 jul. 1984. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 20 fev. 2013.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. **Relatórios estatísticos**. Brasília, DF, jun. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 156/2009** (Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal), Brasília, DF, Senado, 2013, Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>. Acesso em 23 fev. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAIADO, Nuno. Monitoramento Eletrônico e Ética – Um Olhar de um Prático. In: PRUDENTE, Neemias Moretti; ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Monitoramento Eletrônico em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Código de Hamurabi. Biblioteca virtual de direitos humanos. Universidade de São Paulo-USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>. Acesso em: 09 mar. 2013.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica. Nov. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 10 fev. 2013.

COSTA JR, Paulo José e COSTA, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELA-BIANCA, Naiara Antunes. Monitoramento eletrônico de presos. Pena alternativa ou medida auxiliar na execução penal? **Jus Navigandi**, Terezina, ano 16, n. 2748, 9 jan 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18126>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. 29.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GALINDO, Bruno. Direitos Fundamentais. **Análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

GAMIZ, Mario Sergio de Freitas. **Privacidade e Intimidade**: Doutrina e Jurisprudência. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

GOMES NETO, Pedro Rates. **A prisão e o sistema penitenciário**: uma visão histórica. Canoas: Editora ULBRA, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. Monitoração *versus* Direito à Intimidade. **Consulex**. Ano XVI - Nº 360 – 15 de janeiro/2012.

ISIDRO, Bruno Cesar Azevedo. **Liberdade vigiada** - Sociedade Protegida. João Pessoa: 2009, Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/liberdade-vigiada-sociedade-prottegida/>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

LEAL, César Barros. **Vigilância Eletrônica à Distância**: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

_____. **Prisão**: o crepúsculo de uma era. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico de Presos**. Dignidade da Pessoa Humana em Foco. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/node/22891>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. **Monitoramento eletrônico**: liberdade vigiada. Ministério da Justiça. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/publicacoes/main.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

MARTNS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana** – Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010. 1.v.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição de República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Paulo José Iasz. **Monitoramento Eletrônico de Preso**. São Paulo: IOB, 2012.

MORI, Michele Keiko. **Direito à Intimidade versus Informática**. Curitiba: Juruá Editora: 2009.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 1.v.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito penal do futuro**: a prisão virtual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 8 jan. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral, arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1.v.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Sozinho mas não esquecido: Uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de infratores. In: _____; ROSA, Alexandre Moraes da (Org.). **Monitoramento Eletrônico em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009.

REIS, Fabio A. S. **Monitoramento Eletrônico de Prisioneiros**: breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca. In: III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO, Salvador, BA, 2004. Anais do III CIBERCON. Salvador, BA: IBDI. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/cibercon.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 212: 89-94, abr./jul. 1998.

SOUSA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. O panóptico virtual: como dois irmãos gêmeos, o musical West Side Story, o Homem-Aranha e um Juiz de Direito contribuíram para o nascimento do monitoramento eletrônico. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 20, nº. 241, p. 10-12, dezembro/2012.

VIANNA, Túlio. Do Rastreamento Eletrônico como Alternativa à Pena de Prisão. In: PRUDENTE, Neemias Moretti; ROSA, Alexandre Moraes da (Org.). **Monitoramento Eletrônico em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Curso de direito penal**: parte geral. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

ANEXO A – MODELOS DE DISPOSITIVOS DE UTILIZADOS NO MONITORAMENTO ELETRÔNICO



¹⁹ Disponível em: <http://policiaeviola.blogspot.com.br/2010/06/governo-da-bahia-pode-adquirir.html/>. Acesso em 19 mar. 2013.

²⁰ Disponível em: <http://www.informeipiau.com.br/2013/03/09/agressores-de-mulher-terao-que-usar-tornozeleira-eletronica/>. Acesso em 19 mar. 2013.



