

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

HERIBERTO MELO DE LIMA

**A APLICABILIDADE DE TORNOZELEIRAS OU PULSEIRAS
COM GPS NO MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

CAMPINA GRANDE

2011

HERIBERTO MELO DE LIMA

**A APLICABILIDADE DE TORNOZELEIRAS OU PULSEIRAS
COM GPS NO MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

TCC apresentado como exigência à
Conclusão do Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, sob
orientação do Professor Ms. Guthemberg
Cardoso Agra de Castro.

.

CAMPINA GRANDE

2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

L732a

Lima, Heriberto Melo de.

Aplicabilidade de tornozeleiras ou pulseiras com GPS no monitoramento eletrônico [manuscrito] / Heriberto Melo de Lima. – 2011.

59f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Me. Gutemberg Cardoso Agra de Castro, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito penal. 2. Monitoramento eletrônico. 3. Penas alternativas. I. Título.

21. ed. CDD 345

HERIBERTO MELO DE LIMA

A APLICABILIDADE DE TORNOZELEIRAS OU PULSEIRAS COM
GPS NO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

T.C.C. apresentado como exigência à
Conclusão do Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, sob
orientação do Professor Me. Gutemberg
Cardoso Agra de Castro.

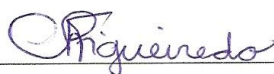
Data da Defesa: 09 de dezembro de 2011.

Resultado: 8,0 (oit)

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me Gutemberg Cardoso Agra de Castro. – UEPB (Orientador)



Prof.ª Dr.ª Carla Pedrosa de Figueiredo - UEPB



Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes - UEPB

A Prisão Dourada

Tenta fazer esta experiência, construindo um palácio. Equipa-o com mármore, quadros, ouro, pássaros do paraíso, jardins suspensos, todo o tipo de coisas... e entra lá para dentro. Bem, pode ser que nunca mais desejasses sair daí. Talvez, de facto, nunca mais saisses de lá. Está lá tudo! "Estou muito bem aqui sozinho!". Mas, de repente - uma ninharia! O teu castelo é rodeado por muros, e é-te dito: 'Tudo isto é teu! Desfruta-o! Apenas não podes sair daqui!'. Então, acredita-me, nesse mesmo instante quererás deixar esse teu paraíso e pular por cima do muro. Mais! Tudo esse luxo, toda essa plenitude, aumentará o teu sofrimento. Sentir-te-ás insultado como resultado de todo esse luxo... Sim, apenas uma coisa te falta... um pouco de liberdade.

Fiodor Dostoievski, in "O Movimento de Liberação"

*A todos aqueles que
após caírem no cárcere,
aproveitaram as minguadas oportunidades
e voltaram à sociedade para provarem
que aprenderam a valorizar a Liberdade.*

AGRADECIMENTOS

Aos meu pais, Adalberto Batista de Lima e Maria Lúcia Melo de Lima, a minha querida e amada irmã Herilucy Melo, que suportaram e apoiaram-me durante todo o curso, agradeço;

Aos meus queridos avós, Alexandre José de Melo(in memoriam) e Francisca de Oliveira Melo(in memoriam), que pouco conheceram das ciências, mas foram doutores na academia da vida e sempre me apoiaram e incentivaram na realização deste sonho, agradeço;

Aos meus familiares, tios, tias e primos, agradeço;

A Tíago Felipe Azevedo Isidro, amigo apaixonado pelo Direito, que me incentivou e apoiou quando resolvi abandonar o 6º período de Fisioterapia - UFPB para dedicar-me ao Direito, agradeço;

Aos companheiros do trabalho Marcônio Brandão, Iram Bezerra, Anderson Louis, Luís Antônio, José Ronaldo Brito, Genival Antônio(in memoriam), que sempre me deram força para conclusão da minha jornada, agradeço;

Aos que compõe o CCJ e UEPB, especialmente, aos Professores Jaime Clementino, Cláudio Lucena, Socorro Agra, Ricardo Vital, Romero Marcelo, Alex Muniz, Ana Alice, Guthemberg Agra, Raissa Lima, Andréa Lacerda, aos funcionários Luiz, Naldo Yang, Gilberto, Ítalo e a seu Djalma, Marquinhos, seu Jadir, agradeço;

A todos os estudantes do CCJ, agradeço.

Aos meus queridos amigos da turma, 2006.2 (noturno), que me passaram segurança, apoio e gargalhadas que se espalharão pelo mundo, agradeço;

Aos nobres professores e amigos, Guthemberg Cardoso Agra de Castro,que aceitou a árdua tarefa de orientar-me neste trabalho; Valdeci Feliciano Gomes e Carla Pedrosa de Figueiredo que compuseram a minha banca; todos paladinos da Academia Jurídica e dos ensinamentos da vida, agradeço.

A todos aqueles que infelizmente esqueci, peço perdão e agradeço.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar um tema atualmente em vigor no território brasileiro, o monitoramento eletrônico de presos. O sistema analisado consiste em fiscalizar fora do cárcere, indivíduos que cumprem penas privativas de liberdade por meio de equipamentos tecnológicos que permitem saber a exata localização onde o indivíduo se encontra. Para melhor compreensão do assunto selecionado e justificação da implantação da medida, conceitua-se o poder punitivo estatal e os princípios que limitam essa atribuição concedida ao ente, dando ênfase maior ao princípio da humanidade das penas, bem como há o estudo de toda estrutura do Sistema Penitenciário, enaltecendo os problemas atualmente vivenciados, principalmente a superlotação carcerária. É neste contexto que se busca à compreensão do tema monitoramento eletrônico de presos, fazendo um breve apanhado histórico do mecanismo e a análise dos posicionamentos adotados tocante a implantação do sistema, abordando a Lei Nº 12.258 de 15 de junho de 2010. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, isso com escopo de verificar a viabilidade da utilização do monitoramento eletrônico como mecanismo de controle de presos.

Palavras-chave: Tornozeleira, Monitoramento Eletrônico, GPS.

ABSTRACT

The present work aims to address an issue currently in vogue in Brazil, the electronic monitoring of prisoners. The analyzed system is to monitor out of jail, individuals who are serving sentences of imprisonment by means of technological equipment that let you know the exact location where the individual is. For better understanding of the selected subject and justification of the implementation of the measure, considers himself the punitive power state and the principles that limit the allocation granted to the entity, giving greater emphasis to the principle of humanity penalties, as well as for the study of the whole structure of the prison System, highlighting the problems currently experienced, particularly overcrowding in prisons. In this context, we seek to understand the issue electronic monitoring of prisoners, with a brief historical overview and analysis of the mechanism of positions regarding the implementation of the system, addressing the Law No. 12258 of June 15, 2010. For this purpose, we used the deductive method, with bibliographical and documentary, this scoped to check the feasibility of using electronic monitoring as a mechanism to control prisoners.

Key - words: Ankle, Electronic Monitoring, GPS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO.....	14
1.1 O Poder Punitivo do Estado.....	14
1.2 Princípios que Limitam o Poder Punitivo Estatal.....	17
1.3 Teorias sobre a finalidade da pena	24
1.3.1 Teoria Retributiva ou Absoluta	24
1.3.2 Preventiva Geral.....	25
1.3.3 Teoria Preventiva Especial.....	26
1.4 Teoria Mista.....	28
2 CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAR ALTERNATIVAS AO CÁRCERE.....	29
3 PROCEDIMENTOS ADOTADOS NA EXECUÇÃO PENAL.....	32
3.1 Das Penas Restritivas de Direito.....	32
3.2 Da Pena de Multa.....	33
3.3 Das Penas Privativas de Liberdade.....	33
3.4 Do Sistema Progressivo (Progressão Prisional).....	36
4 MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS.....	39
4.1 Breve histórico.....	39
4.2 Conceito.....	39
4.3 Experiência no Brasil e em outros países.....	40
4.4 Sistemas de tecnologia.....	41
5 POSICIONAMENTOS ADOTADOS.....	42
6 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DESTE DISPOSITIVO COMO MECANISMO AUXILIAR DE CUMPRIMENTO DE PENAS.....	45
7 MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO PENA AUTÔNOMA.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55
ANEXO.....	57

INTRODUÇÃO

Com a transição das fases da vingança privada, divina e pública para o período humanitário, a pena, que até então alcançava o corpo do infrator, foi paulatinamente substituída pela privativa de liberdade, que ganhou enorme destaque na esfera do Direito Penal. O sistema criado, todavia, apresenta diversas precariedades.

Ao ser inserido no cotidiano prisional o interno tem infringido diversos direitos que lhe são assegurados e sofre violação em sua integridade física e moral. Diferentemente do que preconiza a Lei de Execuções Penais – ao fixar a finalidade preventivo-especial positiva como critério reitor da pena - restando prejudicado o objetivo maior da pena, a ressocialização do apenado. Logo o sistema penitenciário brasileiro tem, reiteradamente, afrontado os ideais de reinserção social, submetendo o preso a tratamento indiscutivelmente degradante, desumano e dessocializador, durante a fase de cumprimento de sua reprimenda.

É nesta direção que se busca a criação de alternativas à pena privativa de liberdade, sendo o monitoramento eletrônico, talvez, uma dessas opções.

O monitoramento eletrônico consiste em fiscalizar *extra muros* o cumprimento da reprimenda imposta pelo exercente do poder punitivo, mediante equipamentos tecnológicos que permitem saber a exata localização em que o indivíduo se encontra.

A implantação dessa medida não é pacífica. Os defensores do ideal argumentam, em suma, que o monitoramento acarretará uma redução significativa de população carcerária, um menor dispêndio econômico para o Estado, reduções nas taxas de reincidência e o afastamento do apenado das nefastas consequências que o cárcere ocasiona. Já os que são contrários à implantação da medida, invocam a idéia de que a tecnologia em comento infringe o disposto pelo princípio da privacidade e acarreta uma enorme estigmatização do apenado.

É necessário saber o que trará um maior benefício ao condenado: permanecer nas condições atuais do sistema penitenciário, ou ser monitorado eletronicamente com equipamentos que permitem, em tempo real, fiscalizar a reprimenda cumprida *extra muros*.

