

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

THAINÁ RODRIGUES VIEIRA

**O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS COMO ALTERNATIVA
AOS REGIMES ABERTO E SEMIABERTO: UMA POSSIBILIDADE FRENTE
AO DÉFICIT DE VAGAS DO SISTEMA**

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

THAINÁ RODRIGUES VIEIRA

**O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS COMO ALTERNATIVA
AOS REGIMES ABERTO E SEMIABERTO: UMA POSSIBILIDADE FRENTE
AO DÉFICIT DE VAGAS DO SISTEMA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo

Porto Alegre

2021

**NADA A OPOR
EM 12/05/2021**

Neu Jori Lucasmulti

THAINÁ RODRIGUES VIEIRA

**O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS COMO ALTERNATIVA
AOS REGIMES ABERTO E SEMIABERTO: UMA POSSIBILIDADE FRENTE
AO DÉFICIT DE VAGAS DO SISTEMA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.

Aprovada em: 12 / 03 / 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo (orientador) – PUC/RS

Prof.^a Dra. Vanessa Chiari Gonçalves (avaliadora) – UFRGS

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza (avaliador) – PUC/RS

Porto Alegre

2021

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Juleide Dal Castel e Paulo Rodrigues,
meus maiores orientadores na vida,
e à minha irmã, Ana Paula,
que esteve ao meu lado durante o árduo
ano de 2020 e me estimulou com
palavras de persistência, para que o
sonho do Mestrado se tornasse
realidade.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por iluminar meu caminho durante a realização desta pesquisa. A fé que tenho no Senhor foi combustível para determinação, persistência, foco e paciência.

À minha família, por todo o carinho, amor e força. Sou grata especialmente aos meus pais, Juleide e Paulo, que tanto lutaram pela minha educação e nunca deixaram de estimular meu crescimento como pessoa e como profissional, e à minha irmã caçula, *Aninha*, que tanto me ouviu e me ajudou nos momentos de quase desistência.

Ao Mestre Marcelo Ruivo, grande professor e orientador, pela incansável dedicação e por ter acreditado no potencial desta pesquisa, por mais inconsistente que pudesse parecer inicialmente. Obrigada por me amparar nos momentos de maior tensão, como frente à Banca de Qualificação do Projeto de Pesquisa.

Aos Professores do curso, especialmente Nereu José Giacomolli, Aury Lopes Jr., Paulo Vinicius Sporleder de Souza e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, os quais, cada um à sua maneira, repassaram o caminho e o suporte necessários para o desenvolvimento deste trabalho, com seus discursos de força e inigualável perspicácia.

À equipe da biblioteca e ao acervo como um todo, pois este conjunto foi essencial para que este trabalho se tornasse mais acessível e palpável. Inclusive, o agradecimento é especialmente relevante neste período 2020-2021, devido ao esforço necessário por todos para que as pesquisas não fossem interrompidas por completo, considerando a instabilidade mundial causada pela pandemia da Covid-19.

À coordenação e à secretaria do curso, que tiveram papéis importantes na realização desta dissertação.

E, por fim, aos meus colegas e amigos de turma, em especial à Anna Ortiz, que não só incentivou meu ingresso no Programa de Pós-Graduação, como também me acalmou nos momentos de incertezas e inseguranças. Muito obrigada!

Quando vou a um País, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte. (Barão de Montesquieu)

RESUMO

O presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa de Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, do PPGCrim da PUCRS, volta-se para a prática do Monitoramento Eletrônico na Justiça Criminal e baseia-se na aplicação do instrumento no Brasil e no mundo, tendo como objetivo geral investigar a possibilidade de aplicá-lo como pena alternativa aos regimes aberto e semiaberto. Tal enfoque justifica-se pelo cenário carcerário atual, pelas falhas operacionais que contribuem para o déficit de vagas nos regimes de execução de pena adequados e pela baixa efetividade dos princípios da Lei de Execução Penal, especialmente no que se refere à dignidade do preso e ao seu processo de reintegração social. Em formato monográfico, a pesquisa é iniciada com as diversas teorias da pena, rebatendo posicionamentos sobre as finalidades da punição e ressaltando o significado da moderna Teoria Quadripartida da Pena. Assim, debruça-se nos ideais de ressocialização, realizando um paradoxo entre a configuração da retribuição e da prevenção especial positiva e a realidade observada pelos egressos do sistema. É, portanto, uma pesquisa interdisciplinar, delineada a partir da verificação político-criminal sobre a crise que atravessa o sistema prisional, sobretudo no que se refere à falta de vagas para a progressão de regimes, e sobre os efeitos resultantes do cárcere, para os quais são necessários ajustes ou alternativas urgentes. Neste viés, a presente dissertação pretende configurar-se como ponto de partida para a demonstração da viabilidade legal da ampliação ou alteração dos cenários permitidos para o Monitoramento Eletrônico no Brasil, sendo encerrada com uma análise político-criminal de proposta de *lege ferenda* da legislação atual, após aferição de eventual inserção de incisos específicos na Lei nº 7.210/84. Importante esclarecer que a sugestão está respaldada no sistema de garantias do ordenamento jurídico e pretende interpretação favorável para que se veja substituída a ideia do cárcere quando não absolutamente necessária.

Palavras-chave: Monitoramento Eletrônico. Pena alternativa. Déficit de vagas. Ressocialização. Direito Comparado. Proposta de *lege ferenda*.

RESUMEN

El presente trabajo, vinculado a la línea de investigación de Sistemas Jurídicos y Penales Contemporáneos, del PPGCrim de la PUCRS, se centra en la práctica del Monitoreo Electrónico en Justicia Penal y se basa en la aplicación del instrumento en Brasil y en el mundo, con la Objetivo de general investigar la posibilidad de aplicarlo como sanción alternativa a los regímenes abiertos y semiabiertos. Tal enfoque se justifica por el escenario carcelario actual, por las fallas operativas que contribuyen al déficit de vacantes en los sistemas de ejecución de sentencias adecuadas y por la baja efectividad de los principios de la Ley de Ejecución Penal, especialmente en lo que se refiere a la dignidad del preso y su proceso de reinserción social. En formato monográfico, la investigación comienza con las diversas teorías del castigo, refutando posiciones sobre los propósitos del castigo y enfatizando el significado de la moderna Teoría Cuatripartita de la Pena. Así, se centra en los ideales de resocialización, creando una paradoja entre la configuración de retribución y prevención positiva especial y la realidad observada por los egresados del sistema. Se trata, por tanto, de una investigación interdisciplinaria, esbozada a partir de la verificación político-penal sobre la crisis que atraviesa el sistema penitenciario, especialmente en lo que respecta a la falta de vacantes para la progresión de los regímenes, y sobre los efectos resultantes de la prisión, para qué ajustes o alternativas urgentes se necesitan. En esta línea, esta disertación pretende configurarse como un punto de partida para demostrar la viabilidad legal de ampliar o cambiar los escenarios permitidos para el Monitoreo Electrónico en Brasil, finalizando con un análisis político-criminal de la propuesta de legislación vigente, luego de evaluar las posibles inserción de elementos específicos en la Ley N ° 7.210 / 84. Es importante aclarar que la sugerencia se sustenta en el sistema de garantías del ordenamiento jurídico y busca una interpretación favorable para que se sustituya la idea de prisión cuando no sea absolutamente necesario.

Palabras clave: Monitoreo electrónico de presos. Sanción alternativa. Déficit de vacantes. Resocialización. Ley comparativa. Propuesta de lege ferenda.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

EUA – Estados Unidos da América

FBI – *Federal Bureau of Investigation* / Departamento Federal de Investigação

GPS – *Global Positioning System* / Sistema de posicionamento global

LEP – Lei de Execução Penal

ONU – Organização das Nações Unidas

PPL – Pena Privativa de Liberdade

SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

SNEEP – Sistema Nacional de Estatísticas de Execução da Pena

UME – Unidade de Monitoramento Eletrônico

VEC – Vara de Execução Criminal

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 TEORIA DA PENA | 14 |
| 1. Imprecisão dos elementos da teoria da pena | 21 |
| 1.1 A tradicional divisão da teoria da pena | 27 |
| 1.1.2 A finalidade como critério de diferenciação entre as teorias absoluta e relativa da pena | 32 |
| 2. Teoria quadripartida da pena | 49 |
| 2.1 Fundamento da pena: o porquê punir | 53 |
| 2.2 Finalidade da pena: o para que punir | 54 |
| 2.3 Tipo de pena: o como punir | 54 |
| 2.4 Punibilidade: o quando punir | 60 |
| 2 TIPOS DE PENA (COMO PUNIR) E MONITORAMENTO ELETRÔNICO | 62 |
| 1. Pena privativa de liberdade e sistema carcerário brasileiro: a realidade prisional e os efeitos do encarceramento | 62 |
| 1.1 Principiologia da pena | 71 |
| 1.1.1 Princípio da Personalidade | 73 |
| 1.1.2 Princípio da Legalidade (ou Anterioridade) | 74 |
| 1.1.3 Princípio da Proporcionalidade | 75 |
| 1.1.4 Princípio da Igualdade | 79 |
| 1.1.5 Princípio da Individualização da pena | 80 |
| 1.1.6 Princípio da Dignidade humana (ou princípio da humanidade) | 81 |
| 2. Sistema progressivo de pena | 84 |
| 2.1 Estabelecimentos prisionais, Súmula Vinculante nº 56 do STF e parâmetros do RE 641.320/RS | 85 |
| 2.2 O retorno do egresso ao convívio social e a nova fase segregatória | 92 |
| 3 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO ESPÉCIE DE PENA | 99 |
| 1. O instrumento no direito brasileiro (Leis 12.258/2010 e 11.403/2011) | 101 |
| 1.1 Histórico gaúcho (VEC de Porto Alegre/RS) | 108 |
| 2. O instrumento no cenário jurídico internacional | 111 |
| 2.1 Estados Unidos da América | 113 |
| 2.2 Argentina | 121 |
| 2.3 Espanha | 130 |
| 2.4 Portugal | 135 |
| 3. Monitoramento eletrônico como espécie de pena alternativa à prisão frente à ineficácia prática do cárcere no que toca às finalidades preventivas da pena | 139 |
| 3.1 A monitoração eletrônica como pena alternativa aos regimes aberto e semiaberto | 141 |

| | |
|--|-----|
| 4. Proposta de <i>lege ferenda</i> | 147 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 149 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 157 |
| ANEXOS | 170 |

INTRODUÇÃO

No atual sistema punitivo brasileiro, a concretização das finalidades da pena se vê prorrogada diante das falhas operacionais observadas diariamente na prática criminal. Tal problemática liga-se à precariedade dos presídios e dos efeitos consequentes. Diante disto, esta pesquisa dedica-se à exposição de tais circunstâncias e ao desenvolvimento de hipóteses sobre possíveis alternativas para resolver ou amenizar o problema, por meio da aplicação do Monitoramento Eletrônico de presos.

Trata-se, portanto, de dissertação de mestrado, cuja área de concentração é a de Sistema Penal e Violência, que segue a linha de pesquisa dos Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É, por conseguinte, um trabalho monográfico desenvolvido com base em teorias penais consagradas, legislações nacionais e internacionais, artigos científicos e periódicos, em observância às técnicas de pesquisa bibliográfica e de direito comparado. Cuida-se de trabalho orientado academicamente, cujo olhar está voltado para a prática da Justiça Criminal.

Toda a exposição possui como tema a possibilidade de aplicação do Monitoramento Eletrônico de presos como pena alternativa à prisão, na busca por uma maior efetividade prática dos objetivos e princípios da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). Por ser bastante amplo, o assunto carece de delimitação, motivo pelo qual optou-se pelos seguintes problemas de pesquisa: “O monitoramento eletrônico pode ser uma alternativa viável à pena de prisão para os presos do regime aberto e semiaberto, devido à falta de vagas? Quais os possíveis efeitos da mudança?”. Sendo assim, em conformidade com o método de abordagem hipotético-dedutivo, foram levantadas hipóteses para os problemas de pesquisa mencionados, em destaque a seguir.

Para a primeira questão, a hipótese seria “não”, tendo em vista que, com a aplicação ampliada do Monitoramento Eletrônico de presos (isto é, nas situações não englobadas nas Leis nº 12.258/2010 e nº 12.403/2011), estar-se-ia ferindo o princípio da legalidade, uma vez inexistente previsão legal sobre a alternativa. Para a segunda questão – quanto aos possíveis efeitos da alteração legislativa –, hipoteticamente estes seriam: 1. a redução da população carcerária, o que poderia propiciar um melhor ajuste das vagas para o correto cumprimento dos regimes; 2. uma maior diligência no processo

de ressocialização/reintegração social, tendo em vista o mantimento do contato entre o preso e o mundo extramuros; e 3. a melhoria nos graus de não reincidência, pois a tendência seria o menor contato do preso com o ambiente carcerário e com os indivíduos que lá encontram-se pela prática de crimes mais graves e/ou reiterados.

Nesta perspectiva, além da expectativa de se verem respondidos os problemas de pesquisa levantados, objetiva-se com este trabalho a verificação dos elementos da teoria da pena e o modo como são replicados na prática criminal; a exploração dos tipos penais existentes na legislação brasileira, apresentando a ideia do “como punir” como cerne da pesquisa; a análise das legislações nacionais e internacionais que tratam do tema, de maneira a possibilitar comparações e inspirações, estas últimas podendo ser interpretadas e utilizadas para uma proposta de *lege ferenda* sobre o tema. Toda a exposição monográfica, importa destacar, segue pelo método de abordagem hipotético-dedutivo e observa as técnicas de pesquisa bibliográfica (livros, artigos e periódicos) e documental (textos legais). E, para finalizar, cabe referir que a estruturação espaço-temporal comporta em três capítulos, como uma espécie de escada expositiva e argumentativa de teorias, elementos, realidades e possíveis efeitos.

O primeiro capítulo trata das diversas teorias da pena e foi assim designado para servir de base para a compreensão dos outros dois, pois logo no início expõe a importância da dogmática jurídica, especialmente na prática punitiva. Nesse capítulo, são apresentados elementos, definições e variações da teoria da pena, sobretudo no que se refere aos significados das palavras função e finalidade da punição, de acordo com cada autor. Também é ponto de destaque a obsoleta dualidade entre teoria da retribuição e teoria da prevenção, tendo em vista a disfunção causada pela divisão tão marcada, cabendo à moderna teoria quadripartida da pena desmontar os paralelismos intrincados daquelas, a partir da apresentação de quatro enfoques necessários para a melhor compreensão e aplicação da pena.

O segundo capítulo trata dos tipos penais existentes na legislação atual, dando seguimento prático ao terceiro elemento da teoria quadripartida da pena (tipo penal/como punir), e evoluirá para os efeitos do encarceramento e dos princípios constitucionais envolvidos e/ou afetados com isso. Também abordará sobre a Súmula Vinculante nº 56, do STF, que se interliga, cada vez mais, com a Execução Penal e com o teórico Sistema Progressivo de Pena, tendo em vista as frequentes faltas de vagas nos

regimes correspondentes. Para finalizar, entrarão em pauta as dificuldades de reinserção social dos egressos criminais após o cumprimento da pena de prisão comum, situação interpretada como uma nova fase segregatória. Assim, trata-se de capítulo com conteúdo essencial para o melhor desenvolvimento das possibilidades destacadas sobre o Monitoramento Eletrônico.

O terceiro capítulo apresenta as previsões legais de aplicação do Monitoramento Eletrônico no Brasil e faz uma exposição dos estudos sobre a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais realizados nas Varas de Execução Criminal de Porto Alegre/RS, devido ao importante papel do Monitoramento Eletrônico nos casos utilizados no levantamento. Nesse capítulo, também são apresentadas as informações obtidas a partir do estudo de Direito Comparados realizado sobre os Estados Unidos da América, a Argentina, a Espanha e Portugal sobre os mecanismos de vigilância eletrônica aplicados no âmbito de cumprimento de penas. Ao final, é apresentada uma proposta de *lege ferenda* para a ampliação nas possibilidades de monitoração no País, que conta com as devidas observações e os limites e os princípios respectivos.

Diante do exposto, a presente exposição aponta para a importância das novas tecnologias em todas as esferas sociais – leia-se, aqui, vigilância ou monitoramento eletrônico. Assim, dentre outros pontos, busca-se demonstrar a inteligência e as centrais de controle por detrás do mecanismo de monitoramento, de maneira a propiciar um panorama sobre o seu real potencial, inclusive desmitificando alguns estigmas vinculados ao sistema, tendo em vista que, atualmente, a técnica de GPS (*Global Positioning System*) já permite que dispositivos pequenos e imperceptíveis sejam utilizados na localização de coisas e pessoas. Isto é algo relevante de ser mencionado, uma vez sendo o princípio da dignidade humana o mais essencial no processo de humanização da pena e de ressocialização do homem, sendo esta busca por uma maior efetivação do princípio que instigou o *start* da presente pesquisa.

1 TEORIA DA PENA

Neste trabalho, um dos pontos de apreciação é a dogmática penal – devido ao estudo basilar da teoria da pena presente nele. Contudo, trata-se de um assunto que, de antemão, avisamos ser necessário tomar cuidado quanto ao seu significado.¹ Isto, porque a palavra *dogma* deriva do grego e simboliza a “opinião criada por decreto e ensinada sem contestação”.² Deste modo, dogmatismo seria uma espécie de comportamento passivo sobre determinado fato ou realidade já concluídos. No entanto, tratando-se da dogmática jurídica, sabe-se que esta, normalmente, impõe contestações ou críticas balizadas por previsões constitucionais.³

Neste sentido, o alerta que se faz sobre a necessidade de revisão do papel da dogmática penal ultrapassa décadas.⁴ O motivo está no que se poderia chamar de “autismo metodológico”,⁵ devido à ausência de intercâmbios informacionais das doutrinas penais com os demais saberes, dentre eles o da Criminologia e da Sociologia do Direito.⁶ Especificamente sobre o papel da criminologia, deve-se ter cautela ao aplicá-lo de modo universal.⁷ De acordo com a doutrina existente sobre o tema, subsistem realidades completamente distintas, para as quais acabou-se criando e

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli.; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4

² CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000. p. 53

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 18

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19

⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 2. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 45-46

⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 2. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 45-46

⁷ Rosa Del Olmo defende a importância de conhecermos a história por trás das técnicas punitivas aplicadas hoje. Ela expõe seus argumentos apresentando o que chama de “paradigma geral dominante” (criminologia europeia) versus a realidade local latino-americana, afirmando que: “[...] existe um paradigma geral dominante, um meio social que o cria e utilizada e uma realidade latino-americana à qual esse paradigma é aplicado, porque a comunidade científica está comprometida com esse paradigma e não com sua realidade local. Distribui ferramentas conceituais inadequadas, afastando-se da percepção da realidade. Assim, a criminologia é produto e instrumento da dependência externa e se encontra cada vez mais imbricada nas estruturas políticas que carecem de legitimidade”. (DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p. 291 e 297).

aplicando “ferramentas conceituais inadequadas”,⁸ devido ao paradigma geral dominante que atua sobre a realidade do sistema penal.⁹

Tanto o conteúdo quanto a função da sanção necessitam ser verificados partindo do pressuposto de existência de ordem e compreensão que lhes dão significado. A referida ordem nada mais é do que o modo pelo qual o Estado se justifica e se preserva. No que se refere ao significado ou sentido dessa legitimação da ordem, por sua vez, temos a pena. A semelhança sobre a pena, sempre verificável nos mais variados ordenamentos jurídicos, é, em suma, a reação ante uma ação delituosa que não observou o disposto em lei – tal reação encaminha-se de acordo com o bem danificado pelo infrator.¹⁰ Nesta perspectiva, a característica do direito penal é justamente esta: sancionar, a partir da determinação de valores de bens protegidos, com restrições coercitivas.¹¹

Com isso, costuma-se afirmar que o ato criminoso,¹² por ser considerado um mal, deve obter como resposta outro mal. Entretanto, este pensar não pode servir necessariamente de base para definir a pena como um mal recuperador do mal causado pelo delito.¹³ Assim sendo, o referido não passaria de um ato impensado e o propósito de se praticar um mal em troca de outro seria visto apenas como algo superficial. É preciso considerar que “la pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la

⁸ DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p. 297

⁹ Para Rosa Del Olmo, a criminologia latino-americana necessita desvencilhar-se do paradigma geral dominante, de modo a negar-lhe e a substituí-lo por um próprio, reconstruído a partir de novas técnicas e metodologias. (DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p. 297).

¹⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 8

¹¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 115

¹² Leia-se delito, o qual, do ponto de vista psicológico costuma ser compreendido como “conduta antissocial, [...] como a expressão de conflitos intrapsíquicos que um indivíduo realiza num determinado momento de sua vida e em circunstâncias especiais [...]”. Já no que se refere ao enfoque penal, trata-se de um “ato delinquencial”, cuja conduta é típica, ilícita e culpável, precisando assim estar disposta em lei. (ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 4)

¹³ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 9

vigencia de la norma a costa de uns responsable”,¹⁴ ou seja, a pena só cumpre seu verdadeiro sentido ao voltar a estabilizar a norma violada.¹⁵

É dizer, “la pena no determina una reparación del daño”.¹⁶ A pena, em verdade, revela-se como uma reação da comunidade organizada sobre um fato violador de uma das normas fundamentais da sua estrutura. Sua razão de ser é tornar possível um regime de paz e disciplina. Deste modo, subentende-se que sua legitimidade prescinde de sua necessidade.¹⁷ Por esta razão, de um indivíduo inserido no contrato social, o qual possui a mínima capacidade para identificar e respeitar regras de convivência, espera-se um comportamento em conformidade com a norma. Sobre isso, leva-se em consideração sua responsabilidade motivacional em si, a partir da qual se avalia o comportamento praticado, bem como o comportamento esperado, para verificar quais elementos serviram de base para determinada ação.¹⁸ O direito de punir, assim, faz parte dos elementos formadores do conceito geral de sociedade.¹⁹

A punição vai além da constatação de um evento não-externo, pois o significado do comportamento ofensivo não é decisivo e o determinante permanece sendo a norma. Deste modo, a pena é a demonstração de que o autor do crime não se organizou corretamente para cumprir à lei, e, portanto, a consequência ante a violação da norma,

¹⁴ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 9

¹⁵ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 9; neste sentido, importante frisar que, para alguns, a pena é vista como um elemento essencial para a convivência minimamente harmônica em sociedade hoje em dia. (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2001. p. 43-44).

¹⁶ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 12

¹⁷ BRUNO, Anibal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 10-11; Conforme Bittencourt, no mundo da ciência do Direito Penal é quase unânime a afirmação de que a pena se justifica por sua necessidade. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. vol. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 131)

¹⁸ “Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación”. (JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 13).

¹⁹ BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. In: **Revista dos tribunais (727)**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 643; A utilização do Direito Penal buscada pelo Estado está estritamente ligada à pena, pela qual se facilita e regulamenta a convivência dos homens em sociedade. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. vol. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130).

executada às custas do infrator, é a penalidade.²⁰ Portanto, a coação, se diz, é um mal aplicado ao infrator, independentemente de sua anuência.²¹

Com relação à violação da norma e a punição imposta, no campo do seu significado enquanto tal, “no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma”.²² Deve-se colocar em primeiro plano a vigência e o reconhecimento de sua aplicação por parte da sociedade e de quem a sofre. Como finalidade de pena, neste contexto, está a manutenção da norma como meio idôneo de orientação de comportamentos.²³

Não à toa, foi por meio da elaboração e imposição de leis que o chamado contrato social entre os homens surgiu. Parte das liberdades intrínsecas ao homem foi sacrificada, pois já considerada inútil sua totalidade frente às incertezas de sua conservação. Constatou-se, com o tempo, entretanto, que a experiência apenas serviu para demonstrar a conduta instável do ser humano com relação aos princípios que seguia.²⁴ Com isso, veio à tona a demanda por “argumentos que ferem os sentidos e que a todo passo vêm à mente para contrabalancear as fortes sensações das paixões individuais”,²⁵ isto é, a necessidade de imposição não só de normas, mas de consequências: as penas.²⁶

Conforme sustentava Montesquieu, quaisquer penalidades que não partam de absoluta necessidade são consideradas tirânicas.²⁷ É dizer: o equilíbrio entre os delitos e as penas é essencial para a verdadeira segurança jurídica e social. “Vede que a palavra *direito* não é oposta à palavra *força*, mas a primeira é antes uma modificação da

²⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 13

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 60

²² JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 13-14

²³ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 13-14

²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 64

²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 64

²⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 64

²⁷ MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**. Título original: L'Esprit des lois. Publicado originalmente em 1748. Capítulo XIV (acesso online). p. 1

segunda”,²⁸ ou seja, é a partir do estabelecimento prévio de deveres e proibições – com suas respectivas sanções – que a referida modificação passa a ser mais útil para a maioria.²⁹

Como é sabido, o nosso ordenamento jurídico atua hoje através de um sistema que objetiva a aplicação do Direito, selecionando os princípios fundamentais inerentes a cada situação. Isso só é possível por meio da utilização de um método voltado à resolução de conflitos, o qual está intimamente ligado ao estudo científico de normas e regras já postas ou vigentes, isto é, do estudo sistemático do Direito Positivo.³⁰ A pena tal como conhecemos hoje, isto é, aquela aplicada por uma organização estatal com poder para produzir o mal sem o cuidado de ouvir os interessados, precisa ser questionada e averiguada. É necessário sabermos em que condições os constrangimentos produzidos por ela, de fato, são capazes de proporcionar a “reativação pacífica do tecido social”.³¹

Inicialmente, é importante ter em mente que ela compreende dois elementos: o primeiro, baseia-se numa relação de poder entre quem pune e quem é punido, importando que o penalizado reconheça a autoridade de quem o pune; o segundo, baseia-se em uma condenação reforçada por penitências e sofrimentos aceitos por quem os recebe. Neste sentido, a pena só se torna legítima com a concordância dos atos das duas partes envolvidas. Quando a autoridade punitiva é aceita por completo, a pena torna-se justa, mas se o contrário ocorre, se está diante de pura violência.³²

Um sistema que coloca frente-a-frente a organização estatal e o indivíduo responsável por um delito não facilita a aplicação de uma pena humanizada. O exposto torna-se claro ao observarmos certas declarações oficiais, nas quais o discurso governamental trata com naturalidade falas sobre guerras e sobre imensidões de pessoas

²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 72

²⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 72

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6

³¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O Sistema Penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: Liam, 1997. p. 86-87

³² HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O Sistema Penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: Liam, 1997. p. 87

encarceradas.³³ O Estado é uma comunidade humana que enxerga no direito punitivo sua única fonte de exercer o direito à violência.³⁴

Conforme Aníbal Bruno, “a pena é o mais complexo e tormentoso problema que o Direito Penal nos pode oferecer”,³⁵ pois, violenta e impulsiva em seus primórdios, adequou-se e aprimorou-se com o progresso da cultura, passando a servir de base para a manutenção da ordem e da segurança social. Em outras palavras, a pena tornou-se, com o tempo, um meio destinado à contínua ordem social.³⁶ É natural, portanto, que suas formas de atuação prática tenham sofrido a mesma variação ao longo do tempo: da pena de morte às penas corporais, seguidas das penas de infâmia, até às pecuniárias e privativas de liberdade.³⁷ É em torno do último tipo de pena referido que são movidos os problemas concernentes à prevenção e repressão de delitos na atualidade.³⁸

De acordo com a teoria dos fins da pena, esta deve ser necessária para a “manutenção da ordem social”,³⁹ caso contrário, de nada seria frutífera. No entanto, o impasse ao qual se está a estudar é o fato de que, na ausência de observância do princípio da culpabilidade, a pena não passa de um mal ilegítimo.⁴⁰ Destarte, se a pena útil não se limitar pelo princípio em análise, acaba tratando como coisa a pessoa subordinada a ela, porém esta mesma pena que se vê limitada pela culpabilidade acaba perdendo sua funcionalidade.⁴¹ Sendo assim, poder-se-ia estar diante de um princípio que contém sua própria finalidade. Mas o que seria perguntado logo a seguir é: que fim

³³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O Sistema Penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: Liam, 1997. p. 87

³⁴ WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 56

³⁵ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 9

³⁶ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 10

³⁷ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 11

³⁸ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 12

³⁹ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. Colaboração: Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 12

⁴⁰ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. Colaboração: Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 12; Neste sentido, Bittencourt refere que “uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. vol. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130); por outro lado, com cautela, Roxin esclarece: “Contentar-se unicamente com a culpabilidade do autor é o ponto de vista das teorias retributivas puras, segundo as quais o sentido da pena se encontra exclusivamente na compensação da culpabilidade” (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 85).

⁴¹ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. Colaboração: Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 12

possui a culpabilidade e para que classe de ordem social seria ela uma condição de subsistência?⁴²

O fato é que o sistema do direito não possui a capacidade de viver por si e em si, já que necessita comunicar-se constantemente com os demais sistemas sociais, como o do conhecimento e o da cultura.⁴³ E um dos motivos para esta necessária intersecção deve-se à preocupação com a proporcionalidade entre proibições e punições no sistema penal. Em verdade, quando se objetiva a proporcionalidade, é preciso pensá-la de acordo com duas leituras diferentes.⁴⁴

A primeira leitura remete-se à proporcionalidade enquanto proibição de excessos, tendo em vista que o uso do Poder deve orientar-se para a consecução dos objetivos e interesses públicos, isto é, manejar o Direito Penal com parcimônia. Assim, parece inevitável “uma compreensão *minimalista* da intervenção penal estatal”,⁴⁵ por meio da qual afirma-se a necessidade de se reconhecer a gravidade do instrumento penal estatal, de modo a recorrer-se a ele somente em casos extremos.⁴⁶

Sendo desta forma, enquanto a privação da liberdade for a principal característica do Direito Penal, somente se poderá compreendê-lo modernamente a partir de sua configuração mínima, “voltada para a inevitabilidade da reação de graves violações aos direitos fundamentais”.⁴⁷ Por outro lado, de acordo com uma segunda leitura sobre o princípio, está a busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, a qual inclui a intervenção penal de acordo com as medidas protecionistas elencadas no texto constitucional.⁴⁸ Neste cenário, portanto, se está diante

⁴² JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. Colaboração: Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli.; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4; sobre isso, Roxin entende que a culpabilidade, apesar de requisito necessário, não é suficiente para que caiba a punição: “deveremos acrescentar à culpabilidade [...] uma necessidade preventiva de pena, assim como é indicado pelo desenvolvimento do direito e pelas modernas teorias da pena”. (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 87).

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 14

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 14

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 14

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 14

⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 16

da chamada “dupla face da proporcionalidade”,⁴⁹ faces estas que devem complementar-se reciprocamente.

Portanto, quando nos referimos ao processo penal, devemos nos ater à sua importância, pois é através dele que se viabiliza a aplicação da lei penal e se demonstra seu caráter instrumental e de verdadeiro observador do direito de cidadania, conferido pelo repertório de garantias individuais expressas na Carta Maior.⁵⁰ É justamente nesta perspectiva de seriedade e cautela para com a aplicação das teorias e normas penais que o presente estudo passará a ser apresentado.

1. Imprecisão dos elementos da teoria da pena

Atualmente, verifica-se uma imprecisão conceitual dos elementos componentes da teoria geral da pena. Doutrina e jurisprudência confundem fundamentos com finalidades ou finalidades com funções e/ou consequências da pena.⁵¹ Neste panorama, merecem críticas as teorias tradicionais da pena, uma vez evidente a “diafonia existente entre as funções declaradas e as funções realmente exercidas”.⁵² No que se refere ao significado, ao fundamento, à função e aos fins da pena, subsiste ainda hoje um “sentimento de frustração” sobre os resultados práticos obtidos por ela.⁵³

Neste cenário, questiona-se a possibilidade de o operador do direito, sobretudo o juiz, decidir sem o amparo de um modelo justificador; e mais: direciona a mesma questão à academia, ou seja, aos professores.⁵⁴ Afirma-se que o juiz pode, até certo ponto, se utilizar de sua razoável intuição para decidir sobre casos concretos, independentemente de teorias concretas. Entretanto, a atuação do professor ou do jurista

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 17

⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 5

⁵¹ RUIVO, Marcelo Almeida. Penas Infamantes no Direito Penal empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade. Posfácio. In: **Análise crítica às shame sanctions**: humilhação e perda da reputação, de JEUKEN, Julia Magalhães. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 77

⁵² CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena. O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. p. 28-29

⁵³ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 10

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do Sistema Penal. p. 201-204

teórico depende muito de uma teoria que o possa guiar. Afinal, “como tornar razoável uma teoria em relação ao exercício de um poder que não tem razões?”.⁵⁵

Todas as teorias da pena referem-se ao direito penal máximo e ignoram a perspectiva do desviante, o qual é encarado como um objeto de práticas corretivas ou de “integração coagida”.⁵⁶ Neste sentido, há quem negue as teorias defensivas e concorde com as críticas direcionadas às teorias da pena, tendo em vista a diafonia entre funções pretendidas e práticas exercidas, pois tudo não passaria de um “vício ideológico e meta-ético das doutrinas de justificação”,⁵⁷ tornando tudo um discurso falacioso.

Conforme o exposto sobre dogmática penal, temos que a teoria da pena é um campo dogmático e jurídico-filosófico “com longa tradição de debates e pouca harmonia teórica e jurisprudencial”.⁵⁸ O que está por trás disso, frise-se mais uma vez, possui relação direta com a tradicional classificação dicotômica, a qual serve de alavanca para todo o desarranjo sobre fundamento e finalidades da pena. Foi diante deste cenário, inclusive, que se verificou o surgimento das chamadas “doutrinas unificadoras ou sincréticas”,⁵⁹ a serem mais bem detalhadas no decorrer deste trabalho.

Geralmente, as teorias da pena objetivam responder à seguinte questão: “por que punir?”, limitando-se, para isso, à tradicional dicotomia entre teorias relativas e absolutas e acabando por excluir do ambiente acadêmico as respostas acerca da verdadeira necessidade da pena – afinal, trata-se de um “ponto de partida arbitrário”.⁶⁰ A presente situação é observada na prática do sistema processual penal, dado que inibe

⁵⁵ Zaffaroni entende ser “absolutamente dispensável uma teoria da pena, visualizando a possibilidade de (re)construir o direito penal com precípua finalidade de redução da violência do exercício do poder.” Ou seja, para ele a redução de sofrimento/danos é a única justificação da pena nos tempos atuais, sobretudo em países ditos periféricos. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria. In: **Le Regioni del garantismo**: discutindo com Luigi Ferrajoli. p. 392-394).

⁵⁶ FARRAJOLI, Luigi. Note critiche ed autocritiche intorno ala discussione su diritto e ragione. In: **Le Regioni del garantismo**: discutindo com Luigi Ferrajoli. p. 498

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi apud CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 143; sobre isso, é importante ressaltar que a determinação tanto da função quanto das consequências da pena varia de acordo com o estudo criminológico das especificidades do fenômeno criminal e da espécie de pena em questão. (RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 165).

⁵⁸ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 164-165

⁵⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 164-165

⁶⁰ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. p. 3

quaisquer possibilidades de reflexão sobre alternativas aos métodos tradicionais de punibilidade.⁶¹

Em vista disso, um dos maiores impasses relativos ao “porquê punir” decorre justamente do desalinhamento doutrinário sobre as funções, as motivações, as finalidades ou o dever-ser da punição, uma vez que a explicação sobre cada elemento citado passa a fazer parte de uma mistura incorreta.⁶² Neste sentido, estamos diante da necessidade urgente de tornar a dogmática penal um ramo comprometido, minimamente, com responsabilidade ética e social no que se refere aos fatos reais, não permitindo que torne a se afastar dos “efeitos genocidas que os seus modelos de legitimação produzem”.⁶³

Vivenciamos, portanto, um momento jurídico no qual, no campo da punição, observa-se uma discrepância evidente entre os discursos oficiais – formulados pelas teorias da justificação da pena – e as funções concretamente desempenhadas pelas agências de punitividade, a partir de uma “experiência fenomênica”.⁶⁴ Isto, por sua vez, faz com que voltemos a nos indagar sobre a realidade das perspectivas punitivistas do nosso sistema, uma vez que “o saber normativo, ou seja, o jurídico, deva ir sempre acompanhado, apoiado e ilustrado pelo saber empírico, isto é, pelo conhecimento da realidade”,⁶⁵ o que implica que a pena não depende apenas de ser perspectivada no “dever-ser” justificativo da sanção, mas principalmente a partir da “*realidade legal*” (grifo do autor) de nossos sistemas atuais.⁶⁶

O direito penal surge para proibir comportamentos por meio de uma pena pública, esta que sequer satisfaz os interesses individuais dos envolvidos. Por isso, quando se estuda as funções do direito penal, o mais comum é que seja feita menção, também, às funções da pena.⁶⁷ Neste diapasão, torna-se perceptível que subsistem

⁶¹ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. p. 3

⁶² CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. p. 33

⁶³ CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *In: Revista Polis e Psique*. p. 147

⁶⁴ CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *In: Revista Polis e Psique*. p. 146

⁶⁵ HASSEMER e MUÑOZ CONDE apud CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *In: Revista Polis e Psique*. p. 146

⁶⁶ VERA BATISTA apud CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *In: Revista Polis e Psique*. p. 146

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 21

doutrinas que demonstram inseguranças quanto à distinção entre as funções do direito penal e as de suas respectivas formas de punir.⁶⁸

Uma possível explicação sobre a confusão seria a falta de percepção quanto ao papel inerente às próprias normas penais incriminadoras, as quais fazem parte do núcleo da dogmática. Deste modo, questiona-se: o direito penal reserva para si a função de proteção de bens jurídicos ou de prevenção de crimes? Para um melhor entendimento sobre a discrepância indicada, é necessário destacar que as normas incriminadoras possuem dois níveis de conteúdos e de finalidades.⁶⁹

No primeiro nível, a pauta é a escolha da matéria proibida, a qual deve respeitar o seguimento do bem jurídico a ser protegido. Daí é que surge a função essencial do direito penal, qual seja, a de proteger bens e interesses reconhecidos e valorados pelo direito positivo, tudo isso na pura pretensão de se evitar a prática futura de comportamentos ofensivos. “Neste passo, exerce-se também, já na proibição da conduta, a função de *prevenção*”.⁷⁰

No segundo nível, mora a sanção penal. Nele, a função de prevenção torna-se ainda mais clara, tendo em vista que a pena passa a ter lugar somente após o cometimento do fato criminoso. Nesta lógica, a pena pública “não se dirige prioritariamente à proteção do bem jurídico, finalidade primeira da norma de proibição”,⁷¹ mas atua no reforço da vedação do comportamento delituoso. Logo, a pena é confeccionada para servir como um mecanismo de realização de normas jurídicas.⁷²

Não obstante, é pertinente deixar claro que as escolhas realizadas sobre as opções das modalidades de pena disponíveis (tais como a privativa de liberdade) se obrigam a respeitar a todas as determinações constitucionais.⁷³ Por essa razão, a coerção penal, tal como é utilizada hoje, não deve guardar relação de mão única com a garantia de eficácia das normas; urge que ela também cumpra “uma finalidade socialmente

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 21-22

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 21-22

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 22

⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 22

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 22

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 23

justificada”,⁷⁴ ou seja, seria preciso que ela “funcionasse” no campo da prevenção de novos delitos.⁷⁵

É interessante notar que, assim como uma espécie de fenômeno da política, a pena não encontraria sustentação no direito; pelo contrário, seria símbolo de sua própria negação.⁷⁶ Assim como a guerra, a pena constitui-se por meio da violência potencializada e da “imposição incontrolada de dor e sofrimento”.⁷⁷ E é neste cenário que o direito penal ganha relevância como alternativa à política, atuando como verdadeiro aparato técnico na luta contra a violência e o arbítrio. Por isso é que se diz: a partir de uma teoria garantista não se replica a legitimação da pena, mas a do direito.⁷⁸

Agora, para falar sobre as finalidades da pena, necessita-se de verificação empírica, isto é, um estudo específico do tipo de conduta ofensiva e do tipo de pena associada a ele. Isto, porque o efetivo atingimento de suas finalidades liga-se ao efeito prático do tipo de pena em questão.⁷⁹ Assim sendo, o imbróglio dos fins da pena é longo. O que se sabe, contudo, é que a pena necessita ser justificada, na medida de sua relevância, qual seja, a de proteção de bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade. É dizer: ela também deve ser legítima, fundando-se nas individualidades de cada fato.⁸⁰ Portanto, a pena – legítima consequência própria do direito penal – se difere dos demais efeitos dos crimes, por guardar peculiar intromissão do Estado na vida dos causadores de danos aos seus bens jurídicos protegidos. O crime e a pena são, por isso,

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 23

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 23; nota-se, assim, que a visão referida compreende a finalidade preventiva da pena como se “função” dela fosse, o que explica a preocupação em tratar deste tema neste trabalho.

⁷⁶ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal*: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. p. 36 e 38

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal*: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. p. 36 e 38

⁷⁸ Desta forma, estaríamos (re)fundando o direito penal a partir de uma teoria agnóstica da pena. Mas isso implicaria em renunciarmos ao modelo ressocializador como primeiro efeito da teoria garantista. É dizer: a pena é uma retribuição por aquilo que se fez; a pena é imposta como castigo – hipócrita afirmativa de recuperação. (CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal*: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. p. 36 e 38).

⁷⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. Penas Infamantes no Direito Penal empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade. Posfácio. *In: Análise crítica às shame sanctions*: humilhação e perda da reputação, de JEUKEN, Julia Magalhães. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 78

⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37

os dois fundantes necessários do Direito Penal, servindo como “generalizações ideais”.⁸¹

Nada obstante, cumpre destacar que o “fim da pena” não deve ser compreendido como o tormento e a aflição de que a cumpre, menos ainda deve servir para anular um crime já praticado. Em verdade, o que se pretende através da punição é inibir os infratores de provocarem novos danos, bem como dissuadir ao restante da população o seguimento do mesmo preceito.⁸² Logo, deve-se a isso a escolha de penas e de métodos que imprimam nos “espíritos dos homens” tal efeito, torturando seus corpos o mínimo possível.⁸³

A ideia de “fim” do Direito relaciona-se com o “fim das penas”, de modo a demonstrar a possibilidade de se utilizar dos diversos efeitos próprios de ameaças penais, bem como da própria execução da sanção, como meios para se obter a proteção dos interesses coletivos humanos.⁸⁴ Deste modo, as teorias penais nada mais são do que a tentativa de se sistematizarem ideias sobre os fundamentos da pena. Possuem como proposta desenvolver o debate sobre a justificação da punição, para a qual não bastam apenas experiências empíricas, mas necessita-se também de fundamentações racionais sobre sua prática.⁸⁵

Segundo a tradicional divisão das correntes teóricas, fazem parte do estudo dogmático sobre o estudo da pena as teorias absolutas, as relativas e as mistas.⁸⁶ Mas as teorias da pena, na verdade, são princípios ou axiomas legitimantes. Portanto, elas não respondem à pergunta “o que é a pena?”, pois o “ser” da pena depende da natureza que lhe atribuem, mas sim “sob quais condições passa a ser legítima a aplicação de uma pena?”.⁸⁷

⁸¹ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado com la Historia del derecho penal em España por Quintiliano Saldaña. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, s.a., 1999. p. 6

⁸² BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 85

⁸³ BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 85

⁸⁴ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado com la Historia del derecho penal em España por Quintiliano Saldaña. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, s.a., 1999. p. 21

⁸⁵ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 12

⁸⁶ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 12

⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. p. 18

No que se refere ao sentido da pena e ao problema intrínseco a ele, sustenta-se que a pena se caracteriza como um mal dirigido contra o delincente e se baseia em um postulado de retribuição justa, isto é, pensando na harmonia entre merecimento de felicidade e felicidade, bem como merecimento de pena e sofrimento de pena.⁸⁸ Assim, também é necessário que o infrator sofra de acordo com a extensão de sua culpa, possibilitando-o tolerar sua punição como uma expiação do mal causado.⁸⁹

Tratando-se, por outro lado, do problema da imprecisão da pena, diz-se que ela pode ser explicada e considerada somente com relação ao seu sentido, mas também é importante que seja sentida e vivida como o mal que é.⁹⁰ Logo, como um mal, “instiga instintos, aspirações e sentimentos contrários à lei, tanto imediatamente no autor – por meio da intimidação preventiva especial –, como em seus contemporâneos – preventiva geral.⁹¹ Além disso, a pena faz com que o autor do crime se concentre em uma vida ordenada e pacata, otimizando e propiciando o despertar de instintos úteis para a comunidade, especialmente em sentenças de custódia (aperfeiçoamento preventivo especial).⁹²

1.1 A tradicional divisão da teoria da pena

Ao tratarmos das variadas teorias da pena, percebemos que elas demandam um alinhamento entre dois grandes grupos classificatórios.⁹³ Para tanto, há que se observar a existência daquelas teorias perspectivadas a partir de um caráter absoluto da pena, uma vez que se impõem em quaisquer situações, após a prática do delito, passando a se auto justificarem⁹⁴ – do latim *punitur, quia peccatum est*, que significa, puramente, a

⁸⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 233-234

⁸⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 233-234

⁹⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 234

⁹¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 234

⁹² WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 234

⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37; aqui, conforme explica Bittencourt, o que nos interessa é demonstrar alguns aspectos da passagem de uma concepção retributiva da pena para uma preventiva. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. vol. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 132); por isso, será necessário analisar as diversas teorias que tratam dos sentidos e finalidades das penas, as quais podem ser elencadas em três vertentes: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas. Observe-se, porém, que o autor faz menção, neste mesmo campo expositivo, às funções da pena. Entretanto, as funções da pena, sabe-se, somente podem ser observadas na prática punitiva, isto é, a partir de estudos empíricos sobre o funcionamento da pena.

⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37

punição a quem pecou.⁹⁵ Imprescindível, também, é tratar daquelas teorias capazes de condicionar as penas a marcadas finalidades, afinal, são estas teorias as responsáveis por “buscarem a justificação da pena em *fins específicos*”, o que as fazem ser elencadas como teorias de carácter relativo, tendo em vista que sua aplicação obedece a propósitos específicos⁹⁶ – também derivada do latim, sua fórmula é *punitur ne peccetur*, isto é, punir para não pecar.⁹⁷

No entanto, antes de adentrarmos aos fundamentos estruturantes dos referidos grupos teóricos – de maior prevalência na doutrina – passemos a analisar, brevemente, do que tratam outras duas teorias: a teoria da expiação e a teoria mista. Sobre a primeira – teoria da expiação –, conhece-se sua proposta de produzir efeitos pedagógicos e educativos a partir da aplicação de penas.⁹⁸ Com isso, pretende-se o convencimento do apenado sobre a necessidade de sua punição, de acordo com a utilidade e legitimidade da pena, por meio de sua adesão aos fundamentos da norma penal.⁹⁹ Nada obstante, conforme já levantado pela doutrina de Jakobs, “uma execução penal tendente ao convencimento do condenado a aceitar e a aderir à punição se afastaria de uma teoria da pena”.¹⁰⁰

Ocorre que o referido modo de pensar só ganharia sentido com a aplicação de penas corporais torturantes, *modus operandi* não mais observado no contexto atual. É dizer: hoje em dia, punições que objetivem “efeitos terapêuticos” poderiam, sim, ser viáveis.¹⁰¹ Impossível, porém, é a aplicação deste conceito como justificativa para o

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37; JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 20; SENECA apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 421

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37; JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 20

⁹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 43

⁹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 43

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 43

¹⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 43

“manejo de apelos religiosos coativos”,¹⁰² tendo em vista o Estado Democrático e Laico no qual estamos inseridos.

Com isso, a teoria da expiação como um entendimento pelo autor dos injustos realizados, assim como a necessidade de punição, não é mais defendida hoje como a principal “função” da pena. Diz-se ser legítimo que a pena possibilite a expiação, mas sem que a expiação seja aplicada.¹⁰³ “La pena compensa la infracción de la norma”;¹⁰⁴ logo, a expiação como um reconhecimento ativo da norma não é a razão para a atenuação da pena ou para não se punir, mas a ausência de expiação é, necessariamente, algo da infração da norma não corrigida, não constituindo um fundamento da pena.¹⁰⁵ Para mais, a promessa ao autor de que ele pode se reconciliar com a sociedade aceitando a pena não leva em conta que as sanções informais podem ser independentes das sanções formais.¹⁰⁶

Agora, relativamente à chamada teoria mista, o que se observa é sua tentativa de combinar aspectos de diferentes teorias entre si, tornando-as uma só.¹⁰⁷ As teorias mistas propõem que a pena observe a retribuição de um mal, para o alcance da justiça, e, ao mesmo tempo, a prevenção de novos crimes, no interesse da defesa social.¹⁰⁸ Na teoria em análise, percebe-se uma espécie de tríplice vertente: pela prevenção geral negativa, verifica-se a cominação do tipo penal; pela retribuição e prevenção geral

¹⁰² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 43

¹⁰³ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 25

¹⁰⁴ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 25

¹⁰⁵ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 25

¹⁰⁶ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 25

¹⁰⁷ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 34; “Os valores de justiça e de utilidade, nas quais as teorias absolutas são excludentes e nas relativas são contemplados apenas através da preponderância da utilidade social, resultam unidos”. (BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. p. 22)

¹⁰⁸ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 13

positiva, aplica-se a pena; e pela prevenção especial positiva e negativa, ocorre a execução da pena.¹⁰⁹

Nesta perspectiva, considerando a jurisprudência contemporânea, bem como a literatura penal ocidental, a legitimação e os fins da pena são vislumbrados através da teoria da união.¹¹⁰ Na Alemanha, por exemplo, atribui-se à pena a função absoluta de retribuição da culpa do agente, bem como as funções relativas de prevenção do delito e de ressocialização do indivíduo. No mesmo sentido, no Artigo 59, do Código Penal Brasileiro, há a previsão das teorias unificadas para a aplicação da pena: “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.¹¹¹

Retribuir a culpa de uma conduta mediante uma pena cuja influência é reabilitadora ou intimidatória serve para que todos os fins da pena se relacionem e se concretizem de forma equilibrada.¹¹² Na prática punitiva, é sustentado que deve-se dar preferência “a um ou outro princípio particular”,¹¹³ porém sempre mantendo o princípio da culpabilidade como um “ponto de orientação” dos demais.¹¹⁴ Entretanto, quando se fala de uma combinação, não há referência aos defeitos de uma teoria, o que dificulta sua aplicação prática.¹¹⁵

Neste sentido, as teorias de retribuição que necessitam ser complementadas com considerações sobre sua real necessidade não são adequadas, ou seja, não passam de uma combinação vergonhosa de teorias preventivas. Ademais, alianças entre teorias com propósitos extremamente distintos resultam na perigosa indeterminabilidade da

¹⁰⁹ EBERT apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 429; “[...] associa a teoria absoluta, sendo a qual o objetivo da pena é retribuir o mal praticado pelo criminoso, e a teoria relativa, que objetiva a reinserção social”. (LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. In: **Revista Transgressões** – ciências criminais em debate. p. 48).

¹¹⁰ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 1-2; WESSELS e BEULKE apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. p. 429

¹¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. p. 429

¹¹² JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 2

¹¹³ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 2

¹¹⁴ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 2; A pena, o Estado e a culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. vol. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130).

¹¹⁵ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 34; EBERT apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 428; uma das manifestações da teoria mista é o lema da jurisprudência alemã, qual seja, retribuição geral mediante retribuição justa. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 117).

pena.¹¹⁶ Assim, sustenta-se que a teoria da união não aporta uma pena pública.¹¹⁷ As teorias da retribuição e da prevenção não podem ser unidas em uma só, tendo em vista que a retribuição de culpa acaba deslegitimando a prevenção.¹¹⁸ Uma variante recente traz a proposta de uma união apenas entre os fins preventivos, para legitimação da pena. É dizer, retribuição de culpabilidade apenas como fundamentação da pena.¹¹⁹

Com isso, formulou-se a chamada teoria da união dialética, hoje prevalente na Alemanha. O que se pretendeu com tal teoria foi tornar os elementos das teorias preventivas e retributivas um só, utilizando-se como ponto de partida as imperfeições de cada uma delas.¹²⁰ Sua preocupação, ainda hoje muito difundida, atrelava-se ao fato de que as teorias retributivas não poderiam ser aceitas, de forma autônoma, devido à sua ostensiva desconexão com as finalidades e/ou funções do Direito Penal, “na medida em que buscam justificar a pena *unicamente* em razão do fato praticado”.¹²¹ Além disso, as teorias preventivas, por sua vez, falhariam ao não apresentarem limites sobre as penas.¹²²

Por conseguinte, a mistura do elemento retributivo de culpabilidade – o qual considera apenas o fato praticado – com as finalidades preventivas da pena, é o que tornaria possível uma limitação correta da pena. Essa pena, por sua vez, somente cumpriria sua função no Direito Penal quando correspondente quantitativamente ao delito praticado. Assim, “o caráter *retributivo* se prestaria a *limitar* a pena, impedindo que a fixação da sanção penal se dirigisse unicamente à finalidade preventiva”.¹²³ Isto

¹¹⁶ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 35

¹¹⁷ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 4; ROXIN apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 430

¹¹⁸ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 27

¹¹⁹ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 3

¹²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46

¹²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46

¹²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46; “A teoria da união é basicamente uma teoria da prevenção, na qual o seu autor ressalta a necessidade de uma finalidade para a pena pública – daí incluir-se entre as teorias relativas da pena – bem como os proveitos funcionais de uma intervenção que garanta a confiança dos membros da comunidade na racionalidade dos objetivos do Direito Penal”. (ROXIN apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46).

posto, aprofundar-se-á o estudo dos critérios de diferenciação entre as teorias relativa e absoluta da pena.

1.1.2 A finalidade como critério de diferenciação entre as teorias absoluta e relativa da pena

No que diz respeito aos chamados princípios legitimantes do direito penal, subsiste uma luta entre as escolas Clássica e Positiva. A primeira, utiliza como critério estruturante da justiça os elementos das teorias absolutas da pena, enquanto a segunda apoia-se em um critério de utilidade, através das teorias relativas, isto é, justifica a intervenção estatal na ideia de defesa social.¹²⁴

Beccaria foi o responsável por dar início ao movimento de renovação do direito penal italiano, onde instaurou-se a primeira escola: a escola clássica.¹²⁵ Devido à sua posição relativista, o doutrinador fez da pena não uma simples exigência de justiça, mas um verdadeiro imperativo na defesa social de combate ao comportamento criminoso. Contesta ele, portanto, a pena cujo objetivo seja afligir o indivíduo ou anular o mal, pois, para ele, a pena deve servir de impedimento para novos crimes.¹²⁶

Na teoria da pena, de acordo com um contexto geral, são considerados absolutos os elementos cuja preocupação para o mantimento da ordem social é praticamente nula, considerando que atentam exclusivamente para o fato de uma norma ter sido ferida.¹²⁷ Por outro lado, relativos são os elementos de conteúdo funcional da pena, contribuintes para a preservação da norma na sociedade.¹²⁸ Em síntese, as teorias absolutas olham para trás, enquanto as relativas, para frente.¹²⁹

Neste cenário, as teorias relativas da pena concebem-na de acordo com finalidades específicas, isto é, não encaram a sanção penal como um mal autolegitimado

¹²⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. p. 17

¹²⁵ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 16

¹²⁶ A corrente positivista viu no crime um produto de “desajustamento do indivíduo ao meio social”. Por isso, a pena viria a ser simples instrumento de defesa da sociedade contra a ameaça do crime. (BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 17, 19-20).

¹²⁷ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 20

¹²⁸ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 20

¹²⁹ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 73

e proporcional ao desvalor do dano causado, mas sim como um autêntico mecanismo jurídico preocupado com o desígnio da punição imposta.¹³⁰ Dito de outro modo, trata-se de recurso político-criminal voltado à atuação psíquica “sobre a generalidade dos membros da comunidade”,¹³¹ no intuito de inibi-los do setor criminoso por meio da ameaça de pena.¹³² Tais teorias, também chamadas de finalistas, justificam a pena na necessidade social, com o propósito de manter e assegurar a ordem de Direito.¹³³

Segundo a corrente em tela, o destino da pena é evitar que se pratiquem novos delitos, e, por isso, no momento de ser aplicada, deve ser fixada não só de acordo com a natureza do crime praticado, mas de acordo com “todos os elementos que venham a contribuir par a definição da personalidade do agente”.¹³⁴ Assim sendo, a ideia retributivista é rompida com o sentido útil da pena: agora, a sanção não mais supre seu próprio sentido com a repreensão de fatos pretéritos sem qualquer pretensão futura, pelo contrário, agora se percebe que o “fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido”.¹³⁵

Em suma, a teoria relativa compreende a pena como uma forma de prevenir delitos, tanto no viés da prevenção geral, quanto da prevenção especial ou individual.¹³⁶ Neste sentido, afirma-se que o fim das penas não seria criar angústias em um ser, nem

¹³⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 173

¹³¹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 173

¹³² RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 173; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. p. 117

¹³³ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 13

¹³⁴ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 13; as teorias finalistas legitimam a pena a partir da obtenção de determinado fim, isto é, baseiam-se na utilidade da pena. (BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de Derecho Penal**: parte general. p. 19).

¹³⁵ Baseada nos princípios de proporcionalidade, necessidade e culpabilidade, a pena, aplicada por um juiz imparcial em processo penal público e contraditório, adquirirá fim intimidatório. (BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. p. 85 e 88); há quem enxergue na pena a forma pela qual se dá a manutenção da configuração normativa social. Defende-se a questão e procura-se demonstrar sua razão numa espécie de “expectativa de comportamento”, responsável por tornar possível a coexistência social. Com isso, o que se pretende proteger com a pena é, de modo imediato, a norma, e, portanto, a função e a justificação da pena pública seriam a “manutenção da validade normativa da regra de direito penal violada”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 47-48).

¹³⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 173

anular um crime já ocorrido, mas impedir o autor do delito de causar novos danos.¹³⁷ Ou seja, tal teoria reveste-se de “natureza antecipatória ou profilática com particular atenção ao futuro”.¹³⁸

No entanto, no âmbito das teorias da prevenção, há certa pobreza quanto à prova de seu efeito preventivo-individual como pena; há “uma inexistência de prognósticos de delinquência que sejam suficientemente acertados na prática”.¹³⁹ A efetividade preventivo-geral também é desconhecida.¹⁴⁰ As teorias da prevenção são incompatíveis com o princípio da ação, pois não levam em consideração o peso da perturbação social provocada, mas tão somente os estímulos de motivação individuais.¹⁴¹ Outra crítica pertinente à teoria em análise é o fato de que, por meio dela, as penas podem vir a serem aumentadas indefinidamente. É dizer, “quanto mais grave for o mal causado, mais forte o efeito intimidante”.¹⁴² Mas o perigo disto mora justamente neste ponto, merecendo, portanto, cautela e certos limites – extraídos, por sua vez, de lógicas externas, como do grau de culpabilidade do autor.¹⁴³

O que se está querendo demonstrar é que uma boa legislação deve possuir como objetivo maior a prevenção de delitos, e não propriamente/unicamente sua punição. É assim porque a Lei é a “arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível”.¹⁴⁴ Todavia, os caminhos trilhados para isso são, em sua maioria, opostos ao fim referido.¹⁴⁵ A grande causa é, imediatamente, tornar a pena pública, necessária, a menor e mais proporcional possível, prevista em lei, desbancando

¹³⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 173

¹³⁸ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 174; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 44; Prevenção geral de intimidação – de Feuerbach: a existência empírica de um efeito preventivo geral das penas não tem sido comprovada convincentemente – é difícil que se possa comprovar algum dia. (BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. p. 19).

¹³⁹ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 4

¹⁴⁰ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 4

¹⁴¹ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 27

¹⁴² BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. p. 20

¹⁴³ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. p. 20

¹⁴⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno p. 154

¹⁴⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 154

sua face violência de muitos contra um.¹⁴⁶ Por isso é que Beccaria afirma que se o objetivo social e político-criminal é o de prevenir delitos, é necessário que as leis sejam as mais claras e simples possíveis, e que “toda a força da nação se concentre em defendê-las”.¹⁴⁷ Fica ressaltado, assim, que o temor pelas leis é saudável, mas o que há de mais fatal no crime é o “temor do homem pelo homem”.¹⁴⁸

Isto posto, a finalidade de prevenção da pena pode ser explicada a partir de diferentes ângulos. O primeiro deles seria o da prevenção geral, dirigida a todos os interessados na manutenção da ordem jurídica ou na proteção dos bens submetidos ao Direito Penal; o segundo seria o da prevenção especial, tendo como destinatário principal o autor do delito, objetivando, por adesão ou receio deste, a sua não reincidência em comportamentos danosos, bem como sua neutralização, através da imposição da pena de prisão, por exemplo, mantendo-se, enquanto isso, a sociedade protegida.¹⁴⁹

Dentro da prevenção geral também se exhibe a ideia de punição como meio para autores potenciais de futuros crimes desistam de sua prática. Aqui, se trata, portanto, do caráter drástico do sofrimento da própria pena como consequência desencorajadora do comportamento ofensivo, por meio da chamada prevenção geral negativa.¹⁵⁰ O sentido intrínseco para a sociedade ter criado o chamado contrato social indica o quão esperada é a prática de comportamentos determinados, e não o contrário.¹⁵¹ Daí, a orientação de penalização aos que não atingem a referida expectativa, isto é, aos infratores. Desta forma, a confiança no seu semelhante, também de carne e osso, possui caráter cognitivo,

¹⁴⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 163

¹⁴⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 155

¹⁴⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 155

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 44; “A pena não pode perseguir outro objetivo que não seja o que persegue a lei penal e o direito penal em geral: a segurança jurídica. A pena deve aspirar a prover segurança jurídica, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas”; na prevenção geral a pena surte efeito sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 102 e 117).

¹⁵⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 26; A prevenção geral promove ação educativa social-cultural através do direito punitivo, o qual define quais são os bens jurídicos fundamentais e a ameaça de pena assecuradora da inviolabilidade daqueles. (BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 22)

¹⁵¹ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 9

o que significa que com a sua quebra tornar-se-á necessário dar um passo para trás e tomar nota dos possíveis erros de cálculo existentes no caminho, planejando-os melhor para o futuro.¹⁵²

Nesta continuidade, de acordo com a teoria da prevenção geral positiva, a pena serve como garantia do que se espera dos indivíduos partícipes do contrato social. Entretanto, o modelo não explica o porquê disto, apenas pressupõe que a ordem social vale o custo imposto ao infrator da norma. Sobre isso, deve-se asseverar que a garantia não deve ser verificada para que o autor seja usado como meio de promover o bem dos outros; é indubitável que o direito penal sirva para manter a ordem social que é digna de manter.¹⁵³ Portanto, com o modelo de prevenção geral positiva, deve ser desenvolvida uma pena cuja função é exercer o reconhecimento da norma.¹⁵⁴

Dito de outro modo, a prevenção geral positiva tem como finalidade reforçar a confiança na utilidade e na força da norma, configurando-se uma “alternativa racional para a coexistência”.¹⁵⁵ São articuladores dessa posição autores como Roxin e Figueiredo Dias.¹⁵⁶ Quanto ao segundo momento da pena, qual seja, o de sua inflicção,¹⁵⁷ haveriam três funções: a primeira, intitulada sócio pedagógica de aprendizagem, prevê ser por meio do funcionamento da justiça penal a prática da verdadeira fidelidade ao direito e às normas; a segunda – função de confiança –, defende que é a partir da certeza da pena que os cidadãos percebem que o direito se impõe; e a terceira – função de satisfação –, sustenta que a consciência jurídica se tranquiliza e os percalços com o infrator da norma é entendido como resolvido.¹⁵⁸

¹⁵² JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 10

¹⁵³ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 20

¹⁵⁴ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 26

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 44

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45; ROXIN apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 426

¹⁵⁷ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 74

¹⁵⁸ ROXIN apud TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 87

Por outro viés, a prevenção geral negativa pretende intimidar o infrator, de modo a fazê-lo reconhecer, na iminência da perda de sua liberdade ou da restrição de seus direitos civis, a importância de manter-se em conformidade com os preceitos legais. Como defensor desta teoria, Feuerbach se destaca em razão de sua teoria da coação psicológica da pena.¹⁵⁹ O que define a intimidação é a ameaça penal, sendo a execução da pena somente um “corolário” para demonstrar que “não se trata de uma ameaça vã”¹⁶⁰ – medida preventiva e não retributiva, fundada na necessidade de assegurar o direito.¹⁶¹

Tanto Beccaria, quanto Feuerbach, defendem o modelo intimidatório, mas o segundo justifica-se, pode-se dizer, de forma mais elaborada em termos científicos.¹⁶² Ele dá sentido à sanção sem contornos preventivos de fundo educativo ou moral,¹⁶³ seu mérito no modelo da coação psicológica é justamente o de evitar a tendência de fusão entre moral e direito.¹⁶⁴ Embora tais teorias tenderem a impedir delitos e a explicarem a necessidade da pena, é importante apontar sua insuficiência para justificá-la ou diferenciá-la de outras medidas protetivas sociais. As considerações sobre a finalidade da pena demonstram sua utilidade, mas não a legitimam. “El utilitarismo de las teorías de finalidad separa forzosamente el derecho penal de su base ética”.¹⁶⁵

No momento em que a pena deixa de ser a pura retribuição pela culpa, ela deixa de se diferenciar das medidas de segurança aplicadas aos indivíduos considerados perigosos. Passa a ser uma medida de finalidade, assim como qualquer outra de proteção social.¹⁶⁶ Neste compasso, a não observação das normas penais advém da “sensualidade”, ou, melhor dizendo, do apetite do homem em cometer o delito por prazer. Por isso, em contrapartida a tal comportamento, a coerção física é praticamente

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45

¹⁶⁰ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 23

¹⁶¹ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 23; O que acaba por diferenciar fundamentalmente a prevenção geral positiva da negativa é o fato de a negativa dirigir-se a infratores potenciais, enquanto a positiva a cidadãos fiéis ao direito. (TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos da uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 87).

¹⁶² CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125

¹⁶⁴ Das teorias clássicas sobre fundamentos da pena, a única idônea a ingressar na modernidade seria a teoria da prevenção geral negativa. (CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 126).

¹⁶⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 237

¹⁶⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 237

descartada. Em suma, Feuerbach reprova a utilização do indivíduo penalizado como um meio para o benefício de outros; para ele, a pena é eficaz quando aplicada como consequência legal necessária do crime praticado.¹⁶⁷

Ainda, na teoria da prevenção geral negativa de Feuerbach, a punição deve agir de acordo com os fins: o autor do crime não deve ser tratado como um objeto de direitos reais (como sustentado pela teoria absoluta) e a penalidade é estritamente ligada à lei (comissionamento preciso e também descrição precisa do comportamento anterior ao evento).¹⁶⁸ Sem embargo, o modelo sustentado por essa teoria poderia ser melhorado aumentando a intensidade da perseguição a um grau em que a intimidação atue sobre todas as pessoas. A teoria da prevenção geral negativa, assim, parte da base errada: ela mede o benefício potencial do ofensor e compensa essa vantagem através de um mal, mas não aborda o dano que o ato produz na ordem social.¹⁶⁹ É dizer: o mal deve ser mais importante que o benefício do fato; mas isso é independente do dano social que o evento produz.¹⁷⁰

Diante do exposto, Ferrajoli, apoiando a prevenção geral negativa de intimidação e sustentando que a legitimação do direito e da pena é conquistada apenas após impedirem o crime de gerar “reações arbitrárias junto àqueles diretamente envolvidos nos fatos”,¹⁷¹ não coaduna com a proposta de prevenção especial “quando voltada para qualquer utilidade social”.¹⁷² Ou seja, para ele o Estado não estaria autorizado a interferir na intimidade e na vontade dos indivíduos, tendo em vista serem livres para realizarem suas escolhas pessoais, devendo, assim, continuarem sendo o que

¹⁶⁷ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 26

¹⁶⁸ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 27

¹⁶⁹ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 27; FEUERBACH apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 426

¹⁷⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 28

¹⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45

¹⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45

são (pessoas más, injustas etc.). Por isso, é crítico em relação às funções ressocializadoras, pedagógicas, terapêuticas ou educacionais.¹⁷³

O que se quer dizer, portanto, é que, na desproporção entre o dano social e a pena quantitativa, qualquer aplicação, mesmo que aproximada, do modelo de Feuerbach e seus seguidores, fracassa. Essa desproporção deriva do fato de que, no modelo de intimidação, os receptores do funcionamento da penalidade não aparecem, quais sejam, os membros da sociedade.¹⁷⁴ Sendo assim, a prevenção geral negativa merece crítica sobre dois aspectos: um deles é referente à falta de limitação específica da pena, o que gera uma sensação de se estar vivendo um tempo de ameaça penal em forma de “terrorismo estatal”;¹⁷⁵ o outro, refere-se à violação de dignidade humana decorrente da aplicação de uma pena exemplar como influência aos demais possíveis infratores.¹⁷⁶

Agora, no que toca à prevenção especial, esta é exercida tanto após uma sentença condenatória, conforme o que aduz o Artigo 59, do CP, quanto no decorrer da execução da pena de prisão, situação em que se verifica a neutralização do autor do fato – configurando o aspecto negativo da prevenção – e também sua reintegração social, através de pedagogias e outras técnicas de reinserção proporcionadas pelo sistema – efeito positivo da prevenção.¹⁷⁷ Seu objetivo é impedir que o criminoso volte a delinquir, objetivo que pretende ser alcançado com uma ação segregadora, isto é, afastando o indivíduo do meio social comum.¹⁷⁸ Como consequência, esta modalidade de prevenção pretende, a partir de um processo de ressocialização, a restituição do condenado à vida normal.¹⁷⁹

¹⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45

¹⁷⁴ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 28

¹⁷⁵ ROXIN apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 427

¹⁷⁶ ROXIN apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 427

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45; O programa de prevenção especial é definido pelo magistrado quando este aplica a pena, conforme necessário e suficiente para a prevenção de novos crimes, de acordo com o art. 59 do CP. (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 424); Os técnicos da execução criminal são os responsáveis pela definição do programa de prevenção. Estes também são chamados de “ortopedistas da moral”, segundo Foucault (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. p. 15).

¹⁷⁸ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 25

¹⁷⁹ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 25; entretanto, a referida ressocialização é apontada como uma das verdadeiras e mais importantes missões da penologia moderna, o que implica o emprego de diversos meios de adaptação e convencimento sobre a personalidade do indivíduo, no intuito de corrigir seus extravios anteriores e possibilitar sua reintegração social. (JAKOBS, Gunther. **Derecho**

O modelo de prevenção especial não se preocupa em definir como conflito o prejuízo da norma pelo delito, mas em elencar a infração da lei como um sintoma de que futuros crimes serão cometidos.¹⁸⁰ Por isso, subsiste uma suspeita de que a prevenção especial só funciona desde que seja acompanhada por efeitos colaterais de natureza preventiva geral. O próprio Liszt leva em conta, mesmo nos casos de pessoas que não apresentam particularidades em face da generalidade, considerações tácitas, mas claramente preventivas-gerais.¹⁸¹

A execução do programa de prevenção especial ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado. Por um lado, a prevenção especial negativa de neutralização (ou inoquização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou ressocialização) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário.¹⁸²

É importante ressaltar, porém, que quando se trata da prevenção especial negativa de neutralização, está a se falar de uma das funções declaradas de cumprimento da pena, enquanto que a prevenção especial positiva pretende uma espécie de melhoramento da pessoa, de acordo com princípios morais próprios do Estado sancionador, algo, portanto, injustificável.¹⁸³ Infelizmente, a ineficácia da prevenção especial positiva, bem como os efeitos nocivos da especial negativa¹⁸⁴ – os da privação de liberdade – frequentemente são mascarados por declarações simplistas de que “*ainda não temos nada melhor do que a prisão*”.¹⁸⁵ (grifo do autor)

Agora, adentrando ao estudo específico das teorias absolutas, estas são consideradas teorias desassociadas de “fins diversos da própria realização do valor que a

Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 30).

¹⁸⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal:** parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 30

¹⁸¹ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal:** parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 30

¹⁸² NAUCKE e ROXIN apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. p. 424

¹⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. p. 425

¹⁸⁴ PILGRAM e STEINERT apud SANTOS Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. p. 425

¹⁸⁵ MAIR apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. p. 425

pena ostenta em si mesma”,¹⁸⁶ derivando daí a expressão *absolutus*, isto é, incondicionado a finalidades.¹⁸⁷ Pois bem, no concurso das várias teorias dos “fins da pena”, o legislador passa a cada vez estar mais obrigado a encontrar o dito fim na adaptação ou segregação do infrator.¹⁸⁸ Ainda hoje, a teoria da “justiça retributiva” da pena guarda em si um instinto vingativo.¹⁸⁹

Com o auxílio da História, é possível compreender os primórdios da punição e o porquê de seu elemento básico característico ser a retribuição. Como se sabe, a pena previa, como limite máximo, o chamado princípio de talião. Por meio dele, a pena deveria ser proporcional ao mal cometido – não sendo permitidos excessos punitivos ou a observância de quaisquer finalidades diferentes da “justiça”.¹⁹⁰ Também merece menção o antigo fundamento retributivo da pena que girava em torno de justificativas religiosas, as quais levantavam a bandeira da “expição da culpa” e da pena como meio para purificar almas corrompidas.¹⁹¹

Segundo a grande doutrina, o filósofo prussiano Kant teria adotado a teoria da retribuição no sentido moral do conceito, enquanto o filósofo alemão Hegel, uma teoria

¹⁸⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 166

¹⁸⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 166; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. p. 117; pela teoria absoluta, seu conteúdo se esgota na retribuição justa de um mal, ou seja, todos os efeitos desencadeados, como a própria intimidação, são considerados favoráveis e secundários, não possuindo ligação direta com a natureza da pena aplicada. (WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. p. 236).

¹⁸⁸ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado com la Historia del derecho penal em España por Quintiliano Saldaña. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, s.a., 1999. p. 22; neste sentido, “[...] a responsabilidade, como segunda categoria central do sistema do fato punível, deve fundar-se sobre a teoria dos fins da pena”. (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 85).

¹⁸⁹ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado com la Historia del derecho penal em España por Quintiliano Saldaña. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, s.a., 1999. p. 21; Ideia de retribuição arcaica: a devolução do mal com o mal, resultando na mais primitiva forma de justiça, na qual o violador da norma deve ser castigado de forma idêntica à que a vítima foi submetida. (BLAYA PÉREZ, Marcelo. O castigo do crime versus o crime do castigo. In: **Revista de Direito alternativo** (2). p. 51).

¹⁹⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 166

¹⁹¹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 166; A pena como expiação da culpabilidade (BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**: análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. p. 21-25).

retributiva “*jurídica*”. No entanto, há quem sustente que a segunda afirmação não corresponderia à real posição de Hegel, o qual teria contribuído, sim, para as teorias absolutas, mas não com fundamentos retributivos.¹⁹² Para Kant, deriva do Estado soberano o direito de punir causando “dor ao súdito” infrator.¹⁹³ O referido direito seria baseado em um princípio de justiça, a ser buscado sob quaisquer circunstâncias, porque, uma vez não conquistado, valor algum subsistiria na vida do homem sobre a Terra. Por conta disto, qualquer fundamento útil sobre a pena deveria ser rejeitado pelos Tribunais, bem como como qualquer “finalidade externa”.¹⁹⁴ É dizer: por ser o homem “um fim em si mesmo”, não poderia ele receber tratamento semelhante ao destinado a objetos e coisas, e, por isso, descartados seriam os fins preventivos da pena.¹⁹⁵

O retributivismo encontra no despotismo ilustrado de Kant sua principal versão.¹⁹⁶ Para ele, a pena nunca poderá pensar como finalidade a melhora ou a correção do homem, pois tal fim utilitarista seria ilegítimo.¹⁹⁷ A partir desta visão, o autor revelou-se um expoente do caráter retributivo da pena, voltando-se, pois, à Lei de Talião como o único meio para a obtenção da igualdade na retaliação: aquele que insulta a alguém, insulta a si mesmo, daí a pena de morte para o homicídio.¹⁹⁸ O filósofo chegou a demonstrar sua tamanha desconsideração pelas pessoas quando sustentou o suposto não merecimento de pena para o crime de infanticídio nos casos em que a criança deriva de relações fora do casamento. Segundo ele, “a sociedade civil teria primazia

¹⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 40; as teorias absolutas “acentuam na pena o seu caráter retributivo ou aflitivo de mal justo”. É dizer, interpretam a pena como uma exigência absoluta de justiça. Os principais teóricos sobre a retribuição foram Kant e Hegel. (BRUNO, Anibal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 12); A utilidade da pena não entra neste contexto. Nesta teoria, a pena é legítima se for justa, independentemente de ser útil. (BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. p. 19).

¹⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38

¹⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 119

¹⁹⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 120

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39; sobre a pena de morte, segundo o entendimento de Beccaria: “Não é útil a pena de morte pelo exemplo de atrocidade que dá aos homens. Se a paixão ou a necessidade de guerra ensinaram a derramar o sangue humano, as leis moderadoras das condutas dos homens não deveriam aumentar este cruel exemplo, tanto mais funesto quanto mais a morte legal é dada de forma deliberada e solene. Parece-me absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública, que detestam e punem o homicídio, sejam elas próprias a cometer um”. (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Atena, 1959. p. 123).

inquestionável”¹⁹⁹ sobre o caso – argumento inconcebível no espaço social desigual de hoje em dia.²⁰⁰

Agora, no que se refere às colocações de Hegel – autor incluído erroneamente no grupo de defensores da retribuição – discute-se a pena na “perspectiva dialética”,²⁰¹ isto é, o próprio conceito de estado de direito é utilizado para basear seus fundamentos. Sua doutrina formula o crime como uma negação desse estado de direito, o qual, por sua vez, transmuta-se no estado de liberdade dos indivíduos. Isto é, a pena atua sobre o crime, negando-o, assim como este negou-se a observar a norma.²⁰² Portanto, o crime não seria o mal, mas “a *existência real* de uma negação da liberdade, que, sem a pena, continuaria existindo”.²⁰³ (grifo do autor)

Assim, no que concerne ao caráter absoluto dessa teoria, não sobram dúvidas, mas sua doutrina se difere das demais por uma peculiaridade: o aspecto preventivo, contudo absoluto, da pena. O que acontece é que seu conceito de pena foi desenvolvido de acordo com “postulados éticos bem definidos materialmente”,²⁰⁴ fazendo da dialética da pena superior a um “*simples merecimento* do castigo”,²⁰⁵ (grifo do autor) tornando-a fonte de restauração do direito.²⁰⁶

Jakobs, inserido no grupo dos preventivistas positivos, curiosamente acompanhava Hegel em diversos pontos, e nem por isso deixou de ser considerado um doutrinador da teoria preventiva. Fato intrigante sobre Hegel é que ele discordava da Lei

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 41

²⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 41

²⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39

²⁰² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39

²⁰³ “Se o Direito é a afirmação da liberdade, [...] o injusto, definido como crime, é a negação da liberdade, devendo se submeter, por isso mesmo, a uma outra coação, que, do mesmo modo, implique a sua destruição conceitual. Daí se afirmar que a pena seria o movimento dialético da reafirmação do Direito lesado”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 40).

²⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 42

²⁰⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 42

²⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 42

de Talião, pois a considerava “um conceito muito específico de igualdade”.²⁰⁷ Ele acreditava que a igualdade da pena era derivada unicamente do merecimento pelo dano causado, devendo ela atender, então, a uma finalidade de “conservação de uma ordem social e política”,²⁰⁸ que nada mais é do que o próprio Estado, o qual somente se legitima através do Direito.²⁰⁹

Sendo assim, se em Kant “a consciência era a estrutura do pensamento para conhecer as coisas”,²¹⁰ em Hegel, essa mesma consciência “implica a compreensão de si mesma enquanto tal”.²¹¹ Ou seja, Kant definia a justiça retributiva como um imperativo categórico/uma lei inviolável; Hegel, por sua vez, como uma negação do direito, negando a coação psicológica de Feuerbach, por entender que aquele compreendia o homem como “um cão ameaçado com um bastão”.²¹² Em suma, portanto, Jakobs e Hegel têm seus posicionamentos diferenciados pela forma como enxergam a necessidade da pena criminal: o primeiro, vê na pena a suposta função de “estabilizar a configuração”²¹³ da sociedade na qual se está inserido, assegurando, para tanto, a validade de suas leis; o segundo, entende que a pena é necessária para reafirmar a importância do Direito, o qual, com a prática de um delito, passa a ser negado pelo autor, devendo este, pois, ser penalizado como forma de negar, também, o crime.²¹⁴

Isto posto, o que está em pauta aqui não é mais uma legitimação absoluta da pena, mas uma delimitação absoluta de uma punição relativamente definida ou o apoio relativo de uma legitimidade absoluta que é percebida como insuficiente. A Lei de Talião e seu princípio fundante “olho por olho, dente por dente” limita justamente a

²⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 42

²⁰⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 42

²⁰⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 42

²¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39

²¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39

²¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. p. 422; Kant compreende a pena como retribuição; imposição de ordem moral, medida por Talião. Por isso ele entende que mesmo que uma sociedade se dissolva, o último condenado deve ser justificado, pois cada um deve receber a retribuição sobre sua conduta. Por sua vez, Hegel transformou a retribuição ética de Kant em uma retribuição jurídica. (BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 12-13)

²¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49

²¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49

vingança, de modo proporcional à perda do bem protegido.²¹⁵ Destarte, para Kant, o conteúdo da pena guarda relação direta à referida Lei de Talião, sustentando, pois, que quem mata deve morrer. Assim, a função da pena não pretenderia nada além da busca pela justiça, a qual é entendida por ele como um imperativo categórico, posto que, sem a realização da justiça, não mais faria sentido a convivência dos homens na Terra.²¹⁶

Enquanto isso, para Hegel, a teoria absoluta recebe tons mais assemelhados à teoria da prevenção geral positiva do que da teoria absoluta propriamente dita, uma vez que ele se utiliza do conceito de Direito como fundamento da pena, entendendo que o fato punível deve ser interpretado como a violação da lei no sentido de sua negação.²¹⁷ Esta sequência é, portanto, absoluta, e o que constitui um argumento não é a pena útil, mas a ideia da lei convertida em conceito. Digo, a pena é absoluta no conceitual, mas em sua configuração concreta é relativa ao respectivo estado da sociedade.²¹⁸

Quando existem equivalentes funcionais da vulnerabilidade de Hegel, a pena não é necessária, o que nos inclina aos modelos preventivos. Entretanto, de acordo com as teorias absolutas e de unidade, a determinação da sanção, independentemente das demandas sociais, deve ser salva na medida em que a penalidade imposta for limitada pela extensão da penalidade apropriada à culpa.²¹⁹ Assim, a penalidade apropriada para a culpa é concebida como uma penalidade absolutamente mensurável. Após o abandono do princípio de Talião, “ya no cabe afirmar que el peso de una pena se pueda determinar

²¹⁵ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 21

²¹⁶ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 21

²¹⁷ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 23

²¹⁸ Tal violação alega uma reivindicação de validade, sendo a pena a responsável por atendê-la, como uma violação da violação, bem como a restauração do direito. Nas teorias absolutas mais recentes, o próprio sofrimento está sujeito à reserva de sua necessidade social. (JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 23).

²¹⁹ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 24

sin consideración a la concreta experiencia valorativa social”.²²⁰ É dizer: a pena depende, sim, da maneira como a sociedade evolui no tempo.²²¹

Alguém pode ser punido inutilmente do ponto de vista preventivo, mas não de maneira injusta. No entanto, uma prevenção que tenha sido privada de seus casos externos por meio do princípio da culpa não precisa ser legitimada como uma prevenção potencialmente extrema, mas apenas como uma prevenção moderada. Consequentemente, a limitação através da culpa salva a legitimidade do conceito inequivocamente preventivo ou torna uma limitação aberta da prevenção supérflua através da primazia de outros propósitos.²²²

De um modo geral, cabe salientar que, na doutrina da retribuição, o princípio da proporcionalidade entre crimes e penas é claro. É assim em razão da proteção da dignidade do homem “como ser livre e capaz de reflexão sobre as suas ações”.²²³ No entanto, as doutrinas da retribuição não são isentas de avaliações críticas e reprimendas.²²⁴ Os glosadores destas teorias costumam sustentar que a doutrina da retribuição não seria de fato uma doutrina, por não considerar a pena como uma

²²⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 24

²²¹ JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 24

²²² JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997. p. 25

²²³ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 168; Para Kant, a pena judicial ou *poena forensis* não deve ser puro meio para promover o bem para outro; o homem deve ser valorado como uma finalidade em si mesmo. E, para Hegel, segundo seu idealismo, a pena seria um direito do autor do fato, isto é, este tem sua dignidade pessoal negada caso o significado e a medida da sua pena não forem tomados a partir do seu próprio crime. (KANT e HEGEL apud RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 167); Críticas positivas à retribuição: impedem que o indivíduo seja utilizado para fins preventivos gerais, ou como um objeto; impedem o sacrifício do condenado em favor da comunidade. (BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de Derecho Penal**: parte general. p. 19).

²²⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 168; As teorias absolutas não possuem um fundamento empírico e o mal retribuído é simplesmente fictício. (BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de Derecho Penal**. p. 19); Retribuir como uma forma de expiar o mal corresponde a um ato de fé, isto é, uma crença, a qual não compreende democracia, pois não pretende que o direito se exerça em novo de um povo, mas em nome de um Deus. (SANTOS, Juares Cirino dos. **Direito Penal**: parte general. p. 423); As teorias retributivas operam uma confusão em relação à pena como restauração da ordem violada, o que, para ele, seria um equívoco derivado do desarranjo entre natureza e direito. (FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del garantismo penale. p. 240-241).

“entidade independente de fins”.²²⁵ Entretanto, poder-se-ia observar que a referida doutrina não é completamente desprovida de uma finalidade, uma vez que possui a intenção de realizar justiça.²²⁶

Outro parecer crítico comum sobre o tema diz respeito ao seu objetivo de compensar um mal com outro mal, o que denotaria sua negligente adequação ética e omissa fundamentação científica, assim tornando a retribuição propósito que esgota seu sentido no sofrimento que causa no delinquente. Deste modo, seria uma doutrina “inimiga de qualquer tentativa de socialização”²²⁷ – mas, ao mesmo tempo, seria um contrassenso considerar a pena essencial à justiça e, simultaneamente, um mal à sociedade.²²⁸ Além disso, critica-se também o fato de a retribuição não se ligar “direta e imediatamente à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos”.²²⁹ Porém, sobre isso deve ser reafirmado que o direito penal é autônomo no que se refere à ordem moral. Dito isso, na retribuição da culpa também subsistiriam efeitos ou seriam cumpridas finalidades preventivas.²³⁰ Por fim, outra observação diz respeito à falta de explicação sobre a censura, ou seja, analisa o porquê de uma pena ser aplicada na intenção de infligir o criminoso e não apenas como uma sanção neutra. Como resposta a isso, sustenta-se que “muito se duvida da realidade de sanções neutras em termos éticos e axiológicos”,²³¹ e que, conseqüentemente, tornou-se algo natural da pena a necessidade de ser desagradável.²³²

²²⁵ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 168-169

²²⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 168-169

²²⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 169

²²⁸ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 169

²²⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 170

²³⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 170

²³¹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 170-171

²³² RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 170-171

Aprofundando o tema, reconhece-se que o fundamento retributivo da pena busca responder à questão de o porquê punir, posto que esclarece o dever de punição do autor do fato como consequência de sua culpa. Mas o fato de que o juízo positivo de culpa nem sempre implica uma pena não se traduz na negação da culpa como fundamento da pena; isso significa “persistir no ideal de que toda pena requer a verificação da culpa”.²³³ Isto posto, há quem entenda ser viável a superação das referidas ponderações sobre as razões do retributivismo, levando-se em conta que a retribuição consistiria na expressão dos princípios da liberdade e autonomia, responsabilidade e igualdade. Assim, tomaríamos consciência que isso se afasta obrigatoriamente de qualquer “intenção utilitarista profilática” ou rogo por vingança.²³⁴

Logo, realizando-se um apanhado geral, temos que as principais características da teoria absoluta são a busca por uma autolegitimação e retribuição do crime, pois, de um modo geral, elas abrigam, necessariamente, as teorias retributivas, considerando-se que a pena deveria ser imposta pelo “princípio da *retaliação*, sem qualquer vinculação com possíveis justificações de sua necessidade”.²³⁵ (grifo do autor) Outrossim, “enquanto as teorias *absolutas* da pena buscam sua justificação *na pena em si mesma*, as teorias *relativas*, rejeitando tal solução, se orientam pelos *fins* ou *finalidades* dela”.²³⁶ (grifo do autor) É por este motivo que as teorias preventivas estampam aceitabilidade superior às retributivas na doutrina penal.²³⁷

Dito de outra forma, a ideia de retribuição já não permeia com segurança o destino da pena. Ou seja, a pena depende da realização do fim prático a qual se propõe, mediato ou imediato, que é o da prevenção de crimes. É somente desta maneira que ela poderá atender às exigências de justiça e de segurança social e servir ao “reclamo de castigo da consciência comum”,²³⁸ abrandando intranquilidades públicas.

²³³ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 171-172

²³⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 172

²³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37

²³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 44

²³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 44

²³⁸ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 22

2. Teoria quadripartida da pena

Deste ponto em diante, embora o foco do presente estudo não seja a função da pena – mas a forma como deve ser cumprida –, entende-se necessário a observação de outras confusões causadas pela dogmática enrijecida. Daí a Importância da doutrina quadripartida da pena, a qual possui, por óbvio, quatro fases: por quê, para quê, como e quando punir.²³⁹ Munidos desta forma de pensar a aplicação da pena, torna-se um pouco mais compreensível o estudo da viabilidade constitucional das chamadas penas infamantes, uma vez que estas dependem da observância da terceira fase, isto é, do como punir. O modelo de sanção citado exige a satisfação do fundamento retributivo da culpa e das finalidades preventivas dos crimes.²⁴⁰

Diante disso, podemos sintetizar a ideia de que a teoria da pena abrange os seguintes elementos: o fundamento da pena, suas finalidades, a forma como deve ser aplicada e a oportunidade para sua execução. Ressalta-se, desde já, que cada elemento deve ser observado na sequência mencionada.²⁴¹ Contudo, para estudarmos a pena, devemos nos ater também ao que a precede naturalmente, ou seja, o crime. E, ainda, sobre as categorias da teoria do delito, vamos às principais: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.²⁴²

Isto posto, comecemos pelo conceito de tipicidade, o qual se debruça ao estudo dos comportamentos ativos e omissivos, além das definições de dolo, culpa, resultado, nexos causal, imputação objetiva do resultado e bem jurídico.²⁴³ Na ilicitude, por sua vez, são definidos os valores sociais que servirão de base da proibição ou autorização de

²³⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. Penas Infamantes no Direito Penal empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade. Posfácio. In: **Análise crítica às shame sanctions**: humilhação e perda da reputação, de JEUKEN, Julia Magalhães. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 77

²⁴⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. Penas Infamantes no Direito Penal empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade. Posfácio. In: **Análise crítica às shame sanctions**: humilhação e perda da reputação, de JEUKEN, Julia Magalhães. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 77

²⁴¹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 165

²⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6; atualmente, há correntes no sentido de que deve ser considerada uma quarta categoria: a punibilidade. “O consenso francamente majoritário da doutrina no sentido de que a conduta punível pressupõe uma ação típica, antijurídica e culpável, além de eventuais requisitos específicos de punibilidade, é fruto da construção das categorias sistemáticas do delito - tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. vol. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 262).

²⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6

comportamentos individuais ou coletivos. Por fim, a culpabilidade trata da atribuição do fato criminoso a quem lhe deu causa, levando-se em consideração aspectos como imputabilidade penal e reprovabilidade pessoal da conduta²⁴⁴ – elemento importante a ser observado no momento da aplicação da pena, sobretudo da pena de monitoramento eletrônico, já que sua aplicação varia de acordo com a gravidade do fato.²⁴⁵

Em tempo, adentrando um pouco mais no estudo da culpabilidade,²⁴⁶ é possível perceber a problemática em torno desse princípio e dos “fins da pena”.²⁴⁷ Como se sabe, a culpabilidade é um dos elementos legitimadores da pena estatal, significando, assim, a reprovabilidade de uma conduta.²⁴⁸ Assim, é a partir desta modulação que se pode evitar a “instrumentalização de uma pessoa”²⁴⁹ na imposição de penas. Seu conceito é demarcado conforme as concessões realizadas sobre as necessidades reais, ou não, da política criminal.²⁵⁰ É dizer que este princípio apenas limita o que se adapta ao seu conceito, não devendo, portanto, limitar a educação, a intimidação ou demais elementos parecidos. Deste modo, deve-se tratar o infrator como alguém responsável pelo fato praticado, e não como um objeto, “de modo que qualquer reação preventiva deve limitar-se a zero”.²⁵¹

Pensando desta forma, a pena deve ser aplicada, invariavelmente, com observância ao marco de culpabilidade do agente, e não de modo a torná-la apenas um

²⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6

²⁴⁵ Trata-se, portanto, da necessidade de repensar as técnicas universais utilizadas pelo sistema punitivo, as quais tendem a figurarem “como a única alternativa válida para enfrentar o problema do delito, mas que, por sua vez, se transformam e se adaptam como expressão das próprias modificações do capitalismo”. (DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p. 291).

²⁴⁶ “A culpabilidade é a medida da pena. Por este viés, a pena a ser imposta não pode ir além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, sob pena de afronta à proporcionalidade”. (SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal**: Propedêutica Política Criminal Principiológica. p. 144).

²⁴⁷ De acordo com a teoria dos fins da pena, sustentada por Roxin, a pena só poderia justificar-se pela “concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena”, isto é, que a aplicação da pena deveria ser sempre subsidiada não só pela culpabilidade, mas também pelo fato de ser “preventivamente indispensável”. (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155).

²⁴⁸ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. p. 11; A relação entre o *princípio da legalidade* e o *princípio da culpabilidade* pode ser assim definida: há uma relação de dependência de um deles para com o outro, tendo em vista que a culpabilidade pressupõe um tipo de injusto, isto é, a legalidade; mas o contrário não ocorre, porque o juízo de culpabilidade não existe sem o tipo previsto, mas o tipo pode subsistir sem o juízo de culpabilidade. (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. p. 24).

²⁴⁹ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. p. 12

²⁵⁰ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 3

²⁵¹ JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. p. 6

instrumento de “utilidade pública”,²⁵² julgando pela obrigatoriedade de se colocar o princípio da dignidade humana como plano de fundo limitador da utilidade da pena.²⁵³ A culpabilidade é, portanto, o limite máximo para a aplicação da pena, obstaculizando, assim, a temida instrumentalização do condenado.²⁵⁴

No ordenamento jurídico nacional, o Artigo 59, do CP, conduz à aplicação da pena criminal, para isso seguindo vários critérios.²⁵⁵ Sem embargo, algumas correntes sustentam que as teorias preventivas seriam insuficientes para a realização de um direito penal digno de um estado de direito. Em primeiro lugar, a prevenção geral – baseada na intimidação e na forçada adesão ao direito por toda a sociedade – sequer garante a imposição de uma pena concreta ao, de fato, autor do ato criminoso.²⁵⁶ Com isso, restaria lógico pensar que até mesmo inocentes sofreriam com a penalidade, servindo justamente de exemplo e de eficácia preventiva da sanção – solução em nada adequada.²⁵⁷

Por outro lado, há quem afirme ser a prevenção geral negativa (intimidadora) a mais adequada a, por exemplo, um Estado liberal²⁵⁸: “A legitimação *perante a sociedade* dá-se por via indireta, em apoio ao fim que justifica a ameaça de pena”.²⁵⁹ Nesta lógica, ao legitimar-se a ameaça de um castigo, legitimada também estará aquela medida que lhe der credibilidade.²⁶⁰ Contudo, ao mesmo tempo, reconhece-se que tal

²⁵² JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. p. 12

²⁵³ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Calegari. p. 12; “O rechaço à tese de prevenção geral ocorre apenas por ser ela irracional; *no plano normativo*, atribuir à pena a função de prevenção geral vale dizer que a pena *não deve ser* uma forma de prevenção geral que o legislador *não deve ter* na sua mira esta função”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, 1997. p. 15).

²⁵⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. Aproximação à teoria da pena nos crimes empresariais. *In: Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. 2018. p. 410

²⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**, Artigo 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 reprovação e prevenção do crime.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49

²⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49-50

²⁵⁸ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 97

²⁵⁹ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 89

²⁶⁰ Para os indivíduos racionais, apesar de todas as insuficiências das instituições penais, a pena continua sendo um provedor mínimo de proteção social. (TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 89).

teoria é apenas capaz de oferecer uma “razão instrumental”²⁶¹ da pena, isto é, os limites do exercício do poder de punir independem dela.²⁶²

Além disso, porém, a prevenção especial – aplicada diretamente ao autor do fato –, contaria com uma justificação pertinente às funções do direito penal, “diante do princípio da responsabilidade pessoal de cada um”.²⁶³ Apesar disso, ainda assim não restaria completo o nível de exigência decorrente do Estado de Direito, uma vez que se a função da pena for apenas a de prevenir delitos, para todos e, sobretudo, em relação ao autor dos delitos, “bastaria a aplicação de *uma única e mesma* pena para qualquer delito”.²⁶⁴

Raciocínio semelhante indica que a prevenção especial positiva, isto é, a que pretende ressocializar o condenado, não se justifica pragmática, empírica ou normativamente. A questão está intrincada no fato de a pena privativa de liberdade estar infinitamente distante do cumprimento de um papel ressocializador: “O Estado Penal e uma ideologia securitária levam à crescente utilização das penas de prisão e alternativas como puro controle”.²⁶⁵ Sendo assim, suas atuais condições proporcionam exatamente o efeito reverso do que se ambiciona com a referida teoria: uma maior dessocialização.²⁶⁶

Deste modo, a pena não é legítima se aquém ou além da valoração dos bens jurídicos tutelados, sendo, portanto, necessário que se consiga equacionar a pena com o crime, à luz de uma escala de valores orientada pela lógica do merecimento e do dano – assim como Hegel defendia –, para que se alcance, finalmente, a legitimidade da pena. Ou seja, “quantitativa (o total da pena cominada ao crime) e qualitativamente (o tipo de sanção) falando”.²⁶⁷ Para sintetizar: nenhuma teoria da pena está livre de duras críticas.

²⁶¹ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 97

²⁶² TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 97

²⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 50

²⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 50

²⁶⁵ Nesta óptica, necessária uma séria reinterpretação da “dimensão socializadora da punição”. (RODRIGUES; Anabela Miranda. Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? *In: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. p. 158).

²⁶⁶ O autor sustenta que até mesmo imaginando situações carcerárias dignas, caso a pena ainda preservasse seu caráter de coação, não seria possível considerá-la tarefa legítima de um Estado liberal tal princípio de “educar pela força”. (TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 85).

²⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 50

Por isso, enquanto subsistir a necessidade de pena, deve ela guardar relação com utilidades socialmente compartilhadas. Ela deve ser “*limitada e legitimada pela culpabilidade do autor*” cujo referencial deverá ser o *fato praticado*.²⁶⁸ (grifos do autor)

2.1 Fundamento da pena: o porquê punir

Concernente ao fundamento da pena,²⁶⁹ este se relaciona com o caráter retributivo da pena, isto é, de acordo com a culpa do autor. Claramente, tem-se neste argumento o suposto respeito à liberdade, à autonomia e à responsabilidade do infrator, pressupostos fundamentais em um Estado democrático de direito.²⁷⁰

Os porquês da pena podem ser elencados de acordo com dois planos de justificação. O primeiro deles é baseado na “*infligência concreta do mal incarnado na sanção*”,²⁷¹ o qual necessita ser esclarecido, de antemão, à sociedade como um todo. Ou seja, todos os indivíduos devem estar previamente cientes do porquê o Estado reagiu ou reagirá aos crimes praticados com medidas drásticas e despendendo de recursos financeiros suportados pelos próprios cidadãos. Já o segundo plano observa que a pena deve ser justificada em face do próprio atingido por ela, como forma de demonstrar que o Estado o considera, apesar de tudo, “*um cidadão autônomo e portador de direitos fundamentais*”²⁷² – e não como um mero objeto.

Dito isso, quando se questiona o porquê de determinada pena, deve-se ter em mente dois outros interrogantes intrínsecos à questão. Ambos sobrepõem outros dois dilemas: “*por que existe a pena?*” e “*por que deve existir a pena?*”, demonstrando, assim, a real confusão metodológica entre função e motivação da punição. Todavia, há

²⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 51; A aplicação da pena trabalha de acordo com três dimensões temporais: 1. Reprovação da ofensa passada, 2. Realização da justiça presente, 3. Prevenção de crimes futuros. (RUIVO, Marcelo Almeida. Aproximação à teoria da pena nos crimes empresariais. *In: Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. 2018. p. 408).

²⁶⁹ Frise-se que a determinação do fundamento da pena, a partir da retribuição de culpa do agente, não impede nem limita que a pena, seja na teoria ou na prática, venha a possuir outras funções ou consequências. (RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 183).

²⁷⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 185-186

²⁷¹ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 80

²⁷² TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. p. 80

posicionamento no sentido de ser possível a construção de um modelo “penalógico”, desde que se aceite o postulado da rígida separação entre direito e moral e que haja relação simétrica entre os meios e os fins penais.²⁷³

2.2 Finalidade da pena: o para que punir

No que diz respeito à finalidade da pena criminal, esta deve observar um conjunto de fins práticos referentes à sua utilidade. Tal finalidade pretende responder à pergunta “para que punir?”, utilizando-se, para isso, da análise do fenômeno criminal, por meio de reflexão criminológica sobre as características específicas do crime, do perfil do autor e da pena. Assim sendo, corresponde ao crime específico, bem como à hipótese de sanção prevista no ordenamento.²⁷⁴

As finalidades da pena devem corresponder, portanto, à sua utilidade prática. O conceito de utilidade, porém, não se vincula exatamente à razão de justiça que deu vida à punição, mas sim ao “cumprimento de interesse político-criminal de prevenção da ocorrência de novos crimes”.²⁷⁵ A prevenção, por seu turno, tem como objetivo principal influir no pensamento coletivo da sociedade ou do condenado, a depender da situação concreta.²⁷⁶

2.3 Tipo de pena: o como punir

No que toca ao terceiro elemento da teoria quadripartida, qual seja, o tipo de pena, devemos salientar que se trata do eixo no qual o instrumento do monitoramento eletrônico ganhará especial relevância, posto que o trabalho trata justamente da proposta de utilizá-lo como um novo tipo de pena, isto é, uma nova forma de punir. O propósito

²⁷³ Trata-se do modelo de utilitarismo *reformato* de Ferrajoli, segundo o argumento da pena mínima necessária. Para ele, a pena não deve servir apenas para a prevenção aos injustos delitos, mas como “esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem, espontânea, arbitrária que a falta das penas poderia ensejar”. Entretanto, tal modelo não corresponde ao sentido formal de democracia. Nesse sentido, a pena apresenta-se como instrumento político de negação da vingança, como limite ao poder punitivo, “como mal menor”. (CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Revista Polis e Psique*. p. 33-34).

²⁷⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 121, ano 24, p. 136-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016. p. 185-186

²⁷⁵ RUIVO, Marcelo Almeida. Aproximação à teoria da pena nos crimes empresariais. *In: Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. 2018. p. 412

²⁷⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. Aproximação à teoria da pena nos crimes empresariais. *In: Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. 2018. p. 412

disto está justamente em estudar a possibilidade de utilizá-lo como forma de punição alternativamente à prisão, descrevendo, para isso, as diversas espécies de pena previstas em nosso ordenamento jurídico atual.²⁷⁷

Sobre isso, cabe lembrar que a pena a ser aplicada ao caso concreto deve corresponder ao tipo penal da condenação, sendo a pena privativa de liberdade uma das espécies previstas pelo nosso código penal, dividindo-se entre as modalidades de reclusão e detenção.²⁷⁸ Além dela, também estão previstas as penas restritivas de direitos, as quais são aplicadas, em substituição às penas privativas de liberdade, nos casos autorizados em lei. Por último, há a pena de multa, também conhecida como pena pecuniária.²⁷⁹

Com base no exposto, a pena privativa de liberdade é considerada a regra nos tipos definidos no Código Penal (também é assim nas leis não inseridas no CP, como a Lei de tóxicos). Trata-se de um tipo de pena que limita, ao máximo, a liberdade de ir e vir do indivíduo (não necessariamente condenado), que passa a viver em estabelecimento prisional, por determinado período.²⁸⁰ Sendo assim, para que ela seja substituída por uma restritiva de direitos, o Código Penal prevê certos requisitos, assim como a pena de multa²⁸¹ também encontra limites fixados (com regra própria definida nos Artigos 49 ao 52, 58 e 72, do CP).²⁸²

Nada obstante, como já dito, o Brasil conta com diversas espécies de pena em seu ordenamento.²⁸³ Assim sendo, não há apenas um único modo de cumprimento da punição; pelo contrário, existem as penas alternativas, as quais vêm ganhando espaço no

²⁷⁷ As espécies de pena serão tratadas com ênfase no Capítulo II.

²⁷⁸ “A reclusão destina-se aos crimes de maior gravidade, enquanto as de detenção aos crimes menos graves. Finalmente, a prisão simples é aplicável ao *crime anão* da doutrina italiana, que é a contravenção penal. [...]”. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 196).

²⁷⁹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Título V – Das penas. Capítulo I. Das espécies de pena. Artigo 32 e seguintes.

²⁸⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Título V – Das penas. Capítulo I. Das espécies de pena. Seção I. Artigo 33 e seguintes.

²⁸¹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigos 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170; “a pena pecuniária é a modalidade mais branda de pena. [...] é autônoma e substitutiva da pena privativa de liberdade, ou seja, pode ser aplicada isoladamente quando prevista como a única sanção aplicável ao crime.” (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 276). Trata-se de uma pena aplicável, também, em substituição à pena de prisão não superior a seis meses, conforme dispõe o Artigo 49, do CP.

²⁸² BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 44, incisos I e II. O primeiro critério é a pena até 4 anos em crimes dolosos, com exceção àqueles cometidos mediante violência ou grave ameaça; o segundo prevê que o réu não pode ser reincidente em crime doloso.

²⁸³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 32. As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

contexto crítico do sistema prisional atual, operando no desenlace do “método hegemônico”²⁸⁴ da pena de prisão. Portanto, as penas restritivas de direito, por exemplo, são utilizadas como punição para os crimes de menor potencial ofensivo,²⁸⁵ ao passo que a pena privativa de liberdade é a mais indicada para os crimes graves, cujos delinquentes demonstram maior periculosidade.²⁸⁶

No que se refere às penas alternativas propriamente ditas, realizando-se uma comparação entre o cenário brasileiro e o cenário internacional, percebe-se que, neste, as iniciativas sobre o tema foram acolhidas a partir das Regras de Tóquio (1990),²⁸⁷ enquanto, naquele, semelhante ideia foi inserida no sistema penal a partir da promulgação da Lei nº 6.416/1997.²⁸⁸ Logo, é interessante perceber que, neste ponto, o Brasil não ficou muito distante das iniciativas de outros países.²⁸⁹

Contudo, sobre tal matéria é essencial que se faça a diferenciação correta sobre o tema referido (penas alternativas) e as chamadas alternativas penais.²⁹⁰ Estas últimas²⁹¹,

²⁸⁴ ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER – n. 70. p. 58

²⁸⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigos 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155; BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 43; “[...] exceção feita a hipóteses de interdição temporária de direitos, as demais enumeradas no art. 43 não se amoldam, com perfeição, ao conceito de penas restritivas de direitos: ajustam-se melhor à ideia de alternativas penais [...]” (BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. p. 143).

²⁸⁶ ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER – n. 70. p. 58

²⁸⁷ Ocorreu após o Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente. (ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER – n. 70. p. 58); “As Regras Mínimas de Tóquio “enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade [...]”. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 30).

²⁸⁸ Com fulcro na referida lei, institutos como a prisão aberta, a prisão albergue e a ampliação do *Sursis* (suspensão condicional da pena – Artigos 77 a 82, do **Código Penal**) foram inseridos no sistema. Este, portanto, foi o primeiro passo para o que, mais tarde, o sistema de alternativas penais surgisse. (ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER – n. 70. p. 58).

²⁸⁹ ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER – n. 70. p. 58; De acordo com as principais características da política de alternativas penais, a intervenção não privativa de liberdade “deve promover a responsabilização do autor a infração penal com liberdade e manutenção do vínculo com a comunidade, com respeito à dignidade humana e às garantias individuais”. (CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública. p. 15-16).

²⁹⁰ Alternativas penais são gênero (observar Portaria nº 2.594/2011) e penas alternativas são espécies. (AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico: Alternativas penais. *In*: **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)**. p. 11).

²⁹¹ As alternativas penais tiveram sua iniciação no ano 2000, com a criação da CENAPA (Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas), e evoluíram ao tempo em que outras comissões eram desenvolvidas, a exemplo da CONAPA (Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas), de 2002. Além disso, em 2007, foi instituída a CGPMA (antiga CENAPA), vinculada à DIRPP (Diretoria de Políticas Penitenciárias) e ao DEPEN (Departamento Penitenciário). Mas o

também conhecidas como medidas alternativas, são institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), conforme segue: composição cível, transação penal e suspensão condicional do processo.²⁹²

Já as penas alternativas, tratadas pela Lei nº 9.714/98,²⁹³ que alterou o Código Penal, “são penas autônomas e substituem a prisão quando a pena aplicada não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça”,²⁹⁴ podendo ser traduzidas na prestação pecuniária, na perda de bens e valores, na prestação de serviços à comunidade, na interdição temporária de direitos e na limitação de finais de semana. Ou seja, as penas alternativas são as penas restritivas de direitos.²⁹⁵

Agora, referente aos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos,²⁹⁶ temos, à luz do Artigo 44, dois requisitos objetivos e um subjetivo. Isto significa que, objetivamente, a pena privativa de liberdade não deve ser superior a quatro anos e o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave

importante a ser frisado é que o foco de todas as implantações era apoiar a “criação de estruturas para o monitoramento das penas e medidas alternativas nos estados”. (ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER. p. 59).

²⁹² BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Lei dos Juizados Especiais**. Artigo 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

²⁹³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 1º. Os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 passam a vigorar com as seguintes alterações: [...] Artigo. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

²⁹⁴ ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER. p. 59

²⁹⁵ ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER. p. 59; neste ponto, as penas restritivas de direitos, previstas no Artigo 43 e seguintes, do **Código Penal**, não raras vezes são objeto de avaliações, sob o argumento de serem muito abrangentes. Dito de outra forma, apenas o disposto no inciso V do presente artigo – interdição temporária de direitos –, teria o caráter “restritivo de direitos”, sendo os demais incisos divididos entre penas pecuniárias e restritivas de liberdade. Fora isso, é válido ressaltar que, além das modalidades previstas no Artigo 43, há também cinco subdivisões concernentes à interdição temporária de direitos, de acordo com o Artigo 47.

²⁹⁶ Os requisitos para a substituição sofrem críticas no que concerne ao limite de pena e também aos crimes sem violência ou grave ameaça, que não entram como reincidentes específicos: “Na Argentina, por exemplo, pode-se fazer substituição em alguns casos com pena de até 16 anos”; “A questão da reincidência também é óbice à substituição, mas nem sempre isso é adequado”; “Outras questões que restringem a aplicação das penas alternativas têm a ver com a pouca fiscalização e com o fato de muitas pessoas não verem a pena alternativa como pena”. (CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública – entrevista de CARLOS EDUARDO RIBEIRO LEMOS. p. 74).

ameaça, ou, ainda, se o crime for culposos, independente da pena. Além disso, o réu não poderá ser reincidente em crime doloso. Já no que toca ao requisito subjetivo, o inciso III indica que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do delito, devem demonstrar que substituição será suficiente.²⁹⁷

Embora a aplicação das penas alternativas tenha crescido consideravelmente nos últimos anos, as reflexões críticas sobre o instituto e o seu nível de aplicabilidade não param de surgir, no sentido de sua pouca efetividade na diminuição do encarceramento. Por isso, em 2016 instituiu-se a Política Nacional de Alternativas Penais, cujo propósito era orientar condutas, projetos e estratégias visando uma maior aplicação das alternativas penais, tudo isso aliado às ideias do projeto de lei do SINAPE (Sistema Nacional de Alternativas Penais).²⁹⁸

Dentre as novas alternativas para lidar com o problema do encarceramento em massa estão as audiências de custódia²⁹⁹ e as medidas cautelares diversas da prisão. As primeiras, tratam da garantia do réu em manter contato pessoal com o juiz competente, logo após o flagrante delito, para que assim seja lhe assegurado o devido respeito de seus direitos fundamentais, bem como seja avaliada a legalidade da prisão. As segundas,³⁰⁰ por seu turno, foram constituídas a partir da ideia de que poderiam influir na diminuição do número de presos provisórios – estes que, na teoria, deveriam ser a exceção, mas que, na prática, inflam o sistema.³⁰¹

²⁹⁷ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico: Alternativas penais. In: **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)**. p. 13-14

²⁹⁸ Deve-se entender por alternativas penais os mecanismos de intervenção em conflitos, diferentes do cárcere, orientados para a “produção de uma cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade”. (ISER. (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER. p. 60).

²⁹⁹ Instrumento previsto, internacionalmente, pelo Pacto de San José da Costa Rica, por exemplo. Entretanto, no ordenamento brasileiro não pode ser encontrado em Códigos, mas na Resolução 213, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

³⁰⁰ BRASIL. Lei nº 12.403, de 2011. **Lei das Cautelares**; O Artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, prevê como medida cautelar diversa da prisão o monitoramento eletrônico (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 1941. **Código de Processo Penal**).

³⁰¹ As prisões provisórias precisam ser repensadas, devido a elementos como a clara seletividade na hora de suas designações, pois a “clientela penal” costuma ser sempre a mesma: pretos, pardos, pobres, periféricos etc. Além disso, elas deixam marcas nos indivíduos, mesmo daqueles que, ao final do processo, veem sua absolvição transitar em julgado. É dizer que há um tormento psicológico desenvolvido nos sujeitos, sobretudo pela falta de parâmetros definidos. Sendo assim, as consequências e os efeitos simbólicos desenvolvidos por esta medida são inúmeras. (ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. p. 60 e 100; AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico: Alternativas penais. In: **Instituto Terra**,

Neste cenário, lamentavelmente, a Lei das Cautelares fica à mercê da boa vontade dos juízes em aplicá-las em determinados casos concretos. O motivo baseia-se no mito de que a possibilidade de fuga dos réus sustenta as prisões provisórias. Mito, sim, pois em pesquisa realizada no Estado do Rio de Janeiro houve suspensão de processos por ausência do réu em menos de 10% dos casos. Assim sendo, para que a esquiva por parte dos magistrados possa ser controlada, faz-se necessária “uma mudança de cultura dentro do judiciário, de forma a fazer valer a liberdade como regra”,³⁰² bem como a implementação de mecanismos eficazes para o acompanhamento das medidas alternativas.³⁰³

Outrossim, a LEP³⁰⁴ também não vem demonstrando, na prática punitiva, o desempenho esperado.³⁰⁵ Tal efeito acaba por desencadear não só, mais uma vez, o aumento da população carcerária, como também condições de vida degradantes para os presos, especialmente nos maiores presídios. Isto, porque as assistências relacionadas à saúde,³⁰⁶ à assistência jurídica,³⁰⁷ à educação,³⁰⁸ à assistência social,³⁰⁹ entre outras, alcançam dimensões negativas inimagináveis, no que concerne aos direitos humanos.

Trabalho e Cidadania (ITTC). p. 4; CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais:** a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 126).

³⁰² ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira:** Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER. p. 61

³⁰³ ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira:** Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER. p. 61; sobre isso, relembra-se que o juiz conta com opções alternativas à prisão provisória, como o pedido de comparecimento periódico do réu em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a monitoração eletrônica, entre outros. (CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais:** a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 126).

³⁰⁴ Trata-se de legislação que visou a incorporação dos “regramentos internacionais de proteção aos direitos humanos, especialmente as regras mínimas de tratamento dos reclusos, editadas pela ONU, em 1957 e 1977”. (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes:** políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 20); É um “modelo penal integrado que pretende atingir tanto a prevenção do crime como a recuperação do criminoso”. (PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana.** p. 151).

³⁰⁵ Ao se comparar as teorias finalistas da pena, os parâmetros estabelecidos no texto da LEP e os espaços de torturas físicas e psicológicas chamados de presídios, logo percebemos que o atual cenário se mostra intolerável, “na medida em que os efeitos que produz no indivíduo encarcerado são absolutamente contrários aos fins a que [a pena] se destina”. (AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico: Alternativas penais. *In:* **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).** p. 8).

³⁰⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal.** Artigo 14.

³⁰⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal.** Artigos 15 e 16.

³⁰⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal.** Artigos 17 a 21.

³⁰⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal.** Artigos 22 e 23.

Um bom exemplo disso pode ser retirado das condições do Presídio Central de Porto Alegre/RS, o qual, em 2009, foi considerado o pior do Brasil.³¹⁰

Por conseguinte, este é o momento para que ações que se distanciem da lógica punitiva e que, de fato, possam contribuir para a mudança de comportamento dos sujeitos processados sejam colocadas em prática. A ideia precisa se sustentar na responsabilização, na liberdade, na autonomia e na restauração das relações violadas dos envolvidos, sempre que assim for possível. Temos de aceitar: as alternativas penais tornaram-se um caminho irremissível na busca pela redução do encarceramento no país.³¹¹

2.4 Punibilidade: o quando punir

Costuma-se estabelecer a punibilidade³¹² de certas condutas, para ampliar ou reforçar a proteção de determinados bens jurídicos.³¹³ A importância deste elemento se dá pelo fato de ser o responsável pela avaliação da real necessidade de aplicação de uma pena. É, portanto, a partir da verificação da punibilidade que se decide a utilidade da punição de um fato jurídico-penalmente transgressor.³¹⁴

³¹⁰ O Estado atua de modo insuficiente para modificar o sistema prisional, preferindo “fechar seus olhos” para a desastrosa condição carcerária. (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática de pesquisa sociocriminológica**. p. 322); AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico: Alternativas penais. *In: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)*. p. 6-7; “Embora cada vez mais sejam criados estabelecimentos prisionais, o déficit de vagas é contínuo, porque de forma crescente amplia-se a aplicação da pena privativa de liberdade”, mesmo diante da sabida ausente redução dos índices de criminalidade. (CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais: a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES**. p. 78).

³¹¹ ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER. p. 103; AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico: Alternativas penais. *In: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)*. p. 4; O certo é que nosso país não tem condições de arcar com a vigente política de encarceramento, por isso urgem alternativas viáveis. (CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais: a construção de uma política pública**. p. 14-15 e 73).

³¹² Sobre isso, fala-se em punibilidade da tentativa; punibilidade do crime impossível; fundamento da punibilidade da participação; punibilidade do concurso de pessoas. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 536, 542, 564 e 571).

³¹³ De acordo com o autor, a função de determinar a punibilidade das condutas proibidas foi atribuída por Beling e incorporada por Welzel, segundo o qual “o tipo tem a função de descrever de forma objetiva a execução de uma ação proibida”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 255 e 347).

³¹⁴ DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Merecimento de pena e necessidade de pena como elementos do conceito material de crime e sua relevância para o sistema dogmático**. p. 126-127; O quarto elemento diz respeito ao momento de aplicação da pena criminal, ou seja, ao quando punir. É dizer, especificamente sobre o tema deste trabalho, quando e sob que circunstâncias e requisitos o monitoramento eletrônico é utilizado no sistema penal atual, bem como poderá servir de pena alternativa à prisão domiciliar na ocasião de uma possível mudança legislativa.

Entretanto, como se sabe, se trata de uma categoria muito controvertida na doutrina penal,³¹⁵ mas, ainda assim, é possível defini-la como “a possibilidade jurídica de impor a sanção penal (a pena ou a medida de segurança) ao autor do crime”.³¹⁶ Situação derivada das controvérsias em torno da punibilidade, muito se discute, também, sobre sua localização sistemática, isto é, se ela de fato faz parte do conceito de crime ou se ela deve ser designada como uma categoria autônoma.³¹⁷

Sobre isso, quanto ao posicionamento da doutrina mais tradicional, a punibilidade não deveria integrar o conceito de crime, não passando de um momento de averiguação posterior ao delito. De acordo com alguns juristas, o crime não passaria, portanto, de um fato típico, antijurídico ou ilícito e culpável. É dizer, dessa forma, que na hipótese de exclusão do elemento punibilidade, o crime por si só continua existindo – haveria, neste sentido, uma relação de independência.³¹⁸

Sustenta-se, por outro lado, que a punibilidade se integra, sim, ao conceito de crime, e, nesta perspectiva, diz-se que o delito necessita de uma série de requisitos gerais indispensáveis à aplicação da pena, por isso, sendo necessário observar as condições objetivas da punibilidade.³¹⁹ Além disso, há também quem entenda a punibilidade como um princípio autônomo encarregado de valorar o crime e determinada a necessidade da pena.³²⁰ Ela vem sendo considerada assim tendo como fundamento material os critérios e princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena.³²¹

³¹⁵ Persiste até os dias atuais a luta pela busca de mecanismos dogmáticos que consigam regrar de maneira consistente a política criminal. Não atoa surgiram inúmeras teorias cujo objetivo sempre foi encontrar uma forma de conter abusos contra liberdades individuais, sempre almejando a elevação da punição a um patamar adequado. Entretanto, nenhuma teoria conseguiu acalmar os problemas inerentes à categoria da punibilidade, sempre um tema desafiador. (BITTAR, Walter Barbosa. **A relevância do erro sobre a punibilidade nas causas de liberação da pena**. p. 225).

³¹⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*. jan/abr. 2017. p. 220

³¹⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*. jan/abr. 2017. p. 220

³¹⁸ FREDERICO MARQUES apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*. jan/abr. 2017. p. 221

³¹⁹ FRAGOSO apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*. jan/abr. 2017. p. 222; PRADO, Luiz Régis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *In: Revista dos Tribunais Online*. p. 1

³²⁰ MENDES DE CARVALHO apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*. jan/abr. 2017. p. 223

³²¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*. jan/abr. 2017. p. 229

2 TIPOS DE PENA (COMO PUNIR) E MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Dando seguimento ao delineado até aqui, é o momento de abrir espaço para tratar do principal interesse deste estudo: a pena privativa de liberdade e as possíveis alternativas a ela inerentes, de modo a, primeiramente, atentar-se para os três regimes de cumprimento de pena existentes hoje (fechado, semiaberto e aberto), bem como para a possibilidade de execução da pena em domicílio (prisão domiciliar).

Em tempo, cabe frisar que, conforme sugere o título da pesquisa, os regimes enfatizados serão o semiaberto e o aberto, tendo em vista que um dos pontos de partida do objeto de pesquisa deste trabalho possui especial interesse no cenário atual de déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro. Portanto, é sob este panorama que se pretende abordar a possibilidade de o monitoramento eletrônico ser utilizado como alternativa à execução da pena de prisão, a partir de uma análise principiológica da pena e de estudos de direito comparado.

1. Pena privativa de liberdade e sistema carcerário brasileiro: a realidade prisional e os efeitos do encarceramento

Com efeito, existem duas espécies de sanções penais: a pena e a medida de segurança. A primeira trata dos tipos elencados no Artigo 32, do CP, podendo variar entre pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou pecuniária. A segunda,³²² por sua vez, é prevista no Artigo 96, do CP, podendo ser “privativa (internação) ou restritiva (tratamento ambulatorial)”.³²³ Sem embargo, neste capítulo daremos maior ênfase à pena privativa de liberdade.

O atual ordenamento jurídico passou por diversas adaptações no que concerne à pena.³²⁴ Na incansável busca por justiça, muitos foram os métodos utilizados, dentre eles os que enxergavam na privação da liberdade e da convivência social dos indivíduos

³²² BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial.

³²³ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 184

³²⁴ A pena tende a evoluir no ritmo em que a sociedade se desenvolve. No entanto, não se pode deixar de mencionar o modo como a pena era entendida nos tempos remotos. À época, a inquisição prevalecia. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e conformidade Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74).

uma forma de compensar os crimes cometidos.³²⁵ Hoje, pela classificação adotada pelo Código Penal, Artigo 32, Título V, temos que as penas são: I privativas de liberdade; II - restritivas de direitos e III - de multa,³²⁶ ou seja, ampliou-se o catálogo de punições legalmente previstas.

A pena de privação de liberdade foi desenvolvida com o intuito de amenizar os efeitos da pena de morte³²⁷ – apesar de, por vezes, ser considerada tão cruel quanto esta.³²⁸ Trata-se, em síntese, de uma pena considerada principal, cujo objetivo é privar ou diminuir o uso e o gozo da liberdade de ir e vir, tendo em vista a reprovação social sobre fatos ilícitos cometidos.³²⁹ Todavia, há de ser pontuado, desde agora, o fato de a pena privativa de liberdade, ainda no século XIX, ter sido o motivo da “superlotação carcerária que despontou de maneira evidente como um empecilho ao objetivo de controle estatal dos condenados”.³³⁰

No que diz respeito à execução desse tipo de pena, esta pode ser iniciada no regime aberto, semiaberto ou fechado, a depender do que a sentença fixar.³³¹ Uma vez entendido que o processo de execução da pena é autônomo, a determinação do regime inicial deve partir do Juiz Criminal, enquanto a possibilidade de progressão de regimes

³²⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário**. p. 23; sobre isso, podemos destacar os principais escritores da criminologia clássica, que viam na prática de um crime uma espécie de anomalia e que consideravam a pena como um “remédio” para isso: Lombroso, Ferri e Garófalo. Eles acreditavam ter a pena – inclusive a de morte - um fim utilitário. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98**. p. 52).

³²⁶ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Título V, Capítulo I. Das espécies de pena. Artigo 32.

³²⁷ “[...] não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa para experiências científicas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 105).

³²⁸ “A pena privativa de liberdade, conforme exposto, surgiu para substituir a pena de morte, a qual se tornou tão dura que, às vezes, se constitui em pena mais atroz e cruel que a pena capital. A pena privativa de liberdade será especificada em reclusão e detenção [...]” (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98**. p. 183).

³²⁹ ZANOTTO, Arlete Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 98; BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 9

³³⁰ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 135

³³¹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 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 reprovação e prevenção do crime: [...] III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98**. p. 196

fica a cargo do Juiz da Execução.³³² Além disso, há também a previsão acerca das especificações de reclusão ou detenção.³³³

À luz do Artigo 33, §1, alíneas “a”, “b” e “c”, do CP, denota-se os locais onde devem ser cumpridos cada um dos regimes. Do menos invasivo ao mais invasivo, temos que os presos do regime aberto devem cumpri-lo em casa de albergado ou estabelecimento adequado; os presos do regime semiaberto devem cumpri-lo em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e os presos do regime fechado devem cumpri-lo em estabelecimento de segurança máxima ou média.³³⁴

A lei estabelece que para a elegibilidade do regime inicial, deve-se atentar para os seguintes requisitos: 1. nas penas iguais ou inferiores a quatro anos, a condenados não reincidentes, poderá o sujeito iniciar o cumprimento de sua pena em regime inicial aberto; 2. nas penas maiores de quatro anos e não superiores a oito, a condenados não reincidentes, poderá o sujeito iniciar o cumprimento em regime semiaberto; 3. nas penas que excederem oito anos, o sujeito deverá iniciar o cumprimento de sua pena em regime, obrigatoriamente, fechado.³³⁵

Com efeito, os condenados ao cumprimento de pena no regime aberto (Artigo 36, §1, “c”, do CP), cumprirão a pena “em casa de albergado, estabelecimento que não tem estrutura de presídio”,³³⁶ isto é, o modo de controle do Estado para com os presos fica limitado à segurança oferecida pelas próprias instalações e via cartão ponto, para verificação de entrada em saída. Neste regime, o preso possui permissão para o trabalho externo no período diuturno, “retornando para a casa de albergado nos períodos de folga”³³⁷ e à noite.

No que concerne ao regime de cumprimento de pena intermediário, o semiaberto (Artigo 35, §1, “b”, do CP), os presos devem recolher-se nas chamadas colônias

³³² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 191

³³³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado; MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 197

³³⁴ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**.

³³⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 33, §2, alíneas “a”, “b” e “c”.

³³⁶ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 199

³³⁷ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 199

agrícolas, industriais ou em estabelecimentos similares, em celas coletivas, durante a noite. No entanto, devido ao atual e persistente cenário da falta de vagas no sistema prisional brasileiro, é, por vezes, impossibilitado ao condenado a correta execução da pena, ou seja, nos termos do regime que lhe cabe.³³⁸ Por fim, o regime fechado (Artigo 33, §1, “a” do CP), prescreve que o condenado deve ficar cumprir a pena de reclusão em estabelecimento de segurança máxima/média, em tempo integral, sendo permitidos o estudo e o trabalho, no período do dia. Vemos, aqui, que o trabalho é considerando um direito do condenado³³⁹ e que, portanto, deve ser liberado e incentivado (vide, por exemplo, o Artigo 34, §3, do CP – “O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas”).³⁴⁰

Por assim dizer, a ideia do cárcere acabou por introduzir no meio social fantasias distorcidas sobre os que estão do “outro lado do muro”. Isto é percebido quando paramos para pensar no quão desmedido pode ser o afastamento destes indivíduos de nosso meio comum.³⁴¹ É dizer, nosso comportamento omissivo “funciona muito bem para a projeção de nossos medos, ansiedades e desejos secretos”.³⁴² Por isso é que insistimos na pena privativa de liberdade, amparados pela ideia de proteção à sociedade, muitas vezes significa ir além do caráter retributivo da pena.³⁴³

Dito de outro modo, não podemos ficar alheios à ideia de que a pena deve ser aplicada de maneira a se evitar, ao máximo, reações informais e arbitrárias; devemos

³³⁸ Não à toa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem admitindo, há quase 20 anos, a prisão domiciliar no regime em comento, quando verificada a inexistência dos locais indicados para o cumprimento correto da pena (STJ, 5ª Turma, RHC: 93/0030880-7 – RS – Relator Jesus Costa Lima – Julgado de 6-12-93); MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 198-199.

³³⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigo 41, II e V; neste sentido, o trabalho é considerado ponto essencial da reinserção social. (ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução penal comentada**. p. 61).

³⁴⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 197

³⁴¹ “Já é sabido há muito que a prisão não ressocializa o indivíduo, e sim o deforma”, pontua Pozzebon, nas conclusões de sua dissertação. (POZZEBON, Fernanda Sporleder de Souza. **Egresso do Sistema Penitenciário: A trajetória de um estigma e o papel da FAESP**. p. 120).

³⁴² AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil). In: **Sistema Penal & Violência** – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. p. 79

³⁴³ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O Monitoramento Eletrônico na Justiça Criminal: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo**. p. 22; “Quando se pensa nas penas privativas da liberdade e de sua aplicação concreta em regimes carcerários subumanos, fica demasiado difícil aceitar ou legitimar a intervenção penal.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 51).

nos colocar a par das condições, por vezes, ambíguas, do Sistema Prisional.³⁴⁴ O crescimento acelerado do contingente carcerário no país é nítido. O agravamento da aparelhagem do sistema penal atua justamente neste sentido, testemunhando o êxito do punitivismo.³⁴⁵

Nada obstante, também é possível observar os diversos substitutivos penais propostos nos últimos tempos, tais como as penas pecuniárias, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional (muito em razão da proposta compartilhada por eles, qual seja, evitar a prisionização, cujo resultado esperado – o de evitar a superlotação carcerária – é de baixa eficiência prática) não obtiveram o resultado esperado alçado plenamente.³⁴⁶

Ainda, no que toca às condições atuais e físicas dos presídios nacionais, as carências estruturais são nítidas em todas as dimensões: celas insalubres, atendimento médico insuficiente, entre outros.³⁴⁷ Mas o problema vai além, já que os apenados necessitam conviver com os efeitos da prisionização, enquanto intramuros, mas principalmente quando colocados de volta ao meio social. Portanto, sobre a prisão ter se tornado um meio insuficiente e degradante, para atuar como principal modalidade de punição, já não restam dúvidas.³⁴⁸

Como resultado disto, os efeitos produzidos pelo cárcere podem ser considerados, no mínimo, bem contraditórios, se relacionados às finalidades da pena

³⁴⁴ GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. *In: Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143/2018. Maio/2018. p. 3; A sociedade, de maneira geral, pode até pensar que sabe como o sistema de justiça criminal funciona, mas muitas das vezes, na verdade, ela recebe uma “ajuda invertida” da mídia neste processo de entendimento, pois é facilmente emaranhada por dramas ficcionais criados sobre polícias, crimes, promotores, entre outros. Com isso, o mito de que a principal função do sistema penal seria manter nossas ruas a salvo e nossos lugares seguros, ao caçar criminosos perigosos e puni-los, é perpetuando mentalmente. Todavia, são as pessoas “sugadas pelo sistema” que verdadeiramente entendem que o modo de funcionamento do sistema guarda pouca simetria com o que é replicado pela televisão ou pelos filmes. (ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. p. 109).

³⁴⁵ O “recrudescimento dos aparelhos do sistema penal demonstra o êxito do punitivismo em terras brasileiras”. (AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil. *In: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. p. 81).

³⁴⁶ AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil. *In: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. p. 82

³⁴⁷ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. p. 13

³⁴⁸ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. p. 13

estudadas anteriormente.³⁴⁹ O ambiente prisional “subordina o indivíduo a uma vida em massa, anônima”,³⁵⁰ o que enseja a reflexão de que os problemas do sistema carcerário perpassam às superpopulações e alcançam situações violentas dentro das unidades prisionais, propiciando, mesmo que indiretamente, “péssimas condições para a custódia dos presos”.³⁵¹

Destarte, do modo como a prisão vem sendo apresentada, representa verdadeiro empecilho aos objetivos da LEP,³⁵² quais sejam, em ampla análise, recuperar e ressocializar os egressos,³⁵³ sendo, em função disto, exigível uma tomada de posição mais efetiva, por parte dos operadores do Direito e da sociedade em geral, para amenizar os problemas supracitados. Daí, pois, a oportunidade de pensar o monitoramento eletrônico como forma de execução alternativa à pena privativa de liberdade.³⁵⁴

³⁴⁹ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. In: **Revista da Defensoria Pública RS**. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 135; hoje há algo chamado rótulo da prisão, a partir do qual a pessoa é “introduzida em um universo paralelo no qual a discriminação, o estigma e a exclusão são perfeitamente legais”. (ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. p. 151).

³⁵⁰ GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. In: **Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 143/2018. Maio/2018. p. 4

³⁵¹ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. In: **Revista da Defensoria Pública RS**. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 135

³⁵² Aqui, é oportuno destacar o quão distintas podem ser as formas de execução da pena privativa de liberdade pelo mundo. Por exemplo, na Alemanha, a LEP demonstra preocupação teórica e prática para com a reinserção do preso, por meio das “providências preparatórias de soltura”, nas quais estabelece que o egresso pode ter férias especiais de até seis dias por mês, durante os meses que antecedem sua soltura, de modo a tornar a reinserção gradualmente efetiva. Já no Brasil, a LEP se limite a dizer quando o condenado será posto em liberdade, o que pode ocorrer durante a noite e no frio. (BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. p. 142-143).

³⁵³ SOUZA, Rafaelle Lopes; CORREA, Marina A. P. C.; RESENDE, Juliana. A monitoração eletrônica no regime aberto e a inclusão no mercado de trabalho. In: **Argumentum**. p. 222-223; O sistema penal confecciona um estigma sobre o apenado que pode se tornar profundo, tudo através de um sentimento de culpa interior que, às vezes, se invoca para justificar o sistema penal: “o autor de um crime teria necessidade do castigo – nada tem a ver com a existência de tal sistema. [...] não é a existência ou inexistência do sistema penal que provoca tal sentimento [perturbação]. Nossas experiências profundas nada têm a ver com o sistema penal. [...] é preciso denunciar as culpabilizações superficiais que este sistema produz. [...] o sistema pena cria o delinquente [sob] o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social”. (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: O sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: Liam, 1997. p. 69).

³⁵⁴ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. In: **Revista da Defensoria Pública RS**. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 135; “Encontramo-nos naquilo que se poderia chamar de crise generalizada de todos os meios de confinamento, alguns chamarão de “crise das instituições”. Indaga-se: sendo assim a lógica que se anuncia, não devemos parar para analisar as formas ultrarrápidas de controle ao ar livre que substituem as antigas disciplinas? [...]. Será tão árduo assim perceber que os arcaicos confinamentos como a prisão, verdadeiros moldes, estão ficando démodé?”. (AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil). In: **Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**. p. 85); O

Inclusive, no presente contexto, é sabido que, após o início do cumprimento da pena, principalmente no regime fechado, é quase inevitável a ocorrência de transformações psíquicas no indivíduo (além das físicas), em decorrência do estresse gerado pela execução da pena e de todas as novas limitações impostas. É lógico que o grau de intensidade dessas transformações é variável, mas de grande relevância no movimento de reflexão sobre a execução da pena, por parte de juristas e de estudiosos da área.³⁵⁵ Portanto, não se trata apenas de apontar para as mazelas do sistema penal e para as indignações do preso, mas também de capacitar indivíduos a repensarem sobre as práticas punitivas atuais e sobre como isso irá repercutir no futuro coletivo.³⁵⁶

Ademais, tamanha é a complexidade do Sistema Carcerário, que a população carcerária no Brasil o levou ao quarto lugar no *ranking* mundial de países com maiores quantidades de presos.³⁵⁷ E o que surpreende ainda mais é que, mesmo diante da realidade impressa, o encarceramento em massa parece não ver seus números diminuírem, independentemente de não estar sendo capaz de demonstrar relevante utilidade em relação aos indicadores de violência. Assim, evidencia-se a consequência inversa: os encarcerados, não raras vezes, desenvolvem enfermidades físicas e psíquicas no cumprimento da pena.³⁵⁸

monitoramento pode significar, além da lógica de substituição ao cárcere, verdadeira eficácia ressocializadora, desde que permita que a pessoa tenha acesso a atividades comuns, como laborativas e/ou formativas. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito da Fortaleza*. p. 247).

³⁵⁵ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 9; [...] “el ingreso a una institución penitenciaria provoca una intensa angustia y un temor indiscriminado y general”. (MARCHIORI, Hilda. *El Estudio del Delincuente*. 1. ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1982 apud ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 9).

³⁵⁶ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 10; dito de outro modo, todo o exposto é sensível de mais para que deixemos de nos preocuparmos com o “meio tempo” existente entre a entrada e a saída do cidadão do sistema penitenciário, por ser justamente a partir dos acontecimentos deste período que verificar-se-á a almejada “recuperação” ou a destruição da sua saúde mental e física do preso.

³⁵⁷ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 139 e 142

³⁵⁸ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 139 e 142

De acordo com as principais teorias da pena, um de seus objetivos é o de prevenir condutas graves, mas o que se percebe, pela forma como a punição vem sendo aplicada, é que um de seus pilares ideais – o da ressocialização – não se verifica na prática.³⁵⁹ E mais, com o passar dos anos, tornou-se mais nítida a inclinação do sistema penal à irracionalidade dos mecanismos prisionais. Ou seja, cada vez mais perceptíveis são os “escudos protetores do sistema punitivo”³⁶⁰ – tais como os próprios intelectuais da criminologia e os meios de comunicação, que atuam na distorção da realidade obscura vivida dentro dos estabelecimentos prisionais.³⁶¹

“Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade”, afirma Beccaria.³⁶² Nesta lógica, as penas necessitam vir acompanhadas de uma certeza de castigo, ainda que moderado, tendo em vista que os males, quando certos e determinados, “atemorizam sempre os espíritos humanos”,³⁶³ enquanto a esperança sempre cumpre seu papel de afastar a ideia de males maiores, ainda mais quando a impunidade aumenta a sua força. “A própria atrocidade da pena faz com que se anseie tanto mais por evitá-la, quanto maior é o mal ao encontro do qual se vai”.³⁶⁴

As ferramentas (pena e sistema punitivo) de proteção utilizadas pelo Estado – como tentam nos convencer – para a suposta retribuição a delitos acabam sendo estruturas de controle social que produzem dor e sofrimento. Portanto, é vultuoso buscar pela redução de sua imposição e, neste sentido, há quem sustente que devemos pôr em prática opções aos castigos, e não castigos opcionais – “como são as sanções penais alternativas e/ou substitutivas”³⁶⁵ –, tendo em vista que as teorias de prevenção geral e

³⁵⁹ ZANOTTO, Arlete Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 99

³⁶⁰ THOMAS MATHIESEN apud CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. p. 11-12

³⁶¹ THOMAS MATHIESEN apud CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. p. 11-12

³⁶² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno. p. 115

³⁶³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno, 1766. p. 115

³⁶⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno, 1766. p. 115

³⁶⁵ NILS CHRISTIE apud CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. p. 13

especial contariam com a mesma essência, qual seja, transformar o delinquente, implicando na imposição de uma dor com propósito.³⁶⁶

Por certo, temos uma série de motivos que contribuem para a decadência do sistema carcerário brasileiro, a começar pela incompletude na aplicação dos princípios da LEP (Lei de Execução Penal).³⁶⁷ Ademais, nota-se uma pluralidade de fins no atual modelo de confinamento, tais como intimidações e punições físicas e morais, para além dos critérios estabelecidos nas condenações. Neste sentido, subsiste a necessidade urgente de uma revisão e planejamento futuro para com o sistema prisional do país.³⁶⁸

Além do exposto sobre as generalidades caóticas do sistema carcerário atual, algo que chama atenção, mais especificamente, é a realidade prisional feminina. Trata-se de uma realidade mais triste ainda, pois traz à tona problemas como a precária assistência médica às mulheres reclusas, sobretudo às grávidas e parturientes, por exemplo. Em tempo, também há que se falar na situação pela qual os filhos dessas mulheres passam dentro dos presídios, “cumprimento pena junto de suas mães”³⁶⁹, devido à falta de planejamento por parte do Estado no que se refere a este assunto.³⁷⁰

É caminhando no presente sentido que a prisão domiciliar aparece como uma espécie de solução mágica para os problemas apresentados, sob o argumento de que com ela “o recluso poderá gozar de maior convívio familiar”.³⁷¹ De fato, tal

³⁶⁶ NILS CHRISTIE apud CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. p. 13

³⁶⁷ A Execução Penal é regida pelos princípios: da humanidade das penas; da legalidade; da personalização da pena; da proporcionalidade da pena; da isonomia; da jurisdicionalidade; da vedação ao excesso da execução e, finalmente, da ressocialização. (BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**).

³⁶⁸ ZANOTTO, Arlete Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 101; sobre o Sistema Prisional: a prisão é hoje um sistema cujas deficiências são realmente crônicas de mais para passarem despercebidas, inclusive não são raras as comprovações empíricas sobre as condições desumanas e insalubres proporcionadas por ela. Elementos retirados da realidade diária do cárcere, como a evidente superpopulação de presos, a carência técnica de alguns agentes e o espaço físico humilhantes, só demonstram como isso tudo pode ser totalmente ineficaz no processo de ressocialização do indivíduo. Por isso, é imprescindível que a “letra da lei tome corpo real e as instituições estatais passem, efetivamente, a oferecer meios viáveis” de cumprimento de pena. (SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal Principiológica**. p. 116-117).

³⁶⁹ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 80

³⁷⁰ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 80

³⁷¹ Neste sentido: “Como pena nova, mais suave em face da privação de liberdade, pode-se pensar na prisão domiciliar [...] cuja vigilância, face aos modernos sistemas de segurança eletrônicos, não representará mais problema algum. Esta sanção tem a vantagem de nada custar, de não trazer consigo

característica serve de base para a apreciação do monitoramento eletrônico como uma forma, possivelmente, pois o mantimento do convívio familiar é parte importante para a concreta a reintegração do indivíduo, mas não se trata apenas disto.³⁷²

Por fim, trata-se de perceber que as normas são, sim, valores essenciais a serem compreendidos e seguidos. Contudo, elas, por si só, não são suficientemente capazes de alcançarem os efeitos que almejam. É necessário que sejam expostas permanentemente a revisões e adaptações,³⁷³ na medida em que a sociedade se modifica, evolui. É dizer, alterações legislativas que se preocupem com a atualidade do sistema é essencial, emergencial, especialmente quando enquadramos qualquer situação em um ano como 2020.³⁷⁴

1.1 Princiologia da pena

Em relação aos princípios da pena, são elencados os principais: Personalidade (ou da responsabilidade pessoal);³⁷⁵ Legalidade;³⁷⁶ Proporcionalidade;³⁷⁷ Individualização da Pena³⁷⁸ e Humanidade.³⁷⁹ Sem embargo, quando se fala em princípios, se fala em um emaranho de regras ou preceitos, os quais costumam servir de base não só para o

perigos de infecção criminal”. (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21).

³⁷² ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 80-81; cabe salientar que embora o monitoramento eletrônico promova uma maior manutenção do convívio intrafamiliar ao preso, “o Estado não pode abster-se de implementar ações próprias de ressocialização.” (VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo. *In: Revista Direito & Práxis*. p. 398).

³⁷³ PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. p. 173

³⁷⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. *In: Crítica à Execução Penal*. p. 33

³⁷⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5, XLV: segundo este princípio, a pena não deve passar da pessoa do delinquente.

³⁷⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5, XXXIX: não há pena sem prévia cominação legal; é dizer, não será crime se não estiver previsto em lei.

³⁷⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5, XLVI: A pena deve guardar proporcionalidade entre o crime e a sanção imposta. A pena deve ser proporcional à gravidade do crime.

³⁷⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5, XLVI: A pena será aplicada a cada infrator no concurso de agentes, respondendo de acordo e na medida de sua participação no crime.

³⁷⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5, XLVII e XLIX: Respeito à integridade física e moral; não se admite penas vexatórias e proíbe-se penas insensíveis e dolorosas.

Direito, mas para a vida em sociedade, como um todo.³⁸⁰ Por isso, é coerente que sejam buscados dentro do próprio meio social ao qual se pertence, por configurarem uma espécie de “filtro de nossas crenças mais profundas”.³⁸¹ Disto, é possível concluir a incumbência dos princípios constitucionais, qual seja: “dar uniformidade ao sistema jurídico, cuja norma máxima é a constituição [...]”.³⁸²

Sobre isso, é importante salientar, porém, que princípios não devem ser confundidos com regras.³⁸³ Os princípios são considerados “comandos de otimização”,³⁸⁴ isto é, moldam-se de acordo com o tempo e com a situação apresentada,³⁸⁵ em determinado meio social; os princípios podem ser sopesados.³⁸⁶ Por outro lado, regras devem ser encaradas como algo mais definitivo, como o ditado popular do “tudo ou nada”, ou seja, ou elas são consideradas válidas naquele instante ou são consideradas inválidas. Por isso, as regras são mais específicas, mais determinadas, mais temporais, capazes de estabelecer “obrigações, permissões e proibições”.³⁸⁷

Em suma, entre duas regras que conflitam sobre o mesmo tema ou caso concreto, necessariamente haverá a aplicação de somente uma, em detrimento da

³⁸⁰ Princípios “são os valores eleitos pelo constituinte, inseridos na Constituição Federal, de forma a configurar os alicerces e as linhas mestras das instituições, dando unidade ao sistema normativo”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. p. 65).

³⁸¹ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal**. p. 118-119

³⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. tir. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 65

³⁸³ “[...] o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 227).

³⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 228

³⁸⁵ “Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais [...] não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 228).

³⁸⁶ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da personalidade da pena**. p. 58; Princípios “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 227); “princípio é uma norma jurídica, ou seja, conforme a moderna teoria da norma, seus efeitos têm imperatividade.” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 32).

³⁸⁷ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da personalidade da pena**. p. 58; “regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 227); PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 46

invalidação da outra.³⁸⁸ Em contrapartida, com os princípios isso não acontece, pois quando há mais de um princípio direcionado a um assunto, todos permanecem válidos e aplicáveis, “estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles”.³⁸⁹

1.1.1 Princípio da Personalidade

O princípio da personalidade, ou pessoalidade, pode ser entendido como uma das maiores garantias constitucionais no que se refere ao Direito Penal e à pena. Ele está previsto na Constituição Federal e é o verdadeiro responsável por limitar a pena a quem efetivamente deve cumpri-la, isto é, a quem, de fato, envolveu-se no delito praticado. Quando se fala em estado democrático de direito, se fala em limitação de responsabilidades.³⁹⁰

No entanto, no cotidiano carcerário brasileiro, falhas no respeito ao princípio da pessoalidade da pena são facilmente identificadas.³⁹¹ Um exemplo, inclusive já mencionado anteriormente nesta pesquisa, é o modo como os filhos das presidiárias convivem no cárcere. Estas crianças não possuem apoio de profissionais especializados, tais como recreacionistas ou pedagogos; nada os permite manter um desenvolvimento saudável nos locais em fala. Disto é possível sintetizar que “os filhos das presidiárias cumprem pena restritiva de liberdade nos mesmos moldes da mãe”,³⁹² ainda que não se vinculem em nada aos crimes praticados.³⁹³

³⁸⁸ “[...] as regras como aquelas normas jurídicas que possuem uma estrutura lógica em que se descreve um fato, ao qual se acrescenta uma qualificação prescritiva, amparada por uma sanção, ou por uma permissão”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2002, p. 17-18 apud PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 46).

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 150

³⁹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5º, XLV. A responsabilidade de cada pessoa deve ser limitada, individualizada, de acordo com a respectiva culpabilidade observada.; ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p.70

³⁹¹ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 75

³⁹² ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 75

³⁹³ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 75

1.1.2 Princípio da Legalidade (ou Anterioridade)

Conforme entendimento majoritário da doutrina, o princípio da legalidade³⁹⁴ adveio da histórica Revolução Burguesa, momento a partir do qual passou a ser considerado o passo mais importante do positivismo jurídico. Além disso, movimentos históricos, como o Iluminismo e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,³⁹⁵ de 1789, também foram fundamentais para o desenvolvimento do princípio em questão, tendo em vista que surgiram como espécie de resposta aos antigos sistemas Absolutistas, nos quais a lei era facilmente moldada de acordo com o humor e a opinião de quem detinha o poder.³⁹⁶ Hoje, a legalidade é verdadeira garantia prescrita ao indivíduo. Trata-se de uma nova ordem jurídica, frente aos passados sombrios de nossa história. Com isso, planejamentos e regramentos prévios passaram a ser sinônimo de segurança jurídica.³⁹⁷ Daí, por conseguinte, o famoso aforismo “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.³⁹⁸

Assim sendo, como o título deste tópico sugere, o princípio da legalidade também é conhecido como princípio da anterioridade, em razão de seu caráter fundamental de fazer subsistir uma lei anterior ao fato típico, para que, desta forma, este possa ser enquadrado, ou não, naquela. Há, portanto, a necessidade de um mandamento proibitivo prévio, na tentativa de se evitar punições de cunho religioso, político ou moral.³⁹⁹

Com efeito, tamanha é a relevância deste princípio no âmbito da execução da pena, cabendo à autoridade administrativa atentar-se ao seu cumprimento, similantemente

³⁹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁹⁵ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece, em seu Art. 8º, que ninguém pode ser punido senão em virtude de lei devidamente estabelecida e promulgada anteriormente ao fato cometido.

³⁹⁶ “[...] o jus puniendi estatal deixou de ser uma mera faculdade de correção moral de uma pessoa supostamente superior [...] para assumir uma roupagem de criação de tipos e sanções penais [...]”. (SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. p. 119-120).

³⁹⁷ Aqui, cabe falar sobre o princípio da taxatividade, o qual estabelece que as leis devem ser claras e completas. Ou seja, fato e lei precisam, necessariamente, se enquadrar; deve haver uma “perfeita simbiose entre ele e a norma”. (SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. p. 125-126).

³⁹⁸ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. p. 120

³⁹⁹ A exemplo de penas injustas e nada baseadas no princípio em estudo, temos o Tribunal de Nuremberg, memorável por sua aplicação *ex post factum*. (SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal**. p. 120-121)

ao feito pelo juiz criminal.⁴⁰⁰ Trata-se de princípio-guia da execução, “dirigindo-se a todas as autoridades que participam da mesma”.⁴⁰¹ Por conseguinte, a administração penitenciária obriga-se a respeitá-lo, de modo que a posição jurídica do preso não possa ser “equacionada em termos de pura conveniência administrativa”, uma vez que o referido princípio significa verdadeira garantia da execução.⁴⁰²

1.1.3 Princípio da Proporcionalidade

No Brasil, o atual contexto político-criminal é exemplo suficientemente claro sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade,⁴⁰³ porém ao contrário. O que se percebe são recorrentes abusividades na composição de leis, devido ao seu caráter, muitas vezes, ambíguo e contraditório. Com isso, procura-se demonstrar que o princípio⁴⁰⁴ em tela tem por objetivo ser a base mais sólida e coerente no que toca à aplicação de diplomas legais infraconstitucionais. Há, em sua essência, a busca por um distanciamento de práticas de “leis penais simbólicas”.⁴⁰⁵

Também roga neste sentido a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sobretudo no que se refere à importância de se observar, na prática, a devida proporção

⁴⁰⁰ “Durante largo espaço de tempo, entendeu-se existir uma relação especial de poder entre a administração penitenciária e o preso, caracterizada pela intensa dependência jurídica desde àquela”, submetendo-se este “automaticamente às normas que a administração poderia livremente emitir e que estavam voltadas a regular situações ‘internas’”, surgindo “um hiato de legalidade, uma relação duramente hierarquizada, na qual não se reconhecia ao preso nenhum direito subjetivo exigível em face da administração, mas apenas favores ou concessões de caráter puramente doméstico”. (BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. p. 8).

⁴⁰¹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**. p. 24

⁴⁰² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**. p. 24; ALBERTO SILVA FRANCO, Jurisdicionalização da execução, in *Temas de direito penal*, cit., p. 101 apud BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. p. 8-9

⁴⁰³ De início, faz-se necessário pontuar que a proporcionalidade é diferente da razoabilidade. “Nem sempre o que parece proporcional é razoável. A lei de talião é um exemplo disso, de clara proporcionalidade, mas de nenhuma razoabilidade.” (SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal Principiológica**. p. 134); além disso, “O postulado da razoabilidade [...] exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto”. Isto é, requer “uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência”, enquanto o postulado da proporcionalidade “aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 229).

⁴⁰⁴ Cabe salientar que, apesar de a doutrina majoritária enxergar a proporcionalidade como um princípio, há correntes no sentido de vê-la como um postulado, responsável por estabelecer estruturalmente a aplicação de outras normas, e por isso não poderia ser vista como um princípio. Além disso, também há segmentos que discordam do conceito de “comando de otimização” da proporcionalidade. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2005. p. 88; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 112).

⁴⁰⁵ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal Principiológica**. p. 133-134

entre a gravidade do crime e a punição aplicada ao seu autor. Deste modo, o estrito equilíbrio entre a gravidade do fato de a pena e a adequação material entre a ação – do indivíduo – e a reação – do Estado – é o que existe de especial relevância nesse princípio.⁴⁰⁶ Afinal, “um direito penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor ou mais limitação social em detrimento do benefício da coletividade”.⁴⁰⁷

A proporcionalidade é constitucionalmente prevista, e atua, sobretudo, no chamado controle difuso das leis infraconstitucionais.⁴⁰⁸ Além disso, é um princípio que encontra “especial função no âmbito dos direitos fundamentais”,⁴⁰⁹ cuja principal referência legal é encontrada no Art. 5º, da Carta Magna. Há quem arrisque dizer que, considerando o exposto, a proporcionalidade é a verdadeira evolução do princípio da legalidade,⁴¹⁰ além de também poder ser mencionada como a responsável por criar a harmonia entre os demais princípios e as normas, de um modo amplo.⁴¹¹

Outro detalhe que merece destaque dentro da proporcionalidade é o fato dela ser dividida em três subprincípios⁴¹²: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com relação ao primeiro, este prevê que se escolha o meio que seja mais eficaz para se alcançar determinado fim,⁴¹³ de forma

⁴⁰⁶ Zaffaroni e Pierangeli denominam tal princípio de “princípio da racionalidade”, por prescindir de associação igualmente distribuída entre o crime e a consequência penal. Para os autores, deve ser observada tal racionalidade na cominação e na execução da pena. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, 1997. p. 178).

⁴⁰⁷ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. p. 133-134

⁴⁰⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 102, inciso III, que regulamenta o recurso extraordinário.

⁴⁰⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 93; ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009**. p. 96

⁴¹⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2003. p. 38

⁴¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39

⁴¹² O estudo da proporcionalidade ganha força quando da verificação de causalidade entre dois elementos (meio e fim), sobre os quais sempre deve-se providenciar a um exame em “caráter trifásico”: da adequação – “o meio promove o fim?”, da necessidade – “dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?”, e da proporcionalidade em sentido estrito – “as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 206); PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 65

⁴¹³ Em tempo, a definição de *fim*: “consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos”.

equilibrada.⁴¹⁴ O segundo subprincípio mencionado requer que a medida escolhida seja a menos gravosa possível, de forma a evitar ao máximo a quebra de direitos fundamentais.⁴¹⁵ E o terceiro, por sua vez, exige que seja feita uma ponderação entre os interesses a serem exigidos e os bens jurídicos a serem sacrificados.⁴¹⁶

Agora, acerca da previsão da proporcionalidade no Direito Penal, não há previsão expressa. Contudo, em vias implícitas, o princípio pode ser observado, especialmente quando trata do significado constitucional da pena para um fato típico. É assim porque, mais uma vez, procura-se demonstrar o caráter garantidor do princípio sobre limitações racionais do poder de punir.⁴¹⁷ Inclusive, o primeiro subprincípio mencionado (adequação), carrega em si três dimensões ou aspectos, que baseiam o exame da proporcionalidade entre delitos e penas.⁴¹⁸

A primeira dimensão é a da abstração ou concretude da medida. Trata-se da verificação de que o meio utilizado será, ou não, abstratamente adequado para o alcance do fim esperado, ou seja, busca-se, aqui, a simples possibilidade de sucesso. Ou, do ponto de vista da concretude da medida, esta poderá ser adotada quando efetivamente adequada para a promoção do fim.⁴¹⁹ A segunda dimensão é a da generalidade ou

(ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 207).

⁴¹⁴ O subprincípio da adequação prevê que determinado meio é adequado “quando promove minimamente o fim”. Por isso, quando há atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio”, e quando são “atos jurídicos individuais a adequação deve ser realizada no plano concreto, individual e prévio.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 229); ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 98-100

⁴¹⁵ O subprincípio da necessidade entende que determinado meio é necessário “quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados”. Sendo assim, tal controle precisa respeitar a separação dos poderes, de modo a descartar o meio para o qual se possua alternativas – desde que capaz de alcançar “igualmente o fim causando menores restrições.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 229); ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 98-100

⁴¹⁶ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 98-100; “Um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 229).

⁴¹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. p. 64-65

⁴¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 212

⁴¹⁹ “[...] pode-se exigir a adoção de uma medida que seja abstratamente adequada para promover o fim. A medida será adequada se o fim for possivelmente realizado com sua adoção. Se o fim for, de fato, realizado, é impertinente. Ou pode-se exigir a adoção de uma medida que seja concretamente adequada

particularidade da providência. Neste caso, basta apurar com qual medida comumente se alcança o fim, mas para que ela se confirme, deve-se observar se, na singularidade dos casos tratados com aquela medida, ela foi se mostrou adequada.⁴²⁰ Por derradeiro, a terceira dimensão é a da antecedência ou posteridade. Neste aspecto, a imposição da medida será considerada adequada somente se/quando o magistrado puder confirmar que, tanto no instante em que proferiu a decisão, quanto no momento pós-aplicação, a medida efetivamente promoveu o fim esperado.⁴²¹

Fundado nisto, a “aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”.⁴²² E, conforme já mencionado, vê-se estampado no princípio da proporcionalidade a ideia de limitações impositivas no que toca à garantia de direitos de cunho intocável, tais como a dignidade humana.⁴²³ Faz referência e fundamenta, portanto, o Estado Democrático de Direito.⁴²⁴ É assim justamente devido a sua demonstração de força e relevância prática diante dos casos concretos chegados ao Poder Judiciário, pois é rotina do sistema lidar com fatos e circunstâncias nas quais se configuram mais de um direito fundamental, que, apesar de inevitavelmente conflitantes, podem gerar a solução da questão, com a observância da devida proporção.⁴²⁵

para promover o fim.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 212).

⁴²⁰ “[...] pode-se exigir a adoção de uma medida que seja geralmente adequada para promover o fim. [...] A medida será adequada somente se todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 212).

⁴²¹ “[...] pode-se exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que foi adotada. A medida será adequada se o administrador avaliou e projetou bem a promoção do fim no momento da adoção. [...] Pode-se, ainda, exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que ela vai ser julgada.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 212-213).

⁴²² Diferentemente, segundo o autor, do que se percebe no exame da razoabilidade, por entender que ela “não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, somente caracterizando-se como um “dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade)”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2018. p. 203).

⁴²³ PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 59

⁴²⁴ PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 60-61

⁴²⁵ PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 62; neste sentido, cabe exemplificar a metodologia utilizada na Alemanha, conforme trazido no texto de Barros: por lá, o Tribunal Constitucional avalia aspectos como a ingerência do Estado sobre o indivíduo, em termos de quantidade, procurando sopesar os interesses gerais que poderiam, ou não, legitimarem intervenções de maior gravidade. (BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2003. p. 80).

1.1.4 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade⁴²⁶ poderia ser traduzido para política de justiça social.⁴²⁷ Por assim dizer, deve ser observado sempre que possíveis vícios na aplicação de uma pena sejam suspeitados, ou como forma de evitá-los, de antemão.⁴²⁸ É assim porque sabe-se que a desigualdade, de maneira geral, provoca desarranjos intoleráveis no campo das punições. Trata-se de deformidade capaz de ser percebida tanto a partir de leis, quanto na prática diária do sistema: legislativamente, ocorre quando a diferenciação deriva da própria letra da lei; na prática, ocorre quando, “no silêncio da lei, o juiz, ao distribuir a pena, procede pelo critério das condições sociais do culpado”.⁴²⁹

A essência isonômica possui vínculo imediato com a dignidade da pessoa humana. Daí a sábia preocupação percebida na Declaração Universal da ONU, na qual se reconheceu a importante ideia de que “todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos”.⁴³⁰ Além disso, é oportuno referir que o disposto na Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, “não pode ser visto como a mera *isonomia formal*”⁴³¹ (grifo do autor), pois, no cenário atual, é demandado ao jurista a compreensão de que o referido preceito constitucional de igualdade de todos diante da Lei destina-se, também, ao legislador e aos atos magistrado.⁴³²

Infelizmente, a atual realidade punitiva demonstra, quase sempre, o quão discriminados alguns setores sociais “menos abastados” podem ser. Negros, pobres, desempregados etc. compõem parcela consideravelmente alta da totalidade dos

⁴²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5º, *caput*; Em referência ao que há pouco foi explicado sobre regras e princípios, cabe dizer que o princípio agora em estudo pode atuar tanto como o princípio aqui disposto, como uma regra, vedando abordagens discriminatórias, e como um postulado, “estruturando a aplicação do direito em função de elementos [...] e da relação entre eles.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2018. p. 192).

⁴²⁷ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. p. 135

⁴²⁸ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. p. 135-136

⁴²⁹ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. p. 135-136

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 104-105

⁴³¹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98**. p. 25

⁴³² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98**. p. 25

apenados no sistema penal brasileiro. É realmente intragável que, com isso, a operação seletiva do sistema esteja “reduzindo o princípio da igualdade a mero *fictionismo penal* [...]”.⁴³³ (grifo do autor)

1.1.5 Princípio da Individualização da pena

Como o nome mesmo sugere, individualizar pressupõe especificar algo, tratar uma coisa ou uma situação observando suas particularidades. Por assim dizer, quando se fala em individualização,⁴³⁴ se fala em uma adaptação no que se refere à aplicação de uma sanção, considerando todas as circunstâncias do fato praticado e dos pormenores do indivíduo que o praticou. Contudo, é necessário deixar claro que a individualização é limitada por outro princípio, o da legalidade, bem como por todos os “meios materiais e técnicos disponíveis na realidade para sua efetivação”.⁴³⁵

Outrossim, sobre a matéria em análise é interesse lembrar sua evolução no que se relacionada às finalidades da pena, que se resolvem pela “fusão entre a finalidade recuperativa e o processo de individualização”.⁴³⁶ É, portanto, uma preocupação que consiste em alternar/revezar os estabelecimentos, para individualizar a pena imposta nos variados graus da execução, de modo a instituir um “regime diferenciado de métodos penitenciários”.⁴³⁷ O objetivo é claro: afastar-se das ideias estritamente retribucionistas da pena, conforme ocorria no Direito Penal Clássico.⁴³⁸ Por isso, não é à toa o contínuo

⁴³³ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal Principiológica**. p. 136; com mero *fictionismo penal* se quer ilustrar que de nada importa a existência de previsões sobre direitos, se deles não se puder usufruir e tornar efetivos: “Que este direito a ter direitos resulta esvaziado se não for também compreendido como o direito a ter direitos efetivos, apontando para a íntima conexão entre a dignidade da pessoa”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 115).

⁴³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5º, XLVI.

⁴³⁵ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 11-12

⁴³⁶ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 14

⁴³⁷ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 14-15

⁴³⁸ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 14-15

desenvolvimento de novas leis, a todo momento e em diversos países, na incansável busca por reformas penitenciárias e modificações no tratamento dedicado aos apenados.⁴³⁹

Invariavelmente, todas as reformas legislativas baseiam-se na individualização da pena, no sentido de procurar estabelecer novas condições para a efetiva reinserção social do preso. Logicamente que, para isso ser viabilizado, algumas classificações importantes sobre o cumprimento da condenação, tais como o sistema progressivo de execução da pena (previsto na Lei nº 6.416/77) são sempre necessárias andarem lado a lado.⁴⁴⁰ Por conseguinte, a essência da individualização da pena é justamente a de buscar oferecer ao delinquente viáveis condições para o atingimento de sua reintegração ao meio social, para isso sendo necessário que o sistema o conheça.⁴⁴¹

1.1.6 Princípio da Dignidade humana (ou princípio da humanidade)

Para completar o tema sobre princípios norteadores do Direito, nada mais emblemático do que adentrarmos ao princípio da dignidade humana,⁴⁴² uma vez ser ele a maior base para conter possíveis inconstitucionalidades por parte do poder punitivo do Estado, ou seja, “existe para reforçar a proibição de penas desumanas e cruéis”.⁴⁴³ É um princípio que “respalda-se pela racionalidade e pela proporcionalidade no que diz

⁴³⁹ Neste cenário, são questionamentos comuns: “[...] Qual o sistema geral de ‘prevenção do crime e de tratamento dos delinquentes’ que a lei deve escolher e determinar? Quais deverão ser, pois, os processos lícitos ou legítimos para evitar a reincidência e recuperar socialmente o delinquente? Como se poderá agir de modo eficaz sem atentar ao mesmo tempo contra a integridade física ou moral do condenado?” (ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 16-17).

⁴⁴⁰ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 17

⁴⁴¹ ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica**. Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990. p. 43

⁴⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 1º, inciso III; Para Sarlet, para além das implicações comuns relacionadas ao princípio da dignidade, este vincula-se à “autonomia pessoa, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 102).

⁴⁴³ “O princípio da humanidade consiste no poder punitivo do Estado de aplicar sanções que não atinjam a constituição psíquica e física e que não lesem a dignidade da pessoa humana do apenado.” (ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena**. p. 61).

respeito à pena”,⁴⁴⁴ demonstrando o inevitável entrelaçamento de todos os princípios abordados até aqui. Da forma como é colocado, portanto, explicita a condição intrínseca da dignidade a todas as pessoas, sendo algo inalienável e irrenunciável.⁴⁴⁵

Deste modo, o princípio da dignidade atua no impedimento da “coisificação do ser humano”.⁴⁴⁶ Dito de outro modo, a dignidade humana exige que seja mantida a integridade física e psíquica do indivíduo, seja ele condenado por um crime ou não. Em vista disto, a qualidade de “humano” deve ser “reconhecida, respeitada e protegida”, bem como legal e suficientemente efetivada, no sentido de serem mantidas condições mínimas/materiais de vida.⁴⁴⁷ Em tempo, interessante pontuar a “perspectiva dúplice” desse princípio, tendo em vista sua performance tanto limitadora, quanto protecionista dos direitos fundamentais.⁴⁴⁸

Entretanto, é válido sinalizar que o princípio da humanidade não deve prevalecer apenas no momento de aplicação da pena, mas sobretudo no momento de executá-la.⁴⁴⁹ Ou seja, mora no modo como a punição se dará o verdadeiro propósito do princípio em questão. Não é em vão, por isso, a existência das penas alternativas à mais gravosa – privativa de liberdade – no Direito Penal, pois são elas importantes reforços da ideia de se chegar a um caráter mais humanitário da pena.⁴⁵⁰

⁴⁴⁴ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da personalidade da pena.** p. 62

⁴⁴⁵ Sobre o tema, cabe destacar que, no Brasil, a CF/88 se preocupou em inserir dispositivos que proibam a aplicação de penas de caráter atentatório à dignidade da pessoa humana. São eles: Artigo 5º, XLIX, pelo qual fica assegurado a todos os presos o respeito à integridade física e moral; Artigo 5º, XLI, que indica a possibilidade de punição aos que praticarem qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; Artigo 5º, L, que trata de assunto abordado brevemente neste trabalho, qual seja, o direito às presidiárias à permanência com seus filhos durante o período da amamentação. (ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da personalidade da pena.** p. 62-65).

⁴⁴⁶ Neste aspecto, “O homem é multidimensional. A dignidade humana é a dimensão mais específica do homem.” (LIBRELOTTO, Gicélia. **Dignidade da pessoa humana: reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito.** p. 95).

⁴⁴⁷ ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da personalidade da pena.** p. 62-65.

⁴⁴⁸ Princípio/direito. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** p. 149).

⁴⁴⁹ “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a descoberta do justo no caso concreto, tornando-se pressuposto do método prudencial e da práxis jurídica.” (MATTE, Luiza. **A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua positivação e sua influência na prática jurídica.** p. 166-167).

⁴⁵⁰ Sobre a pena, “[...] o juiz da execução deve zelar pelo cumprimento do princípio da humanidade, tendo em vista a realidade caótica dos presídios brasileiros que em sua maioria são estabelecimentos lotados, infectados, completamente insalubres, configurando-se, assim, em uma autêntica crueldade para os apenados”. (ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da personalidade da pena.** p. 66); NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** p. 44

De acordo com o que a Academia acredita e almeja, a observância da humanidade dos delitos e das penas “concretiza os níveis de afetação pessoal”, que em hipótese nenhuma deveria ser violada.⁴⁵¹ Entretanto, por maiores que sejam os esforços teóricos, o presente princípio é o mais violado no que se refere à aplicação da pena privativa de liberdade, quando dela não pode haver substituições. Lamentavelmente, é uma situação extraída, em grande parte, do modo de pensar da sociedade livre: “[...] o aumento do encarceramento também pode ser observado como uma característica da sociedade moderna, medrosa e insegura”.⁴⁵²

Em razão disso, não é recente o tema da importância da “universalização dos chamados direitos humanos e sua reconstrução a partir da constatação dos horrores nazistas”,⁴⁵³ diante de todo o repúdio mundial sobre o tema. Documentos oficiais como a Carta de ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão são provas reais do esforço que a comunidade científica global vem demonstrado na busca pelo combate às degradações causadas pelas punições penais. São documentos de irrestrita aceitação, cujo conteúdo alcançou patamares internacionais, motivo pelo qual se fez inaugurar “uma nova ordem jurídica que se vem qualificando de Direito Internacional dos Direitos Humanos”.⁴⁵⁴ No Brasil, por sua vez, o documento que estabeleceu o marco jurídico para o atual regime democrático foi a CF/88, por intermédio de seu Artigo 1º.⁴⁵⁵

Isto posto, pode-se sumular a ideia de dignidade da pessoa humana como sendo o verdadeiro “critério de todas as soluções jurídicas”.⁴⁵⁶ Desta forma, em observância a ele, não devem ser aceitos atos ou julgamentos que não o observem – caso contrário,

⁴⁵¹ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal**: Propedêutica Política Criminal Principiológica. p. 132

⁴⁵² LOTUFO, Renata Andrade. Direitos fundamentais das mulheres encarceradas. *In*: **Revista do Tribunal Regional da Terceira Região**. p. 18-19

⁴⁵³ PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos**: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. p. 173

⁴⁵⁴ PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos**: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. p. 173

⁴⁵⁵ PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos**: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. p. 216 e 221

⁴⁵⁶ MATTE, Luiza. **A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua positivação e sua influência na prática jurídica**. p. 168

haverá “flagrante dissintonia”⁴⁵⁷ com o status democrático do atual sistema. Com isso, nota-se a importância de se ver tal princípio protegido tanto pela própria pessoa, como também “por seus semelhantes, pelo Estado e pelo direito”.⁴⁵⁸

2. Sistema progressivo de pena

Os discursos sobre a legitimidade da intervenção penal advêm de uma filosofia utilitarista, isto é, da ideia de que a pena deve servir como um castigo útil. Neste sentido, porém, a reintegração social acaba escondendo “estratégias de disciplina” em seu escopo. Basta verificar que o Artigo 59, do CP, entende a pena ora como uma retribuição, ora como uma prevenção, enquanto a LEP somente aborda a prevenção especial positiva, de modo a orientar a execução de penas a partir da reintegração social – art. 2º. Fica assim evidente a distância entre os objetivos declarados da Lei de Execução Penal e aquilo que se denomina “realidade do cárcere”.⁴⁵⁹

No que toca aos regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, temos três modelos previstos: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.⁴⁶⁰ O primeiro deles é caracterizado, sobretudo, por penas executadas no interior de penitenciárias, locais onde o preso pode se sujeitar a diversos trabalhos, durante o dia, além do seu completo isolamento para o repouso noturno.⁴⁶¹ O segundo regime, por sua vez, traduz-se no cumprimento de penas nas chamadas colônias agrícolas, industriais ou em estabelecimentos similares, nos quais o sujeito também pode trabalhar, durante o dia.⁴⁶² Por fim, mas tão significativo quanto os demais, o regime aberto conta o cumprimento de penas no que a lei chama de “casas do albergado” ou estabelecimentos adequados, cuja localização deve se dar em centros urbanos, justamente para facilitar que o condenado possa frequentar cursos fora do estabelecimento de vigilância.⁴⁶³

⁴⁵⁷ MATTE, Luiza. **A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua posituação e sua influência na prática jurídica**. p. 168

⁴⁵⁸ MATTE, Luiza. **A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua posituação e sua influência na prática jurídica**. p. 170

⁴⁵⁹ SLONIAK, Marcos Aurélio. **Trabalho prisional no regime fechado**: Entre a Lei de Execução Penal e a Realidade Vivenciada. p. 9-11

⁴⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 33, §1º; BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigos 66, “b”, e 112; sobre este ponto, importa ressaltar as recentes mudanças redigidas pela Lei nº 13.964/19 (**Lei Anticrime**) no Código Penal e na LEP.

⁴⁶¹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 34.

⁴⁶² BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 35.

⁴⁶³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 36.

Nada obstante, é inevitável pontuar que as referidas “colônias agrícolas e industriais”, bem como as “casas de albergado” sofrem com a desatenção estatal, tