

EFICIÊNCIA X GARANTIAS - A UTILIZAÇÃO DE SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS (TORNOZELEIRA ELETRÔNICA)

Efficiency vs. guarantees - The use of electronic monitoring system of prisoners (electronic anklet)

WAGNER AMORIM MADOZ

Pós-graduado em Análise da Constitucionalidade pela Unb/Unilegis. Pós-graduado em Crimes Tributários pela FGV – Brasília. Mestrando em Direito – UniCEUB.
Analista Judiciário - STF

Resumo: O artigo trata da relação entre ciência e Direito Penal no contexto da sociedade de risco, decorrente da crise do sistema penitenciário brasileiro e das violações dos direitos e garantias dos encarcerados, bem como de algumas alternativas para solucionar emergencialmente o problema. Aborda a lei que instituiu o uso das tornozeleiras eletrônicas e a aplicação do princípio da eficiência no direito penal.

Palavras-chave: Tecnologia. Direito Penal. Tornozeleira eletrônica. Princípio da eficiência.

Abstract: The article analyze the relationship between science and criminal law in the context of the risk society, resulting from the Brazilian penitentiary system and violations of rights and guarantees of imprisoned crisis, as well as some alternatives to solve the problem on an emergency . It discusses the law that established the use of Electronic monitoring anklets with increased tracking capabilities and the principle of efficiency in the criminal law.

Keywords: Technology, criminal law, electronic anklets, penitentiary system, principle of efficiency.

1. Introdução

O lugar é quente, úmido, completamente lotado. O ar nauseabundo, sujeiras de todos os tipos e por todo lado, a promiscuidade predomina. Sem luz elétrica nem chuveiros, o estado

de higiene é de causar nojo, enfim, um local imundo e repugnante. Estamos falando de uma das prisões brasileiras, baseado em descrição insuspeita e oficial; onde violências entre presos e contra presos (torturas) são freqüentes, havendo inclusive vários relatos de esquitejamento.¹

No trabalho que se segue, procuramos analisar, ainda que em *brevitatis causa*, o possível conflito entre a busca da eficiência do sistema punitivo e as garantias fundamentais, no caso da aplicação do sistema de monitoramento eletrônico de presos.²

Esse embate se torna particularmente trágico em face da realidade do sistema de encarceramento brasileiro, sabidamente deficiente na realização do projeto constitucional de defesa das garantias dos presos. Se por um lado, a alocação de recursos no sistema prisional, num contexto de inúmeras carências sociais, gera atritos na própria sociedade, por outro, a desobediência à Constituição, no resguardo das mínimas garantias dos presos, afronta à consciência humana.

É preciso ressaltar, ainda, que a construção de um sistema penal constitucionalmente necessário não resulta na “relativização de garantias materiais ou processuais que aproveitam ao cidadão. Nem mesmo supõe ou admite um Direito Penal que não esteja assentado em bases democráticas, de compulsória edificação à luz da proporcionalidade.” (Feldens, 2012, p. 171)

Assim, diante deste contexto, nossa pesquisa procurou fugir a uma abordagem com otimismo excessivo, em razão da adoção da nova tecnologia – bem ao gosto de governantes e gerentes do cárcere – tanto quanto de um pessimismo redutor – do tipo “*nothing works*” –, por isso circunscreve seu olhar no papel da ciência na contenção do grande encarceramento, na submissão do sistema punitivo a limites materiais efetivos, um grave problema social brasileiro.³ Aliás, deve-se indagar antes de qualquer coisa qual o papel da ciência na construção da paz?

¹ Relatório elaborado pelo Professor Sérgio Salomão Shecaira, então Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – MJ sobre visita feita à Casa de Custódia de Viana - ES e ao Presídio de Celas Metálicas — *Containers* — da cidade de Serra-ES. <<http://portal.mj.gov.br/cnpcp>> Relatórios de Inspeção. Convém esclarecer que, infelizmente, violações de direitos humanos de presos não é uma característica exclusiva da sociedade brasileira. Nos EUA, por exemplo, há os casos das prisões de Campo de Detenção da Baía de **Guantánamo**—“ **Guantánamo Bay Detention Camp**”; e o caso de Phoenix, Arizona, onde o autoproclamado xerife mais durão da América, *Joe Arpaio*, encarcera presos em tendas e determina que eles usem cuecas e pijamas cor de rosa, entre outras violações.

² Hoje efetuado através de tornozeleiras, mas no futuro poderá ser a introdução de *ships* no corpo do “reeducando”, como ocorre hoje com os cães e animais domésticos – o *chip* com Sistema Global de Posicionamento (GPS) é um tipo de tecnologia disponível aos donos de animais de estimação, para que eles possam localizar mascotes perdidos ou para acompanhar os que têm permissão para passear, caçar ou realizar outro tipo de atividade fora de casa.

³ “Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.” (Bittencourt, 2007, p. 471)

2. Ciência e crime

É de se lembrar, por óbvio, que podemos imaginar uma sociedade humana sem crime, entretanto, não há possibilidade de existir crime sem sociedade, decorrendo daí a relevância da pesquisa sobre o fenômeno criminológico.

A relação entre ciência e crime sempre fascinou a humanidade, como demonstram os estudos não só da área do Direito como na literatura e nas artes em geral, em que é sugerido o uso da ciência na elucidação de misteriosos casos, seja na descoberta dos autores como também dos motivos subjacentes ao crime. Nos dias atuais, é bem sugestivo o sucesso que faz seriados norte-americanos como CSI (Miami e Nova Iorque) em que se explora o dia-a-dia de peritos criminais americanos, e as vicissitudes dos casos criminais que enfrentam.

Thomas Kuhn afirmava que o entendimento sobre o que é fazer ciência é sempre relativo a um consenso, ou um conjunto de compromissos teóricos básicos, existentes na comunidade científica, na medida em que exista um modelo compartilhado que define o sentido da pesquisa, seu âmbito e instrumentos, haverá ciência. Dessa maneira, um paradigma definirá toda a maneira de cultivar a ciência, com regras, linguagem, valores, método. Existiria, além disso, duas espécies de ciências, uma normal, regida pelo paradigma consolidado e outra quando o paradigma existente não consegue mais dar resposta a gama de problemas que lhe é submetido. O processo de substituição dos paradigmas é que denomina de as “revoluções científicas”. (Kuhn, 1998, p. 63)

No caso da criminologia, o seu âmbito de estudo não se resume aos aspectos formais de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, como se contenta o Direito Penal, ela procura ir além, procurando responder por que um sujeito comete crime? Ou ainda quem define o que é crime?