Neste contexto, o presente estudo visa enfatizar o monitoramento eletrônico como uma eficiente alternativa à prisão, atendendo à ânsia de humanização das penas, posto que se constitui em uma importante ferramenta, que pode, verdadeiramente, colaborar com o processo de ressocialização do condenado, evitando submetê-lo aos efeitos indelévels que são causados pela patente inutilidade do sistema penitenciário brasileiro, conforme configuração atual.

Como metodologia será utilizada a pesquisa bibliográfica, possuindo como referência a Lei de Execução Penal, bem como doutrinas de diversos autores, artigos de revistas, além de pesquisa documental em jurisprudências. Tivemos ainda o cuidado de visitar a cidade de Guarabira, sede de um projeto-piloto do monitoramento.

Visando alcançar o objetivo proposto, o presente trabalho analisará, observados o princípio da humanidade das penas e as deficiências do sistema prisional, as posições adotadas atualmente no que concerne a viabilidade da utilização de "tornozeleira ou pulseira" no monitoramento eletrônico de presos.

1 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

1.1 O Poder Punitivo do Estado

Ao transcorrer de toda evolução da humanidade, o ser humano, por uma questão de sobrevivência, agrupou-se em sociedade, interagindo de maneira muito estreita como outros homens, necessitando, como consequência, formular ordenamentos que regulassem essa convivência e que deveriam ser respeitados e cumpridos para que a sociedade vivesse harmoniosamente.

Infringido respectivo dispositivo caberia, a quem fosse outorgado determinado poder, impor uma sanção ao fato cometido, de modo que viesse a corrigir a conduta desviada e, conseqüentemente, restabelecer a paz social.

Todo sociedade precisa de um sistema de controle para assegurar sua estabilidade e sobrevivência assim como de um sistema de normas (primárias e secundárias) que contemple modelos de conduta (dirigidos a seus membros), castigando-se (penalmente) os fatos que (de modo intolerável) coloquem em perigo o próprio grupo. (GOMES, 2007, p. 25).

Resta daí, que foram criados diversos sistemas afim de assegurar o convívio harmonioso em sociedade, dentre os quais o direito penal, que visa, mediante norma jurídica, descrever infrações e estabelecer sanções (medida de segurança e penas), concedendo determinados poderes ao Estado (atualmente) para exercer o poder punitivo. (BITENCOURT, 2009, p. 2).

Referido ramo subdivide-se, dentre outros, objetiva e subjetivamente; este, constitui-se no *ius puniendi* estatal, ou seja, o poder em que é competente o Estado para punir aquele que infringe o tipo penal e, aquele, corresponde à criação de normas jurídicas, enumerando certas condutas como infrações e cominando-lhes penas ou medidas de segurança. (GOMES, 2007, p. 24).

A detenção deste poder punitivo não esteve sempre nas mãos do Estado. Historicamente, quatro fases podem ser enumeradas, quais sejam, a vingança privada, vingança divina, vingança pública e o período humanitário.

Na chamada vingança privada vige a figura do talião, que determina uma reação semelhante ao mal praticado. O código de Hamurabi adotou a teoria, por ele, por exemplo, estipulava-se que "se alguém tira um olho a outrem, perderá um olho; se um osso, se lhe quebrará igualmente um osso" etc., é o conhecido jargão: olho por olho, dente por dente. (NORONHA, 2004, p. 21).

Transcorrido algum tempo, passou-se a buscar outras alternativas que não o retalhamento corporal, surgindo, pois, o instituto da composição, no qual o infrator poderia comprar do ofendido ou de sua família sua liberdade, livrando-se da punição. (NORONHA, 2004, p. 21).

No denominado direito canônico (vingança divina) não havia uma delimitação certa de atuação punitiva. O detentor do *iuspuniendi* julgava as ações dos integrantes da sociedade em imorais ou pecados, deixando uma enorme imprecisão e insegurança acerca da imposição de penas, que eram aplicadas por pessoas que representavam o ente Divino, visando purificar a alma do infrator. (GUIMARÃES, 2000, p. 19).

Este período é caracterizado pela desproporcionalidade das penas aplicadas, classificadas como cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era provocar intimidação à população. (GUIMARÃES, 2000, p. 19).

Já na fase da vingança pública, aplicava-se também a pena de modo intimidativo, protegendo-se a figura do soberano ou monarca, que impunha ao indivíduo que infringia ao ordenamento vigente penas cruéis e severas. (NORONHA, 2004, p. 22).

Em meados do século XVIII, com o movimento iluminista, alguns pensadores surgem com ideais humanitários, repudiando o até então conhecido "direito penal" e sua aplicação arbitrária de imposição de penas.

Os pensadores ativos da sociedade (filósofos, moralistas e juristas) começam expor em suas obras o repúdio ao sistema até então vigente e iniciam uma defesa acerca

da liberdade e do Princípio da Dignidade Humana. Sua principal premissa era a imposição proporcional da sanção ao crime cometido, devendo ser observadas as circunstâncias pessoais do infrator, seu grau de malícia e, excluir ao máximo, a crueldade corporal. (BITENCOURT, 2009, p. 39).

Seguindo essa linha humanitária, o Direito Penal atual caracteriza-se, também, por ter caráter eminentemente público, ou seja, os bens por ele protegidos interessam à sociedade como um todo e não exclusivamente aos pólos que compõe a lide (ativo e passivo). O Estado tem competência exclusiva para exercer o poder punitivo, mesmo nas ações denominadas privadas, devendo sempre impor penas humanitárias, que não afrontam os ideais adotados pelo Estado Democrático de Direito. (BITENCOURT, 2009, p. 3).

Esse *ius puniendi* estatal é exercido em três momentos distintos. O primeiro, quando do surgimento do direito penal objetivo (edição de leis que tornam determinada conduta fato típico punível); o segundo, no direito de aplicar determinada sanção quando a conduta do agente infringe o disposto na legislação vigente e, por fim, o direito que possui de executá-la. (GOMES, 2007, p. 361).

Nos Estados Democráticos de Direito, como o Brasil, esse poder, todavia, não é absoluto, encontrando alguns limites de modo que não venha ser exercido de modo abusivo.

O *ius puniendi* do Estado Democrático (e Social) de Direito não é, nem poderia ser, um direito estatal, de caráter arbitrário, sem freios, nem limites. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico optado pelo Poder Constituinte, como o fundamento funcional do Direito Penal, entendido como a indispensável e amarga necessidade da pena para a proteção de bens jurídicos de extrema valia, contêm limitações, algumas vezes, formalmente explicitadas, outras, sem consagração expressa, mas decorrentes, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de regime e dos princípios adotados pela Constituição (FRANCO, 2007, p. 37).

A limitação do direito penal subjetivo está, portanto, na própria letra da lei (fonte imediata do direito penal), vez que ao mesmo tempo em que prevê quais as condutas que o indivíduo pode ou não praticar, sob ameaça de sanções, vincula-se a si mesmo,

não podendo exercer o poder punitivo por fato não tipificado. (NORONHA, 2004, p. 7-8).

Vincula-se, também, às fontes subsidiárias, as quais incorporam-se nas legislações dos Estados Democráticos de Direito e exercem papel fundamental para a limitação do *ius puniendi*.

Outros autores ampliam seu ponto de partida, referindo-se, também, aos limites que pesam sobre a faculdade ou direito do Estado de ditar normas penais, por mais que este delineamento obrigue a ultrapassar em muito o âmbito próprio da nossa disciplina. E distinguem entre certos limites "formais" (*nullumcrimennullapoenasinepraevia lege*) e outros "materiais" (intervenção mínima do Direito Penal, exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da culpabilidade, da ofensividade, etc.) (GOMES, 2007, p. 370).

Para orientar o aplicador da lei a impor determinada sanção respeitando o caráter humanitário da pena, surgem algumas fontes mediatas do Direito Penal, sendo, uma delas, os Princípios Gerais do Direito. (BITENCOURT, 2009, p. 10).

1.2 Princípios que Limitam o Poder Punitivo Estatal

Entende-se por princípio, no sentido jurídico, "a ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo", merecendo estes, conviver em harmonia com os demais princípios estabelecidos, principalmente com aqueles constitucionalmente assegurados. (NUCCI, 2009).

Tocante aos princípios limitadores do poder punitivo estatal, enumeram-se alguns que conduzem o legislador a aplicar a pena segundo os moldes do atual Estado Democrático de Direito, sendo os principais deles: Princípio da Legalidade ou Reserva Legal; Princípio da Intervenção Mínima; Princípio da Culpabilidade; Princípio da Irretroatividade da Lei Penal; Princípio da Adequação Social; Princípio da Insignificância; Princípio da Ofensividade; Princípio da Individualização da Pena; Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Humanidade.

1.2.1 Princípio da Legalidade ou Reserva Legal

Devidamente assegurado por nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXIX), o Princípio da Reserva Legal ou Legalidade assegura que "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". (BRASIL, 2010).

O art. 5º, XXXIX da CF exprime o princípio da legalidade, sob a ótica formal, ao estatuir que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". As expressões lei, com referência ao crime, e legal, em relação à pena, evidenciam o destaque especial que o referido princípio atribui ao processo legislativo. Crime e pena só podem existir onde houver lei que obedeça, na sua formulação, os trâmites determinados pela Constituição. É a denominada reserva absoluta de lei, o que exclui a possibilidade de criação de figuras criminosas através de outras fontes de Direito, como são os costumes, a jurisprudência, a doutrina ou os princípios gerais do Direito. Mas não é só. A lei deve ser anterior quanto ao crime e prévia, no que diz respeito à cominação da pena, isto é, antes que ela surja, não há fato que receba a qualificação delituosa, nem previsão punitiva possível. (FRANCO, 2007, p. 37).

1.2.2 Princípio da Intervenção Mínima

Princípio da Intervenção Mínima, ou *ultima ratio*, dispõe que a norma penal somente poderá ser utilizada se não houver outro modo menos gravoso de proteger o bem jurídico violado.

Limita-se, então, o poder punitivo estatal, que só utilizará a norma penal quando for absolutamente necessário para restabelecer o convívio harmonioso da sociedade. (PRADO, 2005, p. 149).

1.2.3 Princípio da Culpabilidade

Nulla poenae sine culpa, expressão latina que imprime o preceituado pelo princípio e que tem por significado a impossibilidade de cominação de pena sem a análise da culpabilidade.

Alguns pontos referentes a culpabilidade merecem aqui serem levantados. Primeiramente, quanto ao fundamento de pena uma vez que, para cominá-la e aplicar a sanção devida ao caso, deverá o exercente do *ius puniendi* observar alguns requisitos: capacidade de culpabilidade (imputabilidade), consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Se ausente um dos pontos acima levantados e o agente for inteiramente incapaz de verificar a ilicitude do fato (inimputável), haverá óbice quanto a aplicação da pena, não devendo ela ser determinada. Em contraponto, terá o agente sua culpabilidade reduzida, se não possuir a plena capacidade de entender o ilícito do fato, devendo nos moldes do Código Penal haver redução de pena, conforme se extrai do art. 26, parágrafo único do mencionado digesto. (BITENCOURT, 2009, p. 378-385).

1.2.4 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

A Lei penal pátria, dispõe em seu artigo 2º, que a lei não retroagirá salvo para beneficiar o réu. Este é, em tese, o imposto pelo Princípio da Irretroatividade da Lei Penal. (BRASIL, 2010b).

Mister analisar, entretanto, as hipóteses decorrentes da vigência da nova lei em face a lei antiga, podendo ela: a) excluir normas incriminadoras que anteriormente existiam (*abolitio criminis*); b) criar dispositivos novos que anteriormente inexistiam (*novatio legis incriminadora*); c) tornar o dispositivo punitivo mais favorável ao delinquente (*novatio legis in melius*) e; d) recrudescer a norma penal em relação a lei revogada (*novatio legis in pejus*). (MARQUES, 1997, p. 251).

As ressalvas previstas no artigo supracitado, ou seja, a retroatividade da lei penal, ocorrerão somente nas hipóteses transcritas às letras "a" e "c", isto porque, na primeira, a lei posterior deixa de classificar determinada conduta como crime; já, na segunda, há atenuação do dispositivo em relação a prática da infração penal, devendo nestes dois casos a lei penal retroagir. (DIAS, 2007, p. 198-204).

Lembra-se, contudo, que estas são exceções à regra, vez que, nas demais hipóteses, a lei penal não retroagirá em quaisquer condições. Luiz Vicente Cercchiaro bem elucida:

Dessa forma, a lei não tem efeito retroativo, nem alcance ultrativo. Para que isso acontecesse, repita-se, seria necessário produzir efeitos antes ou depois de sua vigência. Não é isso que acontece. Respectivamente, em sendo mais favorável, afasta incidência da anterior, ou impede que a posterior a afaste. (CERCCHIARO, 1995, p. 63).

Ocorrido uma das hipóteses de exceção acima mencionadas, é imprescindível que o aplicador da lei penal reconheça e aplique a retroatividade da lei penal, mesmo após transitada em julgado a sentença ou em fase de execução de pena.

1.2.5 Princípio da Adequação Social

Embora o indivíduo vá de encontro ao que determinado no diploma legal, infringindo a norma, a conduta não será caracterizada como típica se for socialmente adequada. (PRADO; 2005, p. 31-32).

Em razão do exposto, observa-se que há certas condutas no ordenamento jurídico que, em que pese estar legalmente tipificada, carecem de relevância social por serem comuns no meio social e, por isso, não podem constituir delitos. (LOPES, 1999, 95-96).

1.2.6 Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificante estatui que não serão admitidos tipos penais incriminadores inaptos a gerarem lesão à bem jurídico. (CAPEZ, 2010).

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer

lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa. (TOLEDO, 2001, p. 133).

Ademais, em que pese a exclusão do tipo na esfera penal em decorrência de sua insignificância, esta não gerará óbice algum nas esferas civis, administrativas, etc., podendo o ofendido receber o tratamento adequado que o caso requer e que previsto em preceitos legais. (TOLEDO, 2001, p. 134).

1.2.7 Princípio da Ofensividade

A repressão penal imposta a um indivíduo somente será justificada se houver comprovação de lesão ou ameaça de lesão a um determinado bem jurídico. (JESUS, 2005, p. 10).

Há, pois, uma limitação ao Poder Punitivo do Estado, vez que se não houver a devida comprovação de lesão ou ameaça de lesão à bem jurídico, fica tanto o órgão julgador impossibilitado de aplicar o disposto no diploma legal, quanto os integrantes do Poder Legislativo, que ficam vinculados ao ditado pelo princípio na elaboração das normas tidas como incriminadoras.

1.2.8 Princípio da Individualização da Pena

Regular-se-á através da lei a individualização da pena, é o previsto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, devendo o magistrado, ao fixar a pena, observar o disposto no art. 59 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 2010b).

O exercente do *ius puniendi* deverá, pois, fixar a pena de maneira individualizada, observando os preceitos legais, estabelecendo a cada um que infringe o tipo penal, o que lhe é devido. Como bem elucida Guilherme Souza Nucci "não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente, para nivelar dois seres humanos". (NUCCI, 2008, p. 44).

1.2.9 Princípio da Proporcionalidade

Deve sempre haver um equilíbrio entre a gravidade da ação cometida e a pena imposta, este é, em síntese, o ditado pelo princípio. (LOPES, 1999, p.91).

A ideia de proporcionalidade esposada é aquela inerente a qualquer Estado Democrático de Direito, a qual não impõe o exercício ilimitado do poder punitivo estatal, ordenando que o aplicador da lei sancione o indivíduo de modo proporcional ao crime cometido. (SANTOS, 2004, p. 106).

1.2.10 Princípio da Humanidade das Penas

Adotado pelo atual sistema, o princípio da humanidade da pena veda qualquer imposição de pena e/ou tratamento torturoso, cruel, degradante ou desumano, reconhecendo a pessoa do condenado como pessoa humana, que necessita de tratamento digno.

Limita, deste modo, o exercente do Poder Punitivo, que não poderá imputar ao indivíduo que infringe o diploma legal pena que lesione sua dignidade, seu estado físico e psíquico. (LOPES, 1999, p. 102).

No ordenamento jurídico vigente, alguns dispositivos versam sobre o tema, tais quais o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal: "ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante" (BRASIL, 2010a); artigo 5º, inciso XLIX, da Carta Magna: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"

(BRASIL, 2010a); destacando-se o previsto no artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, *in verbis*:

Art 5º, XLVII, CF: Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalho forçado;
- d) de banimento;
- e) cruéis. (BRASIL, 2010).

Colhe-se também do Código Penal:

Art. 38, CP: O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 2010).

Além dos citados, inúmeros dispositivos em legislações esparsas versam sobre o assunto, dentre os quais o previsto no artigo 40 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais): "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios", (BRASIL, 2010).

Atualmente, ao contrário do estipulado pela LEP, denota-se uma grave crise no sistema penitenciário no que tange, dentre outros, a vida nos estabelecimentos carcerários. Presencia-se a crescente massa da população carcerária, superlotando os estabelecimentos; a violência crescente entre os internos; as práticas de abusos, maus tratos e torturas; a ociosidade dos condenados; a inexistência de garantias mínimas; a humilhação que passam (uso de algemas, caminhar sob miras de armas, uniformizados) ante seus familiares quando se encaminham aos fóruns para realização de audiências; o desrespeito às legislações ordinárias, vigente, e aos princípios dos Direitos Humanos (ROLIM, 2007, p. 77).

Ante essa situação, cabe ao magistrado competente pela execução da pena fiscalizar o cumprimento da reprimenda de modo humanizado, intervindo nos atos tomados pelos órgãos vinculados ao sistema carcerário que afastam o preceituado pelo princípio. (NUCCI, 2008, p. 45).

Ademais, enquanto as penas privativas de liberdade estiverem presentes no diploma legal, deve-se procurar garantir condições dignas de sobrevivência no cárcere, reconhecendo o indivíduo como pessoa humana, que requer tratamento digno, não sepultando o disposto pelo princípio da humanidade das penas. (NUCCI, 2008, p. 45).

1.3 Teorias sobre a finalidade da pena

Inicialmente, teceremos breves comentários acerca das principais teorias sobre a finalidade da pena, sem adentrarmos por demais na questão, posto que não é o objetivo primordial deste estudo mostrar o desenvolvimento histórico e filosófico da pena através dos tempos, mas sim compreendermos qual o papel do monitoramento eletrônico e em qual concepção teórica este se encaixa.

1.3.1 Teoria Retributiva ou Absoluta

De acordo com os preceitos da Teoria Retributiva, a culpa do delinqüente deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, ou seja, o culpado deve ser castigado por ter cometido um crime, já que a pena preocupa-se apenas com o evento passado.

Vê-se que, em tal concepção, a pena não tem um fim, mas sim que é um fim em si mesma. Justificando-se pelo fato de equilibrar o mal do crime com o mal da reprimenda aplicada, remetendo-nos à idéia de pena como vingança, que é a expressão mais rudimentar de justiça. Acompanha nosso conceito acerca da teoria o ilustre professor Bitencourt:

[...] 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, e 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 (BITENCOURT, 2009, pag. 43).

1.3.2 Preventiva Geral

Como revela o seu próprio nome, a teoria preventiva geral, apregoa que a pena serve como instrumento político-criminal para impedir ou evitar a prática de delitos por parte de toda a coletividade.

Logo, a possibilidade de aplicação de uma pena "ameaça" a sociedade operando no inconsciente dos indivíduos, porquanto através da certeza de punição, os possíveis delinquentes restariam intimidados e ainda haveria um fortalecimento da credibilidade do Estado perante a comunidade no tocante a eficiência da aplicação de suas normas. Tais concepções resultam da divisão desta teoria em prevenção geral negativa e positiva, respectivamente.

Esta ideia se difunde no período do Iluminismo (séc. XVII e XVIII), quando "substituiu-se o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique".