Assessoria/Sejus-p-MT

21

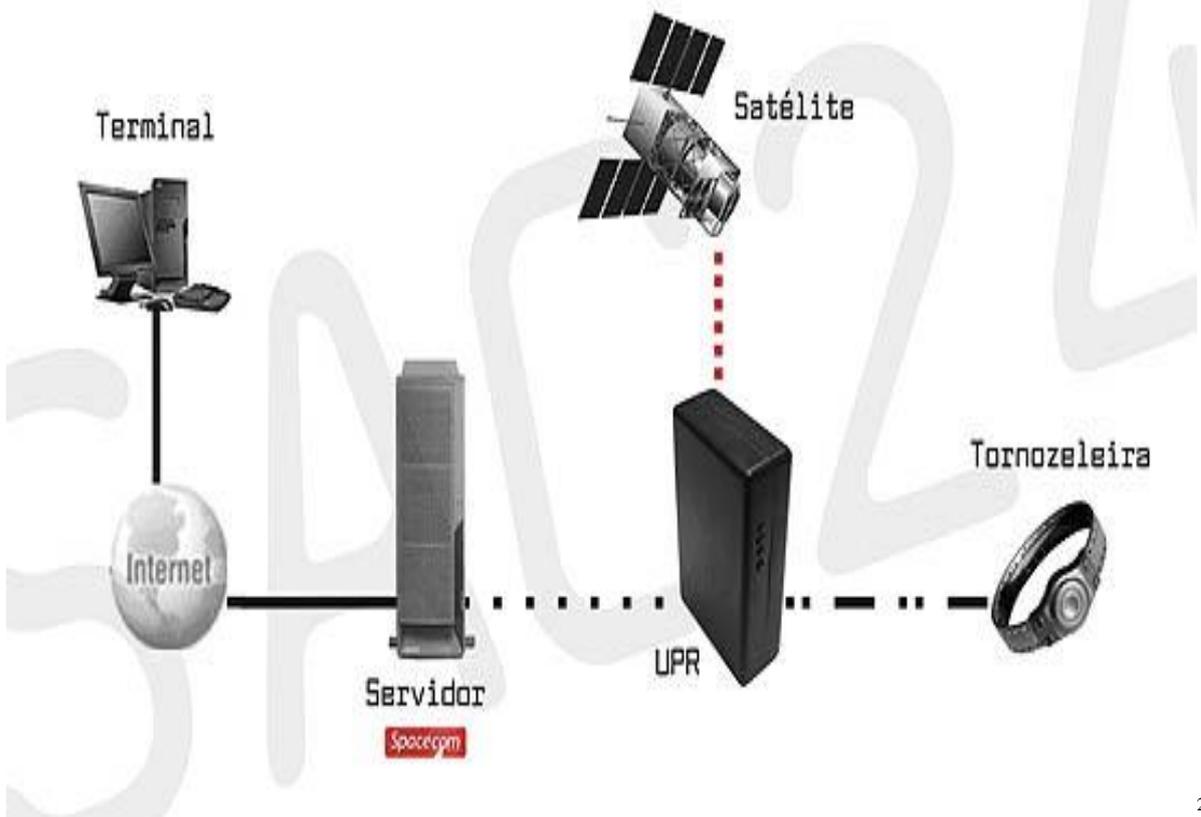


22

²¹ http://www.magnomalta.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=626:ccj-deve-votar-projeto-que-prevso-de-monitoramento-eletro-por-condenados-pela-justi&catid=3. Acesso em 19 mar. 2013.

²² Disponível em:< <http://conselhodacomunidadefoz.blogspot.com.br/2010/06/monitoramento-eletronico-de-condenados.html>>. Acesso em 19 mar. 2013.

ANEXO B- SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO ADOTADO NO BRASIL (GPS)



²³ Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/798424-governo-de-sp-assina-contrato-para-monitoramento-eletronico-de-presos.shtml>>. Acesso em 19 mar. 2013.