A doutrina tradicional⁴ costuma defini-la como “conjunto de conhecimentos, ao qual se atribui ou não caráter científico, cujo objetivo seria o exame causal-explicativo do crime e dos criminosos, de utilidade questionada” (Batista, 2001, p. 27). Assim, se busca no indivíduo a causa do crime, utilizando métodos de investigação próprios das ciências naturais – por isso pesquisavam caracteres antropológicos, morfológicos dos indivíduos encarcerados na esperança de encontrar algo que diferenciasses dos cidadãos “normais”.⁵

Essa importante doutrina surgiu num momento em que as ciências naturais invadiram, com o prestígio da experimentação e da quantificação, o terreno das ciências sociais: “Nada era legítimo se não contava com o aval da fórmula matemática ou taxionômica, ou de sua inclusão numa lei geral de fenômenos similares. É o império do fiscalismo. Do cientificismo.” (Castro, 2005, p. 43), suplantando em alguns aspectos o paradigma da teoria clássica.

A ideia subjacente a essa teoria é a de que esses indivíduos assim caracterizados já nascem com a predisposição de cometer crimes. Faz surgir, desse modo, o conceito do

⁴ Lola Aniyar de Castro nos oferece outra definição de criminologia na qual é contemplada outra perspectiva teórica: “é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos.” (Castro, 1983, p. 52).

⁵ Cesare Lombroso foi sem sombra de dúvida o maior expoente da Escola Positiva, cujas teses sustentavam que os criminosos possuem evidências físicas de um atavismo de tipo hereditário, oriundo de estágios mais primitivos da evolução humana – características estas que poderiam ser reveladas por um exame clínico no qual se constataria dimensões anormais do crânio e mandíbula, além de outras partes do corpo.

“homem criminoso” de Lombroso. Muito embora hoje em dia tenha desaparecido a relação entre crime e características físicas do criminoso, esse paradigma etiológico ainda predomina no sistema punitivo moderno, onde há a divisão entre os bons – que não cometem crimes – e os maus – aqueles criminosos – que devem ser, portanto, neutralizados, para manter a paz social.

O que se chama hoje de sistema punitivo está assentado tanto nos fundamentos do paradigma etiológico como também da defesa social – princípio do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou da prevenção, da igualdade, do interesse social e do delito natural, plasmado no modelo do contrato social de Rousseau. Desse modo, a primeira identifica as causas do delito e a segunda neutraliza essas causas (antes, durante e depois de cometido o delito).

A partir dos anos 60 do século passado, no entanto, surgiram novas teorias criminológicas que tentavam superar os problemas surgidos, inicialmente nos EUA e depois no continente Europeu - etnometodologia, do interacionismo simbólico, do “*labelling approach*”, da Escola de Chicago -, em que se abandona o estudo etiológico do criminoso como realidade ontológica pré-constituída, mas como uma etiqueta atribuída a determinados sujeitos, por meio de complexos processos formais e informais de definição e seleção.⁶ Entretanto, essas vertentes criminológicas não serão objeto da nossa análise aqui.

Recentemente, um fato trouxe de novo esta discussão do paradigma etiológico para os dias atuais, muito embora não mais no sentido de criminalizar condutas, mas, paradoxalmente, para beneficiar o sujeito legalmente condenado, diminuindo-lhe a pena, pelo reconhecimento da presença em seu DNA de um gene - o da “violência”, que em tese lhe amenizaria a culpa. É o caso divulgado pela revista científica americana *Nature*, em que noticia que o juiz Pier Valerio Reinotti, de Trieste, na Itália, diminuiu a sentença de um réu em um ano depois de descobrir que ele tinha variações genéticas ligadas à agressão, reacendendo debates sobre a possibilidade de utilizar informação genética para fins de justiça criminal.⁷

Isso nos remete à reflexão de que a evolução científica, ou dos processos em que se baseia a ciência, sugere que há princípios universais, ou pelo menos fortalece nossa crença

⁶ “Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre os indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma ‘construção social’, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até a construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.” (Baratta, 2002, p. 87)

⁷ “A decisão levou à polêmica: os genes podem servir de legítima defesa? A pesquisadora de assuntos jurídicos Nita Farahany, da Universidade Vanderbilt, nos Estados Unidos, que estuda o uso da genética nos tribunais, disse que não. Ela disse que os genes podem ajudar a prever como alguém poderá se comportar no futuro, mas nunca vão nos dizer por que cometeu esse ou aquele ato. - Eles não nos dizem por que as pessoas fizeram o que fizeram, e é nisso que os casos criminais estão interessados. O argumento dos genes parece funcionar para os dois lados da questão. O juiz Reinotti disse que os genes de Bayout explicaram o crime. Mas Farahany notou que os tribunais americanos estão usando cada dia mais os genes como evidências em processos. Terie Moffitt, uma geneticista da Universidade Duke, nos Estados Unidos, conta que mesmo que os avanços tecnológicos permitam aos pesquisadores explicar como os genes e o ambiente influenciam um comportamento violento os tribunais podem nem notar. Foi o trabalho dela que influenciou a decisão do tribunal italiano. Ligações entre genes herdados, ambiente e violência são reforçados por históricos familiares e estudos com gêmeos, ela diz. - Mas tudo que sabemos sobre a história das famílias não diminui nossa responsabilidade pelas escolhas que fazemos.” Disponível em «<http://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/noticias/juiz-italiano-diminui-sentenca-de-assassino-com-genes-de-agressao-20091105.html>», último acesso 7/8/2013.

nessa existência, e que nos convida a ter uma certa prudência, ou no mínimo cautela, pois esses princípios científicos hoje conhecidos podem ser apenas o reflexo de outros ainda por se conhecer. (Omnès, 1996, p. 261)

3; Prisão para quem precisa

A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade, em que o tempo exprime a relação crime/punição: o tempo é o critério geral do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito (Santos, 2012, p. 267).

A ideia de punição e sanções se apresenta como instrumentos de que a sociedade moderna se serve e que não poderia prescindir, do contrário não haveria possibilidade de convivência (Garland, 1990, p. 3 e ss). Entretanto, é curioso notar a absurda desproporção das punições, em face de tantos fatos lamentáveis envolvendo a execução penal, o seu inequívoco distanciamento da realidade carcerária com o catálogo de direitos e garantias, previsto no art. 5º da Constituição Federal, em particular o seu inciso XLIX, que dispõe: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Por outro lado, a proibição da pena de morte, em tempo de paz, e os demais direitos e garantias fundamentais expressamente destinados aos presos pela Constituição Federal⁸ faz

⁸ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

com que haja um limite ao poder de punir do Estado. Essa barreira, que deveria ser intransponível, está ainda longe de ser realizada, talvez em decorrência da herança do autoritarismo, historicamente recente na realidade brasileira.

O fato é que essas violações dos direitos humanos estão presentes entre nós e, pior que isso, elas encontram apoio e sustentação em setores da sociedade que vêm nas garantias constitucionais um projeto utópico, e assim tendem a tratar o encarcerado como objeto da execução penal e não como pessoa humana, sujeita de direitos, como era de se esperar. Esvazia-se, desse modo, um dos alegados fundamentos do direito de punir criminalmente, que é a integração do apenado na sociedade, mantendo-se apenas o seu caráter punitivo.

Aliás, embora a Constituição Federal não tenha explicitamente definido as funções da pena criminal, uma leitura sistemática do conjunto de princípios por ela adotados - em particular a liberdade, a igualdade, a justiça, a dignidade da pessoa humana -, revela um projeto avançado de construção de uma cidadania estendendo sua proteção àqueles mais destituídos de direitos.

Assim, a Constituição, ao assumir princípios e valores democráticos, fixa limites ao poder punitivo do Estado.⁹ Desse modo, o Direito Penal e Processual Penal devem atuar como tecnologia de minimização da violência e do arbítrio punitivo (Carvalho, 2007, p. 25).

A parte geral do nosso Código Penal foi fruto das teorias ressocializantes da década de oitenta do século passado, assumiu expressamente a dupla finalidade da pena, retribuição e prevenção, ao prever que

“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 (...).”

O artigo 1º da Lei de Execução Penal, por sua vez, estabelece que a “execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado.”

Desse modo, nosso sistema sinaliza que a pena na fase da cominação tem as funções retributiva e preventiva, entretanto, na fase da sua execução, estabelece a LEP a função primordial de integração social (prevenção especial).

Sinteticamente, haveria três fases segundo a fórmula tripartida oferecida por Roxin, aplicável ao nosso sistema (Gomes, 2006):¹⁰

(a) no momento da cominação legal abstrata a pena tem finalidade preventiva geral (seja negativa: intimidação; seja positiva: definição ou chamada de atenção para a relevância do bem jurídico protegido);

⁹ Como ensina Eugenio Zaffaroni, “redefinir el derecho penal de la misma forma que el derecho internacional humanitario; y concebirlo como un discurso para limitar, para reducir, para acotar y eventualmente, si se pueda, para cancelar el poder punitivo.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Que hacer con la Pena? Las alternativas a la prisión* (conferencia) Ciudad de México. *La Experiencia Del Penitenciario contemporaneo. Aporte y experiencias*, julio 1993, p. 3 www.pensamientopenal.com.ar/...doctrina08.pdf

¹⁰ “Em nossa opinião, de tudo quanto foi exposto infere-se que, mutatis mutandis, é perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro a fórmula (tripartida) oferecida por Roxin (Derecho penal:PG, trad. de Luzón Peña et alii, Madrid: Civitas, 1997, p. 78 e ss.), com a conseguinte atribuição à pena de fins distintos segundo o momento ou fase de que se trate”. (Gomes, 2006) g.n.

(b) na fase da aplicação judicial a pena tem finalidade preventiva geral (confirmação da seriedade da ameaça abstrata, assim como da importância do bem jurídico violado), repressiva (reprovação do mal do crime, fundada e limitada pela culpabilidade) e preventiva especial (atenuação do rigor repressivo para privilegiar institutos ressocializadores alternativos: penas substitutivas, sursis etc.) e

(c) na última etapa, na da execução, prepondera (formalmente) a finalidade de prevenção especial positiva (proporcionar condições para a ressocialização ou para a realização de um processo de diálogo – Dotti –, porém, na prática, o que se cumpre é a função preventiva negativa da inocuidade (mero enclausuramento, sem nenhum tipo de assistência ao recluso, sem a oferta das condições propícias à sua reinserção social).

Evidente que a pena de prisão não cumpre sua função normativa, pois a realidade demonstra que em muitos casos ela é desumana.

Fácil concluir, que as teorias sobre as finalidades da pena atuam como anestesiadores para que os operadores da execução penal – os ortopedistas da moral ¹¹ (Foucault, 1986, p. 15) – não sintam dor na consciência (Zaffaroni, 1997, p. 40).

4. Opções trágicas

É verdade que decisões quanto à alocação de recursos escassos tornam algumas escolhas trágicas, particularmente dramáticas em alguns casos, por envolver a própria vida das pessoas, mas necessárias, na sua grande maioria. O que transforma a decisão sobre distribuição de alguns bens em escolhas trágicas é precisamente o confronto de valores fundamentais envolvidos. Além disso, nesse processo de escolha, a decisão sobre os métodos a serem empregados nessa distribuição, já revela conflitos, pondo de um lado valores pelos quais a sociedade determina o beneficiário da distribuição e a natureza dos perímetros da escassez, e de outro, os valores morais e humanos que são a base da vida e do bem estar (Calabresi, 1978, P.18-9).

Nesses conflitos, quando são preservados os valores fundamentais em que se assenta a sociedade, ou quando ela é justificada por uma explicação que não implica em conflito moral, essas escolhas inicialmente trágicas se transformam em alocações comuns, aparentando não implicar em escolhas trágicas nem revelar contradições morais relevantes.

Assim, se mostra problemática a justificativa do gasto de recursos no monitoramento eletrônico de presos, num cenário de deficiências sociais complexas e estruturais. Claro que o argumento da eficiência, ou melhor, da busca da eficiência do sistema punitivo, na relação entre custo e benefício da medida, ela pode se sobrepor à realidade prisional.

¹¹ Aqui incluídos os magistrados e não apenas os pequenos funcionários como se refere Foucault: “A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena. É um caso típico na França que a administração das prisões por muito tempo ficou sob a dependência do ministério do Interior, e a dos trabalhos forçados sob o controle da Marinha e das Colônias. E acima dessa distribuição dos papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, «curar»; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral. O desaparecimento dos suplícios é pois o espetáculo que se elimina; mas é também sobre o corpo que se extingue.” (Foucault, 1986, p. 15)

É claro que para o preso ou encarcerado resta optar entre prisão ou sujeição ao monitoramento eletrônico, com tornozeleiras eletrônicas e os seus vários gravames, o que, convenhamos, são duas opções contraditórias e mutuamente excludentes, mas que paradoxalmente terminam por demonstrar que a sujeição ao monitoramento eletrônico é mais vantajoso para o preso, o que é corroborado pelo número crescente de “adesões”.

Além disso, como se trata de mecanismo ainda novo entre nós, quer dizer, aplicado à nossa realidade marginal, é razoável entender que passará por um período de adaptação, inclusive com aperfeiçoamentos para que torne sua utilização mais eficiente – diminuindo as violações e aprimorando-se os mecanismos de monitoramento.

De qualquer modo, como veremos, a introdução desse mecanismo eletrônico em nosso sistema punitivo revela uma característica muito peculiar da nossa contemporaneidade, que é precisamente a idéia de emergência.

5. A sociedade de riscos e o Direito Penal

Ulrich Beck afirma que na modernidade tardia, a produção de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos (Beck, 2010, p.23). Além disso, a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da primeira modernidade e, ainda, que o desenvolvimento da ciência e da técnica não poderiam mais dar conta da predição e controle dos riscos que contribuiu decisivamente para criar e que geram conseqüências de alta gravidade para a saúde humana e para o meio ambiente, desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis, ou, como afirma Anthony Giddens, só teremos certeza absoluta quando já for demasiado tarde (Giddens, 2000, p. 38).

Esses riscos ecológicos, químicos, nucleares, genéticos, criados por condutas humanas, são produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente (Guivant, 2001, p. 95), de modo que aos delitos tradicionais, contra a pessoa, a honra, o patrimônio, etc., se junta esses novos bens jurídicos penalmente tutelados, trazendo mudanças ao próprio Direito Penal, criando uma certa tensão em seus fundamentos, como, por exemplo, a polêmica previsão de responsabilização penal da pessoa jurídica – prevista na Lei nº 9.605, de 12 fevereiro de 1998, cuja validade constitucional foi recentemente afirmada pela Primeira Turma do STF.¹² Mais que isso, de fato, há o alargamento dos horizontes do Direito Penal, expandindo as fronteiras da criminalização do risco.¹³

¹² No julgamento do Recurso Extraordinário nº 548181, relatora Ministra Rosa Weber, em 6/8/2013, a Turma admitiu a possibilidade de ação penal contra a empresa Petrobrás S/A. Anteriormente, no AgR no RE 628582/RS, Relator Dias Toffoli, a Turma já havia decidido de igual forma. Haveria, de fato, uma grande controvérsia entre aqueles que defendem a legitimidade da responsabilização da pessoa jurídica, na medida em que ela seria de suma importância para que a tutela ambiental seja efetiva no território nacional, na medida em que se adota meios eficazes para proteger a sociedade e o meio ambiente, e de outro lado, aqueles que não a admitem como se ignora os preceitos constitucionais sobre a pena, bem assim as bases ontológicas da teoria do crime existente em nosso ordenamento, faz-se uma interpretação *ad hoc* para punir penalmente os entes morais.

¹³ Nesse sentido, Nilo Batista afirma que esse alargamento das fronteiras do Direito Penal através de “*variados dispositivos que, de alguma forma, terminam por operar uma regressão no centro de gravidade do conceito jurídico-penal de perigo que o afasta do objeto periclitante e o aproxima da fonte do perigo.*” Prefácio à obra de DIETER, Maurício Stegemann. Política Criminal Atuarial – A criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013, p. 7.

Nessas circunstâncias, o Direito Penal – “setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas” (Santos, 2012, p. 1) -, é chamado a intervir. Seria, aliás, uma atitude contrária à boa razão a sua exclusão precisamente nos casos em que condutas humanas colocam em risco à própria sobrevivência humana (Fernandes, 2001, p.74-5).

A exclusão do Direito Penal, seja por qualquer motivo filosófico, das controvérsias envolvendo os delitos gerados pela sociedade do risco, parece-nos assemelhar-se com aquela situação denunciada por Hannah Arendt quanto aos crimes contra a humanidade, na época em que não havia uma Justiça Internacional:

Tudo o que sabemos é que não podemos punir nem perdoar estes crimes e que, conseqüentemente, eles transcendem o domínio das relações humanas e a capacidade do poder humano, por eles radicalmente destruídos onde quer que se produzam. (Arendt, 2005, p. 253)

Assim, o aumento da insegurança e do medo, decorrentes da sociedade de risco, legitima a adoção de medidas penais como instrumentos para controlar essas novas modalidades de riscos e nisso se encontra precisamente as escolhas trágicas. Se estar vivo já é por definição uma empresa arriscada (Giddens, 2000, p. 33), em face dos riscos inevitáveis da existência, as escolhas trágicas nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de segurança, alocando recursos escassos, de um lado, e o respeito aos diversos direitos fundamentais envolvidos, de outro.

O professor Nilo Batista, refletindo sobre a incorporação do discurso da sociedade de riscos ao Direito Penal, afirma que

algum dia, quando nos recordarmos de que passamos mais de um século discutindo se o perigo existe como imbricação natural regular de dois estados físicos ou como conjectura probabilística, poderemos dar-nos conta de que talvez o melhor nome para “sociedade de riscos” fosse “sociedade de medos”. (Batista, 2013, p. 8)

De fato, esse clima de medo coloca difíceis problemas para o Direito Penal, a começar pela expansão sem precedentes das fronteiras da criminalização através de vários dispositivos,

bem como a modificação e/ou flexibilização de certas categorias vigentes, nomeadamente a título de causalidade, culpabilidade e responsabilidade, além do surgimento de um novo tipo de incriminações. Este novo tipo de direito penal corre, também ele, riscos: descaracterização, diluição, relativização, funcionalização, entre outros. (Fernandes, 2001, p. 70)

Além disso, prevalece um discurso ideológico no sentido de que o endurecimento das leis penais e processuais penais é imprescindível para se alcançar a segurança da sociedade, mesmo que sacrifique os direitos e garantias individuais de uns poucos. De maneira que o Direito Penal de *ultima ratio* que era se transforma em única *ratio*.¹⁴

¹⁴ No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. Revista Penal. Año I, n. 1, Herlva: praxis, 1998, p.38, *apud* GOMES, Luiz Flávio & BIANCHINI, Alice. O Direito Penal na era da Globalização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 119, nota 6; também o “Estado penal uma forma particular de organização política

É nesse contexto que analisaremos a aplicação a Lei nº 12.258/2010, que trata da possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta do condenado, ou seja, o monitoramento de detentos via tornozeleira eletrônica, em confronto com as garantias fundamentais, particularmente o princípio da dignidade humana – art. 3º inciso III; art. 5º, inciso III, ao prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; e inciso XLIX, que assegura aos presos o “respeito à integridade física e moral”.

6. Política criminal: entre eficiência e garantias

Para Zaffaroni, a Política Criminal é a “*ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos*” (ZAFFARONI, 1999, p.132).

Embora pareça novo, o embate entre eficiência e garantias existe desde reforma penal do Século XVIII, efetuada pela racionalização do poder punitivo. De fato, o garantismo é identificado com o resguardo do indivíduo frente ao poder estatal, evitando-se os abusos pela anteposição dos direitos e garantias materiais e processuais. O efficientismo, por outro lado, representa a busca tornar a relação entre meios – investigação, processo e execução -, e fins – condenação, repressão e prevenção do delito -, menos custosa, tanto econômica quanto politicamente (VIEIRA, 2006, p. 32).

Além disso, convém lembrar que tanto Beccaria quanto Bentham aplicaram explicitamente fórmulas de eficiência ao formularem suas teorias (SANCHES, 2004, p. 4).

De qualquer sorte, o modelo de fundamentação da “*análise econômica do Direito*” é de molde consequencialista, próximo do proposto pela escola filosófica do utilitarismo, o qual se fundamenta basicamente no cálculo de ponderação presidido pela idéia de “*máxima felicidade para a maioria*”, ao passo que a ética clássica alemã, de origem kantiana, repudia rigorosamente as considerações consequencialistas ou de utilidade como base para se avaliar as ações (Sánchez, 2004, p. 2).

Assim, se configura um estado permanente de tensão entre a busca da eficiência das políticas públicas de segurança e criminais – aqui entendidas como o conjunto de princípios fundamentais do *ius puniendi* -, com as garantias constitucionais, funcionando estas últimas como verdadeiras barreiras à aplicação de medidas eficientes economicamente.

O Direito Penal e as políticas públicas criminais não podem se fundamentar exclusivamente em considerações de eficiência, do mesmo modo que não se pode excluir as análises de eficiência como instrumento de avaliação das políticas criminais. Cria-se, assim, um problema de conciliação entre o princípio da eficiência com as garantias constitucionais.

Esta é a posição de Alberto Binder, que defende especificamente esse equilíbrio:

Quem quiser construir um modelo processual deve responder ao duplo problema da eficiência e da garantia. Portanto, na construção desse modelo aparecerá um ponto de equilíbrio ou perfeição que se converte no ideal de sua

em um capitalismo neoliberal que não acredita na intervenção do Estado na economia como fundamental para a redução de desigualdades, recorrendo para o enfrentamento das desigualdades só pode se dar por meio da ameaça constante do encarceramento e do isolamento em massa de populações marginalizadas.” (Abromovay, 2010, p. 55)

construção e que consiste (em termos puramente formais) em uma máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana. (Binder, 2003, p. 32)

É claro que a pretensão do movimento “*law and economics*” de que o princípio da eficiência deve prevalecer diante de outros fins jurídico-políticos não é aceitável no nosso sistema, em face da limitação do princípio da dignidade pessoa humana, que a Constituição tem como um dos seus fundamentos.

Parece-nos que a posição conciliatória de Jesús-Maria Silva Sánchez seja a mais razoável, ao defender que o Direito Penal tem também a função de reduzir a própria violência do Estado, com o que também viabilizaria uma redução dos custos empregados, por sua vez, na neutralização do custo do delito:

Enfim, o princípio que sustento de maximização de prevenção e garantias – ainda que abrigue elementos de profunda tensão em seu seio, germen de sua própria evolução dialética – reflete uma clara argumentação em termos de custo/benefício e, também, o desejo de se ter um Direito Penal com o menor custo possível: eficiente ao máximo. (Sánchez, 2004, p. 57)

7. A Lei nº 12.258/2010

O sistema penitenciário brasileiro de há muito está em crise. Superlotação, falta de higiene nas carceragens, falta de recursos humanos, entre muitas outras constatações, tornam as condições de detenção em numerosas prisões e delegacias brasileiras como degradantes, insuscetíveis de cumprir um mínimo de ressocialização e punição. Essas constatações têm sido feitas por entidades insuspeitas como a Anistia Internacional, a Ordem dos Advogados do Brasil, Pastoral Carcerária e Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O relatório final da CPI Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, a corrupção, o crime organizado e suas ramificações nos presídios e de buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execuções Penais (CPI – Sistema Carcerário) de 2008, apontou essas e outras deficiências do sistema carcerário, chegou mesmo a concluir que:

Diante do inferno carcerário vigente no País; da crescente violência, notadamente nas regiões metropolitanas, em que as facções criminosas disputam com o Estado o controle de extensos territórios e em face da impunidade de setores minoritários da sociedade, tem-se por um instante a sensação de que não há soluções para o caos carcerário existente.

Muito embora ao final tenha o relator concluído no sentido de que:

acreditamos que com políticas econômicas viáveis, programas sociais efetivos; ações de prevenção e combate à criminalidade, governo e sociedade estarão caminhando a passo largos para FECHAR as portas de entrada no sistema carcerário.

O Conselho Nacional de Justiça, entre os anos de 2008 e 2011, percorreu diversos Estados do Brasil com o projeto Mutirão Carcerário, o que possibilitou emitir um diagnóstico do Sistema Penitenciário Brasileiro e das Varas Criminais e de Execução Penal, bem como promover a cidadania e disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva.

Foi nesse ambiente social que foi sancionada, com vetos, a Lei nº 12.258/2010, cujo inequívoco o intuito foi o de alongar os braços punitivos do Estado, ao prever o instrumento eletrônico como monitorador das saídas temporárias dos presos em regime semiaberto – art. 122, parágrafo único da LEP.

O projeto tal como foi aprovado pelo Congresso Nacional era muito mais abrangente, prevendo a utilização do monitoramento também nos casos de regime aberto. Coube ao Presidente da República vetá-lo parcialmente, excluindo o monitoramento para o regime aberto, para as penas restritivas de direito, para o livramento condicional e para a suspensão condicional da pena, ao fundamento de que

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

E mesmo quanto ao regime semiaberto não trouxe nenhum benefício ao preso, ao contrário, aumentou o rigor no cumprimento da pena, pois além do estigma que carrega consigo, do próprio processo penal e de suas passagens por cadeias e penitenciárias, levará em suas pernas uma tornozeleira.

Há de fato uma dissociação entre os objetivos do legislador e a realidade normativa veiculada na lei facilmente constatável, além disso, a realidade do sistema prisional não reclama um monitoramento eletrônico, outras prioridades podem ser enumeradas.

De qualquer modo, como já ressaltamos, a aprovação desse projeto de utilização do monitoramento eletrônico de presos em nosso sistema punitivo revela uma característica muito peculiar contemporaneidade que é a idéia de emergência, “entendida como uma situação excepcional a exigir uma resposta pronta e imediata, que deve durar enquanto o estado emergencial perdura” (VIEIRA, 2006, p. 31).

O Congresso Nacional ao aprovar leis que aumentam o poder punitivo, seja com o incremento de penas em abstrato, seja tornando o seu cumprimento mais gravoso, cede aos apelos de certo “*justiçamento*” por parte de parcela da população, refém de uma mentalidade autoritária, que vê na repressão e na punição máximas, a única resposta estatal à criminalidade:

Além da ampliação dos instrumentos jurídicos de controle da criminalidade, a resposta penal sofre mudanças também na sua área de atuação. Bens jurídicos emergentes, riscos penalmente relevantes e o suposto crescimento da criminalidade são citados para justificar, nos Estados Nacionais, processos legislativos que criam novos tipos penais (muitos deles de perigo abstrato) e endurecem o tratamento dado aos já existentes. Aliado a isso está, ainda, o abandono do discurso ressocializador da pena que abre espaço para a redução

de garantias e benefícios da execução penal, tornando-a, muitas vezes, um mero expediente administrativo e alargando também as possibilidades dos regimes de exceção, como, no caso brasileiro, o Regime disciplinar diferenciado (RDD). (Vieira, 2006, p. 31-2).

Essa ausência de reflexão causa diversas situações contraditórias, como no caso, pois utilizando-se do discurso da diminuição da população carcerária, para nela manter apenas aqueles presos mais perigosos, o objetivo alcançado foi o acréscimo de controle e do rigor punitivo.

De fato, estabelece o art. 146-B da LEP, com a redação dada pela nº 12.258/2010 que

O juiz poderá definir a fiscalização por meio de monitoração eletrônica quando:

(...)

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; e

IV - determinar a prisão domiciliar.

Não é difícil perceber que o real interesse não era estipular monitoramento para os casos de prisão domiciliar, pois estes, pela lei, só estão reservados para maiores de 70 anos, preso com doença grave, condenada gestante ou com filho menor ou deficiente físico ou mental, na forma do art. 117 da LEP.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Analizando as discussões e debates que nortearam a edição deste diploma no Congresso Nacional, o que parece realmente ter sido o real objetivo foi atingir os presos do regime aberto que, por ausência de casas do albergado, são mantidos em regime de prisão domiciliar, em face da orientação predominante dos tribunais, em particular do STF:

PRISÃO DOMICILIAR - CASA DO ALBERGADO INEXISTENTE OU IMPRÓPRIA. O rol normativo de situações viabilizadoras da prisão domiciliar não é exaustivo, cabendo observá-la, se houver falha do aparelho estatal quanto a requisitos a revelarem a casa do albergado. (STF, 1ª Turma, HC 95334, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio)

É que, conforme veremos em seguida, a inércia do Estado em dotar o sistema penitenciário dos estabelecimentos penais previstos na LEP, no caso, não pode ser atribuída ao apenado, o qual não tem culpa alguma pela omissão estatal.

É bem de ver que a casa do albergado é um local de reeducação do apenado. Prevê o art. 78 e 79 da LEP um papel importante do patronato público e privado na fase de transição do albergado para a liberdade:

Art. 78. O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (artigo 26).

Art. 79. Incumbe também ao Patronato:

I - orientar os condenados à pena restritiva de direitos;

- II - fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana;
- III - colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

8. A questão da prisão domiciliar quando não há vaga na casa do albergado

Em face da dura realidade das prisões brasileiras, diversos tribunais, a partir desse período, começaram a decidir no sentido da concessão de prisão domiciliar quando não haja vagas na casa do albergado - estabelecimento penitenciário destinado à execução do regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A medida a ser tomada, que também constitui uma escolha trágica, com os condenados que têm direito ao regime aberto pela progressão de regime prisional ou mesmo quando este regime foi o decretado inicialmente e não haja condições de alojá-los na casa do albergado, continua sendo tormentosa, por vários motivos.

Em primeiro lugar, prevê a Lei de Execução Penal que a casa de albergado deve ser posta em centros urbanos e não pode ter obstáculos para a fuga - art. 94 -, haja vista que o regime aberto é fundado no princípio da responsabilidade e da autodisciplina do condenado – cf. art. 36 do CPB.

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 serviços de fiscalização e orientação dos condenados. (art. 95 LEP)

Basicamente os tribunais adotaram duas posições antagônicas:

- o condenado deve aguardar, no regime semiaberto, fechado ou em cadeia pública, a vaga em casa de albergado; ou
- o condenado poderá cumprir o regime albergue em prisão domiciliar.

A primeira corrente afirma que não há outra saída ao Poder Público senão sacrificar o condenado, determinando que fique em condições mais rigorosas do que o estabelecido em lei. Argumenta, ainda, que a prisão domiciliar somente pode substituir o regime albergue em situações específicas, explicitadas no art. 117 da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84: doença grave, maior de 70 anos, condenada com filho menor ou gestante. Sendo estas circunstâncias taxativas.

Nesse sentido, posicionaram-se a maioria dos tribunais, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, HC n. 70.058-6:

O plenário desta Corte, ao julgar o Habeas Corpus nº 68.012, decidiu que “nada justifica, fora das hipóteses taxativamente previstas na Lei de Execução Penal (art. 117), a concessão de prisão albergue domiciliar, sob o fundamento de inexistência, no local de execução da pena, de casa do albergado ou de estabelecimento similar.”

A posição diametralmente oposta, ou seja, negando serem as condições descritas no art. 117 da LEP, *numerus clausus*, e, ainda, que é possível conceder a prisão domiciliar o Superior Tribunal de Justiça, RHC n. 16649:

Inexistindo vaga em Casa de Albergado, o cumprimento da pena em estabelecimento destinado a condenados submetidos a regime mais rigoroso configura manifesto constrangimento ilegal. 2. Impõe-se a possibilidade de que o sentenciado a que foi determinado o regime aberto cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento próprio. 3. Recurso provido.

Há mesmo precedente do STJ reconhecendo a possibilidade de concessão da prisão domiciliar, quando inexistente a vaga na casa do albergado, para condenado cumprindo pena no regime semiaberto, Resp 574511/SP:

A inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena permite ao condenado a possibilidade de ser encaminhado a outro regime mais brando, até que solvida a pendência. Se, por culpa do Estado, o condenado não vem cumprindo a pena no regime fixado na decisão judicial (semiaberto), está caracterizado o constrangimento ilegal. Recurso especial DESPROVIDO.

Como adiantamos, esse conflito de entendimentos jurisprudenciais denuncia um estado de tensão entre os princípios da segurança pública e os direitos e garantias assegurados pela Constituição e pela LEP. Na realidade, poderíamos reduzir a controvérsia entre aqueles que consideram o condenado um objeto da execução criminal e aqueles outros que reconhecem eles como sujeitos de direitos.

De fato, quando decisões judiciais determinam que um preso deva ficar em um regime mais gravoso do que aquele que ele merece, em razão da inexistência de vaga em casas de albergado, não está, em última análise, reconhecendo o recluso como sujeito de direitos.

E veja-se que não se pode afirmar que haja uma hierarquia entre princípios da segurança e garantias aos presos, privilegiando-se os primeiros por serem de natureza pública, enquanto os segundos teriam um caráter individual tal como defendeu o relator do HC 75.299-3, no STF:

O Supremo Tribunal já firmou entendimento de que a inexistência de estabelecimento adequado ao regime aberto não autoriza a aplicação da prisão domiciliar, em face da prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Assim, a prisão domiciliar só tem cabimento nas hipóteses do art. 117 da LEP. Precedentes: HC 68118 e 72.997, entre outros. Denego a Ordem

É que se trata de dois princípios de mesma hierarquia, não se pode privilegiar o princípio da segurança em detrimento das garantias individuais dos encarcerados, a não ser que se considere, contra a própria letra da Constituição, que a eles falta um atributo para serem merecedores da dignidade humana e dos princípios e garantias individuais, seriam um inimigo.

Esta questão foi objeto de deliberação pelo STF, em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário nº 641.320, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, no qual o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul questiona

decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado que concedeu prisão domiciliar a um condenado porque não havia vaga em estabelecimento para que cumprisse pena em regime semiaberto. Nos dias 27 e 28/5/2013 houve Audiência Pública naquela Corte, na qual se manifestaram diversas entidades envolvidas com a execução penal brasileira, inclusive com relatos emocionantes das condições carcerárias. Como foi o caso do depoimento do Juiz das Execuções Penais de Porto Alegre – RS, Dr. Sidinei José Brzuzka.

Segundo ele, a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos e equiparados pelo STF produziu imediato déficit de vagas no regime semiaberto. Isto é, o reconhecimento de um direito gerou um impacto até então impensado. Para administrar a questão, ele relatou ter mantido, no regime fechado, os presos com direito ao regime semiaberto. Dessa maneira, a consequência foi trágica – as “facções de presos” passaram a controlar o sistema de progressão de regime. Quando precisavam que um de seus membros progredisse, ordenavam a presos do regime semiaberto que não eram da “facção” que deixassem de retornar para serem recolhidos após saídas autorizadas. Com isso, passaram a dispor das vagas, como se fossem de sua propriedade. E concluiu, “o Estado perdeu por completo o controle do sistema.”¹⁵

No recurso extraordinário, alegou o MP-RS que a decisão ofende o princípio da individualização da pena, na medida em que “padroniza as penas e iguala os desiguais”, e alega que o regime aberto foi decretado de “forma genérica e abstrata”, sem a análise das particularidades do caso. Por outro lado, a Defensoria Pública pede a edição de uma súmula vinculante (PSV 57) que permita o cumprimento de pena em regime menos severo diante da falta de vagas no regime semiaberto.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão Plenária de 11/5/2016, acabou por definir a questão, assentando, por maioria e nos termos do voto do Relator:

“apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto, vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Em seguida, o Tribunal, apreciando o tema 423 da repercussão geral, fixou tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

¹⁵ Esse resumo extraído de anotações da audiência, também podem ser consultados no Relatório do ministro Gilmar Mendes do RE 641.320 – RS, disponível em «<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/report-105.pdf>» último acesso 5/6/2016.

Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 11.05.2016.

9. A solução eletrônica de monitoramento de presos

A monitoração eletrônica de presos constitui a última aplicação da tecnologia no sistema punitivo no Brasil, muito embora existente nos EUA há vários anos. Segundo relata Fábio André Silva Reis,

as primeiras pesquisas sobre a aplicação do monitoramento eletrônico em prisioneiros surgiram nos anos 60 com os estudos do pesquisador estadunidense Robert Schwitzgebel. A sua efetiva aplicação em seres humanos começa no início da década de 80 nos Estados Unidos da América (EUA) e no ano de 1989 na Inglaterra. Atualmente, milhares de prisioneiros são monitorados eletronicamente ao redor do mundo, principalmente nos EUA e na União Européia. De acordo com o relatório do III Workshop sobre MEP na Europa, em março de 2003, aproximadamente 9.200 participantes eram incluídos diariamente em programas de MEP na Europa (CEP WORKSHOP, 2003).” (Reis, 2004)

O uso crescente do monitoramento eletrônico de presos justifica-se pelas vantagens que proporciona em relação ao encarceramento, uma vez que o indivíduo pode retornar ao seio familiar e comunitário e, também, como medida menos onerosa frente ao elevado custo de manutenção das prisões tradicionais. Além disso, a perspectiva gerencialista, a lógica do livre mercado, a chamada revolução da informação, bem como a falta de análise crítica sobre o mito da tecnologia como elemento de superação dos problemas sociais (REIS, 2004, p. 2).

Temos uma relutância radical em relação à adoção acrítica de “*soluções*” principalmente tecnológicas para resolver históricos problemas sociais. A adesão entusiasta do monitoramento eletrônico de presos entre os governantes brasileiros bem justifica essa precaução.

De fato, como sugere Reis o uso desmedido dessa tecnologia no monitoramento de presos

parece estar, nos dizeres de Cohen, cumprindo o seu papel como domador das demandas econômicas e políticas das classes sociais (1977: 219), atualizando modelos antigos de controle social sem alterar a sua lógica de funcionamento, em lugar de promover soluções genuínas, não excludentes para a crise do encarceramento, além de desviar nossa atenção dos assuntos estruturais de maior importância. (Reis, 2004)

Essa advertência se torna extremamente importante, particularmente no nosso contexto periférico e em razão das enormes deficiências estruturais de que somos estruturalmente portadores.

Numa análise inicial dessa tecnologia podemos antever várias consequências do seu uso, como pode ser exemplificado na perda de privacidade dos indivíduos sujeitos a monitoramento, não que essa privacidade exista nas prisões e penitenciárias brasileiras, mas a ampliação desse monitoramento no âmbito familiar é que nos parece ser o problema; bem

assim a inequívoca substituição indevida das políticas públicas de prestação de serviços à comunidade, além do não atendimento à totalidade da população carcerária.

Sopesando essas possíveis consequências com a realidade prisional brasileira, podemos concluir no sentido da utilização do monitoramento eletrônico de presos. É que ao analisar os dados do Sistema de Informações Penitenciárias – INFOPEN, somos confrontados com dados alarmantes, existem atualmente no Brasil aproximadamente 420.000 (quatrocentos e vinte mil) presos e apenas 290.000 (duzentos e noventa mil) vagas no sistema penitenciário nacional. Além disso, estima-se que existam mais de 300.000 (trezentos mil) mandados de prisão a serem cumpridos. (www.infopen.gov.br/ e Mariath, 2013)

Embora a obtenção de informações sobre o custo do encarceramento de presos no Brasil seja algo difícil e mesmo inexistente em alguns casos, apurou a CPI do sistema carcerário que:

Em suas diligências, esta CPI constatou disparidade no custo do preso em diferentes estados, com variações entre R\$ 500,00 e R\$ 1.700,00 por mês. Para o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) é de R\$ 1.300,00 o custo médio mensal de cada preso em presídios comuns e de R\$ 4.500,00 nos presídios de segurança máxima. (CPI Sistema Carcerário, 2009, p. 364)

No Rio Grande do Sul, o Governo do Estado informou que o custo ao Estado é de R\$ 260,00 por mês para cada apenado, sendo que no regime tradicional, o valor é, em média, R\$ 900,00, bem como que o *“investimento para 2013 é de R\$ 2,5 milhões, e a intenção é que, até o final do ano, mil tornozeleiras sejam implantadas.”* Disp. em <http://www.casacivil.rs.gov.br/>

Numa análise econômica desses dados, dispensável inclusive a criação de um modelo específico, fica evidente que a relação custo - benefício pende para a utilização das tornozeleiras eletrônicas. De resto, a tendência é que haja uma diminuição cada vez maior no custo, seja de fabricação, seja de manutenção do sistema. Há inclusive empresas nacionais fabricando tornozeleiras, como é o caso da Insiel Sat, “primeira no Brasil a criar a **Tornozeleira Eletrônica** contendo uma única peça, ou seja, o apenado tem apenas um sistema interligado ao seu corpo”, sendo que a tecnologia envolvida é 100% brasileira e foi desenvolvida na Universidade Federal da Paraíba, em Campina Grande, como informa no seu site.

Defendem seus criados que ela foi criada para se ter um controle efetivo sobre a monitoração diária do indivíduo sob vigilância. Dizem os autores ainda, que a *“tornozeleira eletrônica”* possui sensores de impacto e vibração que detectam a tentativa de violação, além de ser resistente à água e pesar menos de 150g. Controlada por canal GPS, a **Tornozeleira Eletrônica** permite:

- Monitoramento on-line dos trajetos realizados;
 - Integração com o canal de rastreamento das viaturas policiais;
 - Elaboração de relatórios de ocorrências;
 - Restrição de áreas e perímetros a serem utilizados pelo preso;
 - Utilização em prisão domiciliar, por ter a durabilidade da bateria de até seis meses e;
 - Integração com a base de dados do Sistema de CFTV.”
- E concluem “bom para o apenado, excelente para a sociedade.”

Num cálculo eficientista, não resta dúvida de que a utilização do monitoramento eletrônico poderá haver uma redução dos custos diretos e indiretos com o encarceramento dos

presos, e um efetivo controle sobre eles, podendo contribuir para sua harmônica integração social do condenado e do internado, conforme prevê o art. 1º da LEP.

A implementação desse sistema reduz o impacto negativo de um encarceramento desnecessário, não deixando que detentos com penas leves permaneçam em contato com os considerados perigosos.

10. A vida imita a arte?

Quando o Presidente da República sancionou o projeto que viria se tornar a Lei nº 12.258/2010, veio a lembrança do filme de ficção científica *Aliança Mortal* (originalmente *Wedlock*) de 1991, dirigido por Lewis Teague, e, também, da célebre afirmação de Oscar Wilde: “*life imitates art far more than art imitates life.*” (WILDE, 1905, p.9)

É que, nesta ficção, é narrada a história de Frank Warren (Rutger Hauer) um ladrão de diamantes que foi sentenciado a 12 anos de prisão numa prisão experimental, de segurança máxima, que tinha a peculiaridade de cada preso receber um colar contendo um dispositivo eletrônico com explosivos, conectado a outro preso, desconhecido de ambos, de modo que ao se afastarem um do outro mais de 100 jardas (mais ou menos 12 metros) os colares de ambos os presos explodem.

Na fictícia penitenciária não há muros e, pelas mesmas óbvias razões, não há fugas, exceto nos pouquíssimos casos em que os próprios detentos testam dispositivos criados por eles mesmos visando inutilmente anular o colar eletrônico.

Claro que a nossa realidade é bem diferente, pois vivemos num estado democrático de direito, onde há uma Constituição com amplos direitos e garantias individuais, que não só amparam os presos como lhes garantem um mínimo de dignidade na execução da pena.

Não deixa de ser problemática, entretanto, a discussão dos limites dessa dignidade. Se hoje podemos utilizar as tornozeleiras eletrônicas, pelo aperfeiçoamento ininterrupto da tecnologia, podemos antever a utilização de dispositivos digitais bem mais eficazes e baratos, pois nesse campo – as inovações tecnológicas –, a lógica é outra:

O impulso fundamental que inicia e mantém o movimento da máquina capitalista decorre de novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria (...) A abertura de novos mercados — estrangeiros ou domésticos — e o desenvolvimento organizacional, da oficina artesanal aos conglomerados (...) ilustram o mesmo processo de mutação industrial (...) que incessantemente revoluciona a estrutura econômica a partir de dentro, incessantemente destruindo a velha, incessantemente criando uma nova. Esse processo de Destruição Criativa é o fato essencial do capitalismo. É nisso que consiste o capitalismo e é aí que têm de viver todas as empresas capitalistas. (Schumpeter, 1984, pp. 112-113)

Assim, não tendo balizas sólidas, limites intransponíveis para garantia da dignidade humana, obedecendo-se exclusivamente à lógica do mercado e, portanto, a raciocínios de eficiência econômica, não resta dúvida que se abre um vasto campo para a aplicação da criatividade punitiva, com seus maravilhosos instrumentos de terror.

11. Conclusão

A busca da eficiência nem sempre resulta em soluções anti-éticas ou violadoras de direitos fundamentais. O ideal seria que este estado de tensão fosse diluído de modo que o ponto de equilíbrio entre o nível máximo de eficiência com o sacrifício mínimo de direitos dos presos.

O ideal para a segurança é o investimento no sistema penitenciário sem o sacrifício de garantias fundamentais. As inovações tecnológicas devem ser incorporadas ao sistema punitivo, desde que os limites materiais de proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais sejam respeitados.

A dignidade humana não pode ser subordinada a raciocínios eficientistas exclusivamente. Há necessidade de sua realização progressiva. De maneira que a utilização de instrumentos de monitoramento eletrônico deve se compatibilizar com essa diretriz constitucional, o que só trará benefícios para a sociedade.

Além do mais, o uso de monitoramento eletrônico não pode ser uma anestesia das demandas econômicas e sociais de amplos setores excluídos da sociedade, desviando, ainda, o olhar para a resposta mais eficaz para o problema da criminalidade “que é a democracia real, porque nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, de salário digno, de moradia, de saúde e, especialmente, de escolarização em massa da população, única riqueza do Estado como organização política do poder soberano do povo.” (Santos, 2007, p. 118).

Assim, o monitoramento eletrônico de presos poderá aliviar o quadro do sistema carcerário, entretanto, as inovações tecnológicas são criadas dentro de contextos sociais específicos, axiologicamente comprometidas, ilusória é suposição da neutralidade tecnológica bem como a presunção de que a ciência e a tecnologia são remédios para todos os males sociais da modernidade.

Referências Bibliográficas

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2001.
- _____, Prefácio à obra de DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial – a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena. In: BITTAR, Walter Barbosa. (Coord.). *A criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2007.
- BINDER, Alberto M.. *Introdução ao Direito Processual Penal*. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

- BITTAR, Walter Barbosa. (Coord.). *A criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2007.
- CALABRESI, Guido & BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resoucers*. New York: WW Norton & Company.
- CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da Pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. In: CARVALHO, Salo. (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: VIEIRA, Pedro. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 85-101.
- _____, *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- _____, *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. Editora Revan. 2005.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização – Sociedade de risco e o futuro do Direito Penal – Panorâmicas de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina. 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 4ª Ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes. 1986.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society. A study in social theory*. Chicago: The University of Chicago Press. 1990.
- GUIVANT, J. S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*, n. 16, abr. 2001, p. 95-112.
- GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Editorial Presença. 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006 . Disp.: «<http://jus.com.br/artigos/8334>». Último acesso 5/12/2015.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva. 1998.
- MARIATH, Carlos Roberto. *Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada*. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...0D4F...> Último aceso 10-8-13.
- OMNÈS, Roland. *Filosofia da Ciência Contemporânea*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editota UNESP. 1996.
- WILDE, Oscar. *The Decay of Lying*. New York: Brentano's, 1905.
- REIS, Fabio A. S. *Monitoramento Eletrônico de Prisioneiros: breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca*. In: III Congresso Internacional de Direito e Tecnologias da Informação. Anais do III CIBERCON. Salvador: IBDI. 2004. Disponível em: «<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/cibercon.pdf>». Último acesso 5/12/2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia e Política Criminal*. In: BITTAR, Walter Barbosa. (Coord.). *A Criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora. 2007.
- _____, *Manual de Direito Penal - Parte Geral - 2ª Ed*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2012.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal. Vol. 11. São Paulo: Manole. 2004.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 78, p.29-35, abril/maio, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.