1.3.2.1 Negativa

A noção negativa da prevenção geral não vê mais o castigo como o fim precípua da pena. Admite-se que é um mal necessário, mas não repõe para punir, mas sim para intimidar. Ou seja, a pena deve evitar a prática de delitos antes mesmo de ser aplicada, inibindo o cometimento de crimes só pelo fato de existir.

Afasta-se, assim, da medida da culpabilidade, visto que a quantidade da pena a ser aplicada não se relaciona com o delito praticado, e sim com a impressão que cause na coletividade a ponto de coibir a prática de crime semelhante.

1.3.2.2 Positiva

Nesta perspectiva, a intimidação fica em segundo plano, e então a pena passa a objetivar o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade. A prevenção geral

positiva pode ser compreendida em duas concepções: uma fundamentadora e outra limitadora. A primeira é bem definida por Zaffaroni e Pierangeli:

[...] a prevenção geral positiva desvincula a pena da função protetora de bens jurídicos na medida em que define o delito não como lesão desses bens, mas como expressão simbólica de falta de lealdade ao Direito que põe em questão a confiança institucional no sistema. Destarte, a preservação do sistema antepõe-se aos valores, direitos e garantias do indivíduo (PIERANGELLI, 2004, pag. 88).

De outra senda, na limitadora no que diz respeito à área de atuação estatal, temos que:

En este entendimiento, los postulados de esta teoria consideran que la aplicación de la pena no se justifica simplemente porque tiene que intimidar la sociedad o promover la socialización del delincuente. Estos fines no deben ser la preocupación primera de la pena. Lo principal es si la actividad punitiva se produce dentro de un campo donde se ejerce un control formalizado (CARDENETE, 2007, pag 109).

Podemos, então, perceber a limitação do poder do Estado através do controle exercido pela pena nesta perspectiva preventiva geral positiva.

1.3.3 Teoria Preventiva Especial

A teoria preventiva especial preocupa-se em intimidar diretamente o delinquente, para evitar a reincidência, deixando de lado, desta vez, os demais membros da sociedade. Nesse sentido, necessária a transcrição da lição de Bitencourt:

O interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem.

É de se verificar que a preocupação desta corrente teórica se dirige concretamente à pessoa do condenado tentando provocar neste, efeitos inibidores que venham a dissuadi-lo de no futuro voltar a delinquir ou de reeduca-lo.

1.3.3.1 Positiva

Representa o intento ressocializador, reeducador do criminoso, quando este for considerado "corrigível", pois aqui o que se buscar é inculcar valores morais, tido como adequados pela sociedade, no delinqüente. Ou seja, a pena é proposta para readaptar ou reinserir o apenado no meio externo. A teoria baseia-se na premissa de que, em preparando o delinqüente para seu retorno à comunidade, este não voltará a cometer outros crimes.

É nesse sentido que devemos conceber a ideia de monitoramento eletrônico de presos, posto que, conforme veremos, este é um instrumento que visa, precipuamente, promover o cumprimento de reprimendas trazendo o apenado o mais próximo possível da sociedade. Tal medida facilita, e mais, contribui, para que o monitorado, desde o momento em que se encontra sob a custódia do Estado, possa interagir diretamente com a comunidade em que vive, o que reflete diretamente em seu retorno ao convívio externo, haja vista que neste período de monitoramento o preso já pôde exercer alguma atividade ocupacional, a qual poderá dar continuidade após o cumprimento da pena, bem como interagir com sua família e amigos.

1.3.3.2 Negativa

A prevenção negativa, por sua vez, subdivide-se em dois objetivos, o de intimidação e de inocuidade dos criminosos, dos que são intimidáveis, ou não, respectivamente, para que não voltem a praticar crimes.

No caso da intimidação, a proposta é que o criminoso enfrente uma pena que se mostre suficiente para desestimulá-lo ao cometimento de novos crimes, de forma que no momento em que o delinqüente tencione cometer outro delito, deixe de fazê-lo em virtude do sofrimento experimentado anteriormente. Denota-se, então, que não há liame entre a pena e a gravidade do fato, mas sim com a personalidade do criminoso, tornando-se, portanto, inviável, ante a impossibilidade de fixação da proporção de suplício necessário ao sujeito para que este não se sinta mais incitado a praticar novos crimes.

Já para aqueles que a reeducação ou a atemorização não se mostrasse eficaz, a teoria da prevenção especial apresenta a inocuização como finalidade da pena. De acordo com a teoria preventiva negativa, o delinqüente, isolado dos demais membros da sociedade não teria mais como praticar novos crimes. Como toma por objeto os presos considerados insuscetíveis de ressocialização, a segregação seria perpétua, posto que nunca deixariam de oferecer perigo à sociedade.

A partir do ponto de vista de que trata o presente estudo, descartamos esta concepção de finalidade, posto que o monitoramento por si só não é capaz de intimidar grandes criminosos, uma vez que a pena pode, no máximo, exercer alguma influência sobre o delinquente ocasional.

1.4 Teoria Mista

Em um primeiro momento, a corrente mista buscou reunir os aspectos benéficos das demais teorias, o que foi duramente criticado, uma vez que não se tratava de uma teoria propriamente dita, mas da junção de outras concepções, razão pela qual não possuía identidade própria, além do que aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, absolutamente, mas, ao contrário, se multiplicam.

A tríade funcional da pena é adotada em nosso ordenamento, como podemos observar do posicionamento de diversos doutrinadores, dentre eles *Delmanto*, para quem "a pena deve ser individualizada conforme o necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime praticado, bem como à ressocialização do condenado (art. 1º, LEP) e Nucci, segundo quem: "o caráter primordial da pena, é castigar o crime (reprovação), dando exemplo à sociedade (prevenção). Haveria de constar, também, a função socioeducativa da sanção penal".

Feitas tais considerações, enquadrando a finalidade do monitoramento na Teoria Preventiva Especial da Pena, passemos a uma análise crítica do momento pelo qual passa nosso sistema carcerário, que revela a urgência de medidas alternativas ao encarceramento, dentre as quais se encontra o monitoramento eletrônico de presos.

2 CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAR ALTERNATIVAS AO CÁRCERE

A Lei de Execuções Penais organiza todo sistema penitenciário, instituindo direitos e deveres aos apenados e aos órgãos vinculados ao sistema prisional. Seu escopo principal é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (ex vi do artigo 1º da Lei de Execuções Penais - LEP), respeitando, dentro do ergástulo público, a integridade física e moral dos internos. (BRASIL, 2010c).

Em que pese o objetivo proposto pelo legislador, sabe-se que as condições do sistema penitenciário brasileiro estão longe de alcançar o que imprime a Lei de Execução Penal (ressocialização do apenado). O que se vê, são presos vivendo em condições indignas para qualquer cidadão, abarrotados em celas minúsculas, sem a devida assistência, tornando a prisão, pode-se dizer, uma "faculdade para o crime".

Ademais, os direitos garantidos aos reclusos (art. 41 da LEP) são quase que totalmente inobservados. Dentro do sistema penitenciário o interno vive rotineiramente situações que desrespeitam sua integridade física e moral, atitudes que infringem, inclusive, o que disposto pelo Princípio da Humanidade das penas.

Dentre os problemas existentes, fatores como a superlotação carcerária e a distribuição inadequada de presos dentro da própria prisão atuam, lamentavelmente, dentro dos limites territoriais do cárcere, não apenas como óbices à ressocialização do condenado, senão, também, como elementos propulsores da preocupante violência (física e moral), constantemente exercitada nos presídios (inclusive pelos próprios apenados, uns contra os outros).

Tem-se nas prisões brasileiras um ambiente propício para a deflagração de disputas internas, entre grupos rivais, que se confrontam, sem qualquer cerimônia ou respeito ao Estado organizado, em busca de prestígio interno ou até mesmo do próprio comando do território carcerário. Este dado é revelador da flagrante impotência do Estado Democrático de Direito de manter, preservar e controlar o seu corroído e naufragado sistema penitenciário, que, progressivamente, vem cedendo espaço ao império primitivo da violência e da lei dos mais fortes.

Junte-se ainda à completa falta de higiene, alta incidência de doenças como AIDS, hepatite e sífilis, e teremos a funesta realidade a que estão inseridos os atuais presos recolhidos ao cárcere no Brasil, a qual é ilustrada fielmente por *Leal*:

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 (LEAL, 2004, pag. 56).

Segundo informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em dezembro de 2009 o Brasil possuía uma população prisional de 473.626 presos/internados, enquanto que contava com apenas 294.684 vagas para acondicioná-los, sem contarmos com aqueles que não foram capturados, apresentando um déficit de 178.942 vagas no sistema prisional brasileiro.

Só na Paraíba, a título de informação, o déficit é de 3.211 vagas, o que representa aproximadamente um desfalque de 37,67%, indicando a necessidade gritante de medidas a serem adotadas no sentido de equilibrar o número de apenados e vagas nos presídios. É tranqüilo concluir que a situação é absurda e intolerável. (DEPEN, 2011)

Denotam-se a partir daí a importância que ganham os meios alternativos face ao encarceramento. Desta forma, o investimento em penas alternativas mostra-se imprescindível, na medida em que desafoga as cadeias, não constrange o preso de menor periculosidade ao cárcere, e ainda representa economia aos cofres públicos, posto que, segundo dados do DEPEN, a média nacional o custo mensal da manutenção de um preso em regime fechado é de R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais). Já no caso do monitoramento eletrônico, o gasto é de aproximadamente R\$ 240,00 à R\$ 700,00 o preço unitário das tornozeleiras, valor este que tende a cair à medida que houver mais inclusos no programa.

É importante observar que, cada vez mais, as medidas alternativas à pena de prisão assumem relevante papel no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e mundial. Isto porque, tais medidas cumprem, efetivamente, a finalidade preventivo-especial, evitando o contato de preso de menor periculosidade com criminosos mais experientes, contribuindo para desafogar as prisões.

Diante deste contexto, o monitoramento eletrônico pode vir a ser uma alternativa eficaz ao aprisionamento, podendo ser considerado um importante instrumento no processo de ressocialização do condenado, o qual será poupado dos efeitos catastróficos causados pela patente inutilidade do sistema penitenciário brasileiro, conforme configuração atual.

3 PROCEDIMENTOS ADOTADOS NA EXECUÇÃO PENAL

A Legislação Penal atual declarou, através de seu art. 32, três modalidades de penas que poderão ser aplicadas ao indivíduo que infringe o dispositivo, a saber:

- a) Penas privativas de liberdade;
- b) Penas restritivas de direito, e;
- c) Multas.

3.1 Das Penas Restritivas de Direito

As penas restritivas de direito surgem com o intuito de diminuir a aplicação da pena privativa de liberdade, restringindo certos direitos dos condenados. São classificadas como autônomas e substitutivas, isto porque são sempre aplicadas na sentença em substituição à pena privativa de liberdade, se cumpridos os requisitos legais. (LEAL, 2004, p. 439-441).

São cinco as penas restritivas de direitos que poderão ser adotadas:

- a) prestação pecuniária;
- b) perda de bens e valores;
- c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- d) interdição temporária de direitos e;
- e) limitação de final de semana.

Nesta direção, o magistrado, após verificar o *quantum* de pena privativa de liberdade que será aplicada no caso concreto, substituirá, cumpridos os requisitos legais exigidos pelo art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (LEAL, 2004, p. 441-442).

3.2 Da Pena de Multa

Tocante a pena de multa, pode ela ser classificada como uma prestação pecuniária imposta pelo exercente do poder punitivo em resposta ao ilícito penal, destinado ao fundo penitenciário. (NUCCI, 2008, p. 109).

Devidamente recepcionada pela Constituição Federal (art. 5º, XLVI, c), a pena de multa deverá ser cominada no édito condenatório e calculada sob o sistema de dias-multa, limitando a aplicação de, no mínimo 10 (dez) e, no máximo, 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, é o que dispõe o art. 49 do CP, *in verbis*:

Art. 49 – A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (BRASIL, 2010b).

Após passada em julgado a sentença penal condenatória, o apenado deverá adimplir a obrigação dentro do prazo de 10 dias, podendo o juízo da execução parcelar o valor e estipular que a cobrança seja feita através da folha de pagamento do infrator, vide art. 50 do Código Penal. (FRANCO, 2007, p. 324).

A pena privativa de liberdade que restringe a liberdade do agente infrator, foi, pelo legislador de 1984, dividida em duas modalidades, a saber: reclusão e detenção.

Tocante às modalidades acima especificada, pode-se enumerar algumas distinções entre os dois institutos: a reclusão admite condenação nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, ao passo que a detenção só admite a imposição dos regimes semiaberto ou aberto; nos moldes do art. 92, II do CP.

3.3 Das Penas Privativas de Liberdade

A pena privativa de liberdade que restringe a liberdade do agente infrator, foi, pelo legislador de 1984, dividida em duas modalidades, a saber: reclusão e detenção.

Os conceitos de reclusão e detenção facilmente são confundidos, a diferença entre os mesmos é bastante sutil. A primeira é uma reprimenda que pode ser cumprida em todos os regimes, enquanto que a segunda deverá *inicialmente* ser cumprida em regime aberto ou semiaberto.

Existem ainda outras diferenças a serem apontadas, como a possibilidade de submissão a tratamento ambulatorial, ao invés de internação, nos casos de crimes puníveis com detenção (art. 97 do CP); a incapacidade para exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado, como efeito da condenação (art. 92, II), dentre outros.

3.3.1 Do Regime Fechado

Consoante preconiza o art. 33, §1º, do Código Penal, considera-se regime fechado "a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média", devendo o magistrado impor o regime quando o apenado for reincidente, a pena cominada for superior a 08 (oito) anos, a infração cometida for classificada como hedionda, ou o magistrado entender (para os crimes em que a pena for igual ou inferior a 8 (oito) anos), sob a análise do art. 59 do CP, que a medida é recomendável. (MIRABETE, 2009).

Uma vez estipulado o regime fechado, o transgressor deverá ser deslocado à Penitenciária, local destinado àqueles que cumprem pena nesta modalidade punitiva (art. 87 da Lei de Execução Penal), de modo que, neste momento, será submetido a exame criminológico de classificação para fins de individualização da pena, tudo conforme estabelece o art. 34, "caput" do Código Penal. (NUCCI, 2009).

3.3.2 Regime Semiaberto

Em se tratando de pena de detenção, iniciarão, desde logo, o cumprimento em regime semiaberto os não-reincidentes condenados a pena superior a quatro anos e que não excedam oito anos (art. 33, §2º, b).

O regime semiaberto compreende o cumprimento da pena privativa de liberdade em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimento similar (art. 33, §1º, b). Tais estabelecimentos não fornecem tantos empecilhos à fuga como aqueles construídos para abrigarem condenados ao regime fechado, uma vez que nesta fase há uma confiança maior depositada no preso. No entanto, não há ausência de vigilância como ocorre no regime aberto, conforme veremos a seguir, posto que o apenado ainda não é considerado responsável o suficiente para transitar sem um mínimo de segurança, a qual, entretanto, é bem mais sutil nesta fase.

Admite-se o trabalho externo, a frequência a cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Ao contrário do que ocorre no regime fechado, o trabalho externo pode ser desenvolvido em empresas privadas, desde que cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela lei.

Aos apenados em comento pode ser concedido ainda o benefício da saída temporária para visita à família; frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (art. 122 da LEP), quando o preso não estará sob nenhum tipo de vigilância direta, o que se justifica pela confiança depositada no apenado neste regime.

3.3.3 Do Regime Aberto

O regime aberto, consoante preconiza o art. 33, §1º, "c" do Código Penal, consiste no encaminhamento do apenado à casa de albergado ou estabelecimento similar.

A Casa de Albergado deve situar-se no centro urbano e não oferecer qualquer empecilho acaso o apenado queira empreender fuga do local. Cada região terá, ao menos, uma Casa de Albergado, que deverá conter aposentos para acomodação dos internos e local adequado para realização de cursos e palestras. (MARCÃO, 2008, p. 99-100).

Tocante à imposição do regime aberto, será ele aplicado quando o transgressor, não reincidente, é condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos (deve o exercente do poder punitivo analisar o disposto pelo art. 59 do Código Penal), bem como se concedida a progressão de regime. (Art. 33, §2º, c)

É imprescindível nesta etapa, que o apenado mantenha senso de responsabilidade e autodisciplina, devendo, fora do estabelecimento prisional e sem vigilância, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada e ser recolhido no período noturno e nos dias de folga. (FERNANDES, 2000, p. 331).

A Lei de Execuções Penais imprime ainda que somente poderão usufruir desta modalidade os apenados que estiverem trabalhando ou comprovar a necessidade de fazê-lo imediatamente, bem como apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime (art. 114, I e II da LEP). (COSTA Jr., 2003, p. 135).

O magistrado poderá estipular condições especiais para o regime aberto, sem prejuízo daquelas obrigatórias disposta pela art. 115 da LEP, podendo, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, modificar as condições antes estabelecidas desde que as circunstâncias assim o recomendem (vide art. 116 da LEP).

Ademais, destaca-se que o apenado estará sujeito, se descumpridas as condições impostas no regime aberto, á regressão de regime, se vier a praticar fato definido como crime doloso, frustrar os fins da execução ou, se podendo, não pagar a multa cumulativa aplicada, ex vi do art. 36, §2 do Código Penal.

3.4 Do Sistema Progressivo (Progressão Prisional)

Introduzido pela legislação vigente, o sistema progressivo de penas determina a mudança do regime o qual o apenado se encontra, se cumpridos os requisitos exigidos, para um regime menos gravoso. Cezar Roberto Bittencourt discorre sobre o tema:

Os regimes de cumprimento da pena direcionam-se para maior ou menor intensidade de restrição da liberdade do condenado, sempre produto de uma sentença penal condenatória. A sanção aplicada possibilita ao apenado progredir ou regredir nos regimes, ampliando ou diminuindo o seu *status libertatis* (...). A Reforma Penal adotou, com se constata, um *sistema progressivo* de cumprimento da pena, que possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor. Possibilita ao condenado ir conquistando paulatinamente a sua liberdade, ainda durante o cumprimento da pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre e necessariamente a pena aplicada. (BITENCOURT, 2009, p. 489).

O art. 33, §2º, do Código Penal, bem como o art. 112 da Lei 7.210/84, dispõe acerca das regras do sistema progressivo:

Art. 33, §2 – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvados as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso (...). (BRASIL, 2010).

Art. 112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§1 – A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§2 – Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (BRASIL, 2010).

Ora, dos artigos acima colacionados, denota-se que para a concessão da benesse, deverá o apenado ter cumprido requisitos de ordem objetiva e subjetiva. O primeiro consiste no cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena imposta, observado a detração prevista no art. 42 do Código Penal, ao passo que o requisito subjetivo abrange o mérito do apenado, de modo que é imprescindível sua boa conduta carcerária que será comprovada pelo diretor do estabelecimento prisional ou, se necessário, a realização de exame criminológico, que poderá ser requerido pelo juiz competente mediante decisão motivada. (MARCÃO, 2008, p. 116).

Tocante ao requisito objetivo, necessário grifar a hipótese dos condenados por crimes de natureza hedionda. Com advento da Lei 11.464/07 que alterou o art. 2º, §2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o legislador passou a permitir a concessão da progressão de regime, que anteriormente era vedada, se o apenado, primário, cumprir

dois quintos da pena imposta e, se reincidente, cumprir três quintos da reprimenda, sem prejudicar, é claro, a análise do requisito subjetivo.

Ressalta-se, ainda, que o art. 112 da Lei de Execuções Penais ao utilizar o vocábulo "regime anterior", vedou a progressão de regime por salto, não podendo o apenado ser transferido do regime fechado para o aberto. (BITENCOURT, 2009, p. 489).

Noutro norte, a sentença ainda não transitada em julgado não gera óbice a análise do benefício pleiteado, consoante dispõe a súmula 710 do STF: "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

4 MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS

4.1 Breve histórico

O uso do monitoramento eletrônico iniciou-se em Abril de 1983, nos Estados Unidos, mais precisamente em Albuquerque, Novo México, quando o Juiz Jack Love resolveu utilizar o dispositivo eletrônico, a partir de um momento crítico de superlotação nas cadeias locais que o Juiz enfrentava, conforme relatou em uma palestra ministrada em Nerola (Itália), em outubro de 2004:

Diante de tal situação, chegou a pensar-se em prisão domiciliar, mas o Juiz Jack Love queria ter certeza do efetivo cumprimento da reprimenda. Foi então que, inspirado em uma tira de quadrinhos do Homem-Aranha, contactou o representante de vendas da empresa Honeywell, Mike Goss, que desenvolveu um dispositivo chamado "GOSSLINK", o qual, diferentemente do apresentado na história em quadrinhos, era facilmente removível. Contudo, a violação era acusada pelo dispositivo, e o monitorado seria conduzido à prisão.

Inicialmente a tornozeleira foi testada no próprio Juiz, em abril de 1983, por três semanas. Constatada sua eficácia, nos meses seguintes foi implantada progressivamente em três prisioneiros.

Desde então a tecnologia vem sendo difundida em vários outros países, como Inglaterra, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Suécia, Espanha, Portugal e Holanda. É de se registrar que, cada país, guarda suas particularidades no tocante ao regulamento do uso da vigilância eletrônica. No entanto, em todos os mencionados países a vigilância tem arrebatado inúmeros adeptos e ampliado as suas possibilidades de utilização, avançando até mesmo no que diz respeito ao seu *design*.

4.2 Conceito

O monitoramento eletrônico consiste em fiscalizar *extra muros* aqueles que cumprem penas privativas de liberdade, mediante equipamentos tecnológicos que permitem saber a exata localização em que o indivíduo se encontra. (WEIS, 2007).

4.3 Experiência no Brasil e em outros países

Como já dito, os Estados Unidos foram pioneiros ao utilizarem a tecnologia, em 1983. Neste país, é necessária a voluntariedade do preso; a duração do monitoramento varia entre um e quatro meses; o custeio é feito, no todo ou em parte, pelo apenado ou sua família; e é utilizado junto a outras medidas, como trabalho comunitário.

Já na Inglaterra, o sistema foi implantado inicialmente em 1995, através do *Ato da Justiça Criminal e Ordem Publicade* 1994, e se consolidou em 28 de janeiro de 1999, quando passou a abranger todo o território inglês. Só podem ser beneficiados aqueles que não praticaram delitos violentos e pode servir como prisão domiciliar, pena autônoma ou complemento de outras medidas, exigindo-se o consentimento do apenado, o qual pode até ser liberado da vigilância por alguns dias, visando não interferir em suas atividades religiosas, acadêmicas ou laborais.

No Canadá, por sua vez, há o emprego do monitoramento eletrônico em quatro províncias e um território (Colúmbia Britânica), onde o sistema foi implantado em sua totalidade no ano de 1989. Os candidatos à utilização do monitoramento são aqueles cuja condenação á pena privativa de liberdade dure entre sete dias e seis meses; ou aos presos aos quais reste menos de quatro meses para o fim do cumprimento da pena, não podendo ser beneficiados aqueles que praticaram delitos sexuais ou violentos e os que não se mostrem dispostos a procurar trabalho ou estudar.

Há ainda o exemplo da Nova Zelândia que implantou a vigilância eletrônica em seu território em 1995, abrangendo os condenados passíveis de concessão da liberdade condicional, após o cumprimento de um terço de sua pena, bem como àqueles que não são candidatos a liberdade condicional, mas que tenham cumprido dois terços de sua pena. Há a ressalva para a autorização do condenado, bem como daqueles que residam com o mesmo no período da vigilância.

Por fim, na Europa, podemos apontar a experiência holandesa, onde vem sendo aplicado o monitoramento desde 11 de julho de 1995, àqueles que, apesar de reunirem os requisitos que autorizem a concessão do benefício de exercício de trabalhos comunitários, a medida não se mostre eficaz isoladamente; e aos que hajam cumprido a

metade da privação de liberdade, sendo usado, neste caso, o monitoramento para acompanhamento do preso no momento de sua transição para o meio exterior.

Ainda na Holanda, há previsão de casos em que a vigilância pode ser aplicada sem ser cumulativa a outra sanção. É o caso dos liberados condicionalmente, exigindo-se para tanto o consentimento do apenado, bem como que este possua residência fixa e alguma atividade ocupacional.

No Brasil, o sistema foi utilizado pela primeira vez no Estado da Paraíba, precisamente em Guarabira. A ideia de utilizar o revolucionário monitoramento eletrônico de presos surgiu no ambiente acadêmico, após discussões em sala de aula, quando o Juiz da Vara das Execuções Penais daquela Comarca, o Dr. Bruno César Azevedo Isidro, resolveu experimentar em apenados o monitoramento eletrônico.

4.4 Sistemas de tecnologia

O controle do indivíduo monitorado possui três formas técnicas, a saber: a) adaptação de uma pulseira; b) adaptação de uma tornozadeira; c) adaptação de um cinto. E pode ser realizado de três formas: passiva, ativa ou ainda por meio de posicionamento global.

No primeiro caso, um computador é programado para efetuar ligações, pré-estabelecidas ou aleatórias, para os monitorados, com intuito de saber se estão nos lugares determinados pelo magistrado.

No sistema ativo um dispositivo é instalado em lugar determinado, que informa á uma central, se o condenado se afasta do lugar estipulado e descumpra as condições impostas.

Já o Sistema de Posicionamento Global (GPS) é composto basicamente por três elementos: satélites, estações de terra conectadas em rede e dispositivos móveis. Pode ser este considerado o mais completo dos sistemas, posto que, permite saber a localização do cidadão em tempo real e registra diariamente toda a rotina do apenado. (MARIATH, 2010).

5 POSICIONAMENTOS ADOTADOS

Em março de 2010, o Conselho Nacional de Justiça aprovou estudo sobre o plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, dispondo na Proposta de Alterações Legislativas constantes no Plano de Gestão, a previsão da implantação do monitoramento eletrônico para o cumprimento de pena em regime domiciliar. Os argumentos para viabilização da utilização do equipamento focaram-se sobre os seguintes pontos:

- Os que se posicionaram favoráveis à implantação da tecnologia, argumentaram, em tese, que ocorreria algumas benesses com o advento do monitoramento, tais quais: redução significativa de população carcerária; menor dispêndio econômico para o Estado; reduções nas taxas de reincidência e; o afastamento do apenado das nefastas consequências que o cárcere ocasiona. (LIMA Jr., 2009);
- Todavia, os que discordavam da utilização do monitoramento eletrônico, invocavam o argumento de que o dispositivo infringiria a liberdade do indivíduo e que acarretaria uma enorme estigmatização sobre a pessoa do condenado. (ZGBIC *apud* MARIATH, 2010).

Ainda hoje, a adoção da técnica de monitoramento eletrônico tem encontrado resistência entre alguns juristas de nomeada, sob o argumento de que, porquanto qualquer que seja o equipamento utilizado para esse fim (tornozeleira, pulseira, colar etc.) gerará constrangimento no convívio social. Aqueles mais alinhados à filosofia liberal apontam, ainda, ofensa ao livre arbítrio. Mas não podemos deixar de reconhecer que não há nada mais agressivo à dignidade humana do que a prisão, especialmente em razão das precárias condições carcerárias em nosso País. O mais importante, de toda sorte, é que o monitoramento eletrônico seja medida condicionada à aceitação do acusado ou condenado, de modo que caberá ao próprio interessado direto na questão, por sua livre e espontânea vontade, fazer a escolha entre continuar o cumprimento da pena em estabelecimento carcerário ou em regime domiciliar, condicionado, porém, a monitoramento eletrônico. É uma alternativa que dependerá, sempre, da vontade do acusado ou condenado.

5.1 Opiniões dos juristas

Superadas as questões quanto ao funcionamento e regulamentação do uso do monitoramento, apresentaremos algumas opiniões (favoráveis e contrárias) de diversos juristas sobre o monitoramento, na perspectiva das garantias individuais. Nesta vertente, para Karam: "A introdução do monitoramento efetuado através das pulseiras eletrônicas – [...] marca o surgimento da concreta e sombria perspectiva do controle total do Estado sobre os indivíduos". E continua sua crítica afirmando que o monitoramento eletrônico não é apenas a ilegítima intervenção no corpo do indivíduo condenado, a desautorizada invasão de sua privacidade, a transformação do seu antes inviolável lar em uma quase-prisão, em uma filial daquela que era a instituição total por excelência.

Embora tais argumentos pesem de um lado ou de outro no concernente a adoção da medida, o grande embate reside em torno do *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Na lição de Alexandre de Moraes (2008, p.114):

A dignidade é um valor, espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

No tocante ainda à dignidade do preso, devemos mencionar a humanização da pena como uma meta a ser alcançada. Ao que nos parece, este ideal pode ser atingido pelo monitoramento quando, em se tratando de crimes ao qual são aplicadas penas restritivas de liberdade de curta duração, a vigilância eletrônica vem abrandar seu cumprimento. Sob esta perspectiva, o monitoramento eletrônico atinge os fins de um Estado Social e Democrático de Direito, como observa Rodríguez-Magariños (RODRIGUEZ, 2009, pag. 129).

En un Estado social y democrático de Derecho la vigilancia electrónica sólo puede tener sentido si compatibilizamos estas dos máximas: certeza en el abandono del delito y mayor humanidad en la ejecución de la condena. El gran avance de los sistemas telemáticos, correctamente utilizados, es que permiten la inicuación del delincente y un menor grado de desocialización

Vemos que ambos os lados possuem seus argumentos, mas cremos que, numa análise comparativa entre as razões apresentadas, as benesses trazidas pelo monitoramento eletrônico justificam os possíveis prejuízos que possam apresentar.

A violação da intimidade dentro dos presídios é infinitamente superior á originada pelo monitoramento, que não revela os atos que estão sendo praticados pelo indivíduo, mas apenas a sua localização, que, obviamente seria de conhecimento do Estado de qualquer forma, se aquele se encontrasse preso.

6 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DESTE DISPOSITIVO COMO MECANISMO AUXILIAR DE CUMPRIMENTO DE PENAS

6.1 Regimes prisionais

Dado o apanhado já feito acerca das características de cada regime, feito no Capítulo 3, não se faz necessário adentrarmos mais uma vez em suas peculiaridades, mas tão somente demonstrar como e quando o monitoramento de presos pode contribuir no sistema da progressão de regimes.

Iniciaremos pelo mais gravoso: o **regime fechado**. Embora acreditemos não ser possível a utilização do monitoramento eletrônico, *como alternativa ao cárcere*, para aqueles que cumprem pena neste regime, não o descartamos por completo. No entanto, inicialmente é importante ressaltar a relevância da manutenção do confinamento daqueles que cumprem pena neste regime.

Contudo, é cabível o uso do monitoramento nos casos em que o preso exerce trabalho externo, pois, conforme preconiza a própria Lei de Execuções Penais, devem ser tomadas todas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 36, *in fine*).

Nesse sentido, o monitoramento se mostra como meio eficaz e controle para coibir fugas, posto que, se utilizada a tecnologia de GPS, o apenado será permanentemente localizado.

No tocante ainda ao trabalho externo, outra vantagem que podemos apontar é a possível ampliação do limite máximo do número de presos do total de empregados na obra, que hoje é de dez por cento (art. 36, §1º), pois, conforme bem assinala o ilustre Professor Mirabete: "Facilita-se assim a reintegração social e permitem-se melhores condições de controle e vigilância a fim de se impedir ou ao menos dificultar os atos de indisciplina e fuga".

Já no que tange ao **regime semiaberto**, a situação se mostra mais flexível, logo há possibilidade de transposição do preso para o mundo exterior através do monitoramento eletrônico.

Como visto, para a pena cumprida no regime semiaberto, o preso deve ser encaminhado a colônias agrícolas, industriais ou estabelecimento similar, onde, excepcionalmente, pode ser alojado em compartimento coletivo, observadas as condições de salubridade, que são a aeração, insolação e condicionamento térmico adequado.

A realidade, contudo, se mostra bem distante do que determina a legislação. É que o Estado determinou o cumprimento das reprimendas em determinados estabelecimentos, mas não os edificou.

Como o artigo 82, §1º da LEP autoriza que no mesmo complexo arquitetônico sejam abrigados pavilhões de destinação diversa, vê-se que tal prática, que deveria constituir uma exceção, tem se tornado regra (grifo do autor), quando, em não havendo colônias agrícolas, industriais ou similares, passou-se a utilizar setores de penitenciárias, para alojar apenados do regime semiaberto.

A alternativa é desastrosa. Os presos têm grandes chances de se tornarem intermediários entre os condenados do regime fechado e seus comparsas que estão em liberdade, muitas vezes contra sua própria vontade, mas, sob coação, impossível de se resistir, impossibilitando o preso de se desvencilhar do círculo do crime.

Além de tal adversidade e de a pena ser cumprida em local diverso do estabelecido, os presos são submetidos a condições desumanas, decorrente da superlotação, que sufoca os apenados e mistura presos primários a reincidentes. É, nesta conjuntura que as alternativas ao confinamento se mostram bem-vindas, dentre elas o monitoramento eletrônico de presos.

Semelhante problema é apresentado quando se refere ao cumprimento da pena em **regime aberto**.

Como já explanado, o regime aberto consiste em conceder ao interno uma certa liberdade para que ele possa demonstrar para com o juízo autodisciplina e senso de responsabilidade, isto porque durante o período diurno deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade permitida fora do estabelecimento e sem vigilância, se encaminhando no período noturno à casa de albergado ou estabelecimento similar. (BITENCOURT, 2009, p. 483).

A Lei de Execução Penal, portanto, prevê que o regime aberto será cumprido em Casa de Albergado, consoante preconiza os artigos 93 e seguintes do digesto, *in verbis*:

Art. 93 – A Casa de Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art 94 – O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art 95 – Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único – O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados. (BRASIL, 2010).

É sabido que, após trabalharem durante o dia, os presos, supostamente, deveriam se recolher a Casa do Albergado. No entanto, este estabelecimento, previsto na legislação pátria, não foi construído em todos os centros urbanos. No Brasil, são 19.458 presos que cumprem pena em regime aberto, entretanto, não existem Casas de Albergados em todos os Estados da Federação.

Diante do lamentável quadro, os Juízes das Execuções Penais podem optar por três soluções: recolher os custodiados a estabelecimento de destinação diversa; encaminhá-los a prédios em localidades próximas; ou estender o recolhimento domiciliar aos mesmos.

A primeira solução viola direitos individuais do preso. Isto porque submeteria o indivíduo a determinações mais severas do que as exigências do regime aberto, que é o mais brando dos regimes. Nesse diapasão, merece transcrição:

Quando o art. 94 da Lei de Execução Penal exigiu que fosse o local para cumprimento de prisão aberta separado de outros estabelecimentos carcerários quis unicamente que o beneficiado por esse regime não se relacionasse diretamente com outros presos, que poderiam nele influir negativamente no sentido de sua ressocialização mais rápida, e que ele não experimentasse a sensação de estar efetivamente encarcerado, sofrendo vigilância ostensiva da parte de agentes policiais civis e militares (TJSP – HC – Rel. Djalma Lofrano – RT 664/271).

A segunda alternativa também não responde à melhor orientação preventivo-especial, posto que, nesta fase, deve vigorar, como premissa básica, a ideia de ressocializar o preso, sendo desaconselhável, portanto, manter o apenado em localidade diversa de sua comunidade. Ora, retirá-lo do seu convívio social só dificultaria ainda mais o seu processo de reeducação.

O certo é que, atualmente, não há um consenso quanto à postura do magistrado a ser adotada, nas situações em que a comarca não dispõe de estabelecimentos adequados para cumprimento da reprimenda (seja em regime semiaberto ou aberto). Tal questão vem dividindo opiniões na comunidade jurídica, conforme se constata das seguintes decisões:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONDENAÇÃO PROVISÓRIA. REGIME ABERTO. PRISÃO ESPECIAL. PRISÃO DOMICILIAR. A prisão domiciliar é restrita às hipóteses previstas no art. 117 da LEP, admitida, excepcionalmente, quando não houver local adequado para a prisão especial. Não existindo estabelecimento para o preso especial (Albergue), poderá ser ele recolhido no estabelecimento carcerário coletivo, desde que em cela distinta dos demais e atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. Inteligência do art. 295 do CPP, com redação da Lei nº 10.258, de 11.7.01. À unanimidade, denegaram a ordem. (Habeas Corpus Nº 70005035464, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, Julgado em 02/10/2002).

TACRSP: "As dificuldades inerentes ao sistema carcerário impõe a necessidade do sentenciado que faz jus ao regime semi-aberto aguardar na modalidade fechada a efetiva existência de vaga para a remoção ao estabelecimento adequado, pois se é certo que o cumprimento da pena no regime prisional eleito na sentença constitui um direito do réu, de outro lado, não se pode perder de vista que, na medida em que ele transgrediu a Lei Penal, está sujeito a suportar as agruras de um aprisionamento mais rigoroso, enquanto não sobrevém a possibilidade de transferi-lo para presídio adequado ao cumprimento da pena no regime intermediário" (**RJDTACRIM** 40/336).

Em sentido diverso:

A jurisprudência deste STJ vem admitindo o cumprimento de pena no domicílio do réu, se já prova de que não existe Casa de Albergado ou local reservado com igual finalidade o qual, ainda que não seja o ideal, mas considerada a realidade do país, pode-se admitir como solução emergencial. (STJ – RHC 3355-0 – Rel. Costa Lima – DJU de 28.3.94, p. 6.334).

REGIME PRISIONAL. PRISÃO ALBERGUE. CASA DO ALBERGADO. TENDO O CONDENADO ATENDIDO AS CONDIÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS PARA OBTER REGIME PRISIONAL ABERTO, MAS NÃO POSSUINDO O ESTADO A CASA DO ALBERGADO, NEM ESTABELECIMENTO QUE ADEQUADAMENTE POSSA SUBSTITUI-LA, DEVE ELE SER COLOCADO, ENTÃO, EM PRISÃO DOMICILIAR,

COMO OPÇÃO VALIDA PARA QUE PERMANECA NA MESMA SITUAÇÃO, MAS SIM POSSA INICIAR SEU PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO A SOCIEDADE, PODENDO VOLTAR AO TRABALHO, PARA SEU SUSTENTO E DE SUA FAMÍLIA. PRECEDENTES. (STF –HC – **Proc.** 68121 **UF:** SP. Rel: ALDIR PASSARINHO).

Pode-se perceber que o tema é bastante controvertido e reclama uma posição mais clara dos tribunais, pois o ordenamento pátrio não oferece solução clara ao supracitado impasse.

Destarte, é de se verificar que o monitoramento eletrônico surge como uma solução extremamente viável, facilitando o processo de controle da fase de execução da pena, possibilitando, assim, que a privação de liberdade seja cumprida na própria residência do preso, que estará sendo monitorado, seja durante o período noturno, dias de folga etc.

Ademais, não se pode perder de vista que a vigilância eletrônica evita que o Estado realize dispendiosos gastos com a construção de Casas de Albergados (regime aberto) ou colônias agrícolas, industriais ou similares (regime semi-aberto), pois mantém o apenado em contato com a sociedade, durante toda a fase de cumprimento de sua pena.

Assim, tem-se no monitoramento eletrônico, através do sistema passivo, a ser ativado quando o preso não se encontra trabalhando, uma solução viável e equilibrada entre a inexistência de estabelecimentos adequados ao cumprimento das penalidades e a finalidade preconizada pela lei penal, sem descuidarmos dos direitos fundamentais do custodiado, fornecendo ainda o aparato estatal idôneo a promover a fiscalização e acompanhamento do cumprimento da pena.

6.2 Prisão domiciliar

A prisão domiciliar é um instituto jurídico que viabiliza o recolhimento, em residência particular, de determinados presos que apresentam condições especiais, que desautorizam a execução da pena em prisão. Podem ser beneficiados os condenados maiores de 70 (setenta) anos, aos acometidos de doenças graves, às condenadas com

filho menor ou deficiente físico ou mental e às condenadas gestantes (art. 117 da Lei de Execuções Penais).

Valendo ainda ressaltar que tais requisitos são cumulativos. Nesse sentido:

STJ: Se o condenado, ainda que septuagenário, cumpre pena em regime fechado e não atende ao requisito objetivo temporal para a progressão de regime prisional, não tem direito à prisão domiciliar, conforme interpretação do art. 117 da Lei 7.210/84 (**RT** 764/519).

Quanto às regras a serem obedecidas quando do cumprimento desta modalidade de pena, tem-se que:

O fato de o condenado recolher-se em residência particular não significa que esteja dispensado das normas de conduta do regime. As restrições, obrigações e horários deverão ser observados pelo condenado, sob pena de revogação do regime. Ele também é obrigado ao trabalho, a menos que suas condições de saúde ou encargos domésticos não o permitam, caso em que poderá ser dispensado da obrigação pelo juiz da execução.

O cumprimento da reprimenda no próprio domicílio dos apenados se justifica na medida em que estes apresentam certas condições que os impossibilitam ou dificultam sua fuga, bem como que o estabelecimento onde cumpre pena não fornece o aparato necessário para mantê-los de forma saudável. No entanto, apenas estas limitações não são suficientes para determinar que o preso não se evadirá.

Nesse sentido, o monitoramento eletrônico pode assumir papel indiscutivelmente relevante, constituindo-se em um mecanismo de controle de sua execução. Como se sabe, atualmente, o Estado costuma exercer precariamente a atividade de vigilância dos indivíduos que cumprem, em sua residência, a privação de sua liberdade. De sorte que a solução parece residir na utilização deste meio tecnológico.

7 MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO PENA AUTÔNOMA

O monitoramento eletrônico sob a ótica de pena autônoma poderia seguir duas vertentes: como uma espécie de detenção domiciliar; e como uma vigilância constante, conferindo maior mobilidade ao monitorado.

O primeiro caso se assemelha à prisão domiciliar, mas que com ela não se confunde. É que o recolhimento domiciliar, previsto no ordenamento pátrio, não é uma modalidade de pena, mas uma possibilidade de cumprimento de uma reprimenda aplicada em local diverso da prisão. Deste modo, é importante ver que, com o monitoramento, tornaria-se possível defender a criação, na Legislação Penal, de uma pena autônoma a ser executada na própria residência do apenado, restringindo sua liberdade, por determinadas horas, a cada dia, final de semana ou período a ser definido pelo magistrado.

Na segunda hipótese, por sua vez, o vigiado não estaria obrigado a permanecer em sua residência. No entanto, teria sua liberdade de locomoção restringida a determinada área previamente estabelecida pelo Juiz, como, por exemplo, a cidade onde reside, o bairro, o estado. Esta modalidade se revela como uma pena mais branda, pois a mobilidade do apenado é mais ampla. Não podemos nos olvidar que ambas as hipóteses deveriam vir acompanhadas de requisitos a serem obedecidos pelos monitorados, assim como se exige para concessão do regime aberto.

Finalmente, deve-se registrar que as citadas penas, embora sejam restritivas de liberdade, devem seguir a ideia adotada no texto legal, referente às penas restritivas de direito, no que diz respeito à preservação de sua autonomia, regras de aplicação e caráter de substituição das penas de prisão, conforme estabelece o artigo 44 do Código Penal, ao fixar que "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade". Ademais, devem-se adotar as demais condições fixadas em tal artigo, em seus incisos I, II e III.

Quanto à tecnologia que poderia ser empregada, no caso da detenção domiciliar, teríamos o sistema ativo que é o mais indicado, pois não haveria necessidade de saber a localização exata do apenado, mas sim, se este se encontraria na demarcação estabelecida pelo juiz, e caso este limite fosse ultrapassado, a central imediatamente

seria acionada, para que agentes se dirigissem ao perímetro alcançado pelo preso. Em se tratando da localização permanente, ou, liberdade vigiada, o monitoramento por GPS seria a alternativa que se mostra mais adequada, uma vez que forneceria a localização precisa do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto neste trabalho, o Brasil já fez um esforço legislativo no sentido de inserir dita tecnologia no ordenamento brasileiro, o que representa um importante passo em direção à regulamentação, implantação e posterior ampliação do monitoramento eletrônico em nosso país.

A Lei Nº 12.258, de 15 de junho de 2010, mostra como o Brasil está passando por um processo de maturação na aplicação das penas privativas de liberdade, adotando a tecnologia do monitoramento de uma forma positiva, nos casos de saída temporária no regime semiaberto e de prisão domiciliar. Fazendo ressalva quanto ao respeito à dignidade do preso a ele sujeito, exigindo-se, inclusive, seu consentimento, seguindo o modelo adotado pelos demais países que já utilizam a vigilância eletrônica, uma vez que este não é mero *usuário*, mas sim um *beneficiário*, e desta forma, deve conservar o aparelho e submeter-se as suas regras.

Como visto, o monitoramento eletrônico, se enquadra perfeitamente na concepção preventivo-especial positivo da pena, posto que, este instrumento atende aos preceitos firmados pelo Estado Democrático de Direito, pois se propõe a alcançar uma pena mais humana e visa precipuamente, promover o cumprimento de reprimendas trazendo o apenado o mais próximo possível da sociedade, remetendo-nos ao ideal de ressocialização. Desta forma, atende aos preceitos da Lei de Execução Penal, que através de suas normas busca a reincorporação do apenado à comunidade.

A posição, como constatado, não é pacífica. Os que argumentam favoravelmente ao ideal argumentam que o monitoramento acarretará uma redução significativa de população carcerária, um menor dispêndio econômico para o Estado, reduções nas taxas de reincidência e o afastamento do apenado das nefastas consequências que o cárcere ocasiona.

Já os que são contrários a implantação da medida, invocam a idéia de que a tecnologia em comento infringe o disposto pelo princípio da privacidade e acarreta uma enorme estigmatização sobre a pessoa do apenado. No entanto, entende o Conselho Nacional de Justiça, que os constrangimentos pelos quais passam o apenado no cárcere seriam superiores àqueles que passariam com o uso da "tornazeleira".

Por fim, em que pese os argumentos contrários ao uso da tecnologia, o monitoramento eletrônico de presos se mostra como meio idôneo para atingir o ideal de uma pena mais humana e justa. Entretanto, apesar de todas as benesses trazidas pela vigilância eletrônica, devemos ter em mente que esta não é, um fim em si mesma, nem implica necessariamente na recuperação do preso. A realidade é que a tecnologia vem como instrumento de melhoria da qualidade de vida das pessoas, ressaltando-se, contudo, que seu uso, desacompanhado de programas sociais que invistam em educação, saúde, moradia, emprego etc., será pouco ou nada eficaz, posto que o maior problema enfrentado pela sociedade atual não é a violência em si, mas os motivos pela qual é cometida.

Importante frisar que, ao longo deste estudo, tive a oportunidade de constatar na prática os benefícios do monitoramento eletrônico ao visitar Comarca de Guarabira, onde este instrumento já é uma realidade que beneficia alguns presos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 14ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2010.

_____. Lei no 7.210/84. Lei de Execução Penal. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>>. Acesso em: 31out 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2010 14ed. 3 v.

CARDENTE, Miguel Olmedo; ARAÚJO NETO, Félix. Introducciónal derecho penal. Lima: ARA editores, 2007

CERCCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal na Constituição. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 286.

COSTA JR., Paulo José da. Curso de direito penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2007.

FERNANDES, Newton. A Falência do Sistema Prisional Brasileiro. São Paulo: RG editores, 2000.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1822p.

GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Aline. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e definições. 2ª ed. Curitiba, PR: Juruá, 2000. 165 p.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 2005. 2 v.

LEAL, João José. Direito Penal Geral. 3ª ed. ver. e atual. Florianópolis: OAB-SC, 2004.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 310p. v.3.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento eletrônico: Liberdade vigiada. Disponível em:

<<http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BC9076872-0D4F-4CED-9BA4-5A6BB881AADA%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D>>. Acesso em: 07.nov.2011

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. ver. e atual até 31 dez. de 2003 São Paulo: Atals, 2004. v. 1

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Execução Penal. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 38ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2002-2004. 4v.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal: comentado. 8ª. Ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1264 p.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do brasil: evolução histórica. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 2.v.

ROLIM, Marcos. Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil. In CARVALHO, Salo de. Crítica à execução penal. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Li 1 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 629 p;

SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio de proporcionalidade na jurisprudência do Suprema Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 362p.

WEIS, Carlos. "O Big Brother Penitenciário". Disponível em: <http://www.ajd.org.br/pub_pdf/democracia-n42.pdf>. Acesso em: 07 nov.2011.

ANEXOS

ANEXO I

Presidência da República

Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.258, DE 15 DE JUNHO DE 2010.

Mensagem de veto

Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º (VETADO).

Art. 2º A Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações

“Art. 66.

V -

i) (VETADO);

.....” (NR)

“Art. 115. (VETADO).....” (NR)

“Art. 122.

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

“Art. 124.

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

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

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

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

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra.”

(NR)“Art. 132.

§ 2º

d) (VETADO)” (NR)

“TÍTULO V

CAPÍTULO I

Seção VI

Da Monitoração Eletrônica

Art. 146-A. (VETADO).

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

I - (VETADO);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO);

Parágrafo único. (VETADO).

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

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III - (VETADO);

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

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

III - (VETADO);

IV - (VETADO);

V - (VETADO);

VI - a revogação da prisão domiciliar;

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

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.

Art. 3o O Poder Executivo regulamentará a implementação da monitoração eletrônica.

Art. 4o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de junho de 2010; 189o da Independência e 122o da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

ANEXO II

Dos Direitos dos Presos

O art. 41 da LEP enumera em um rol exemplificativo acerca dos direitos dos presos:

Art. 41 – Constituem direitos dos presos:

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 comprometem a moral e os bons costumes;

XVI – atestado da pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único – Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 2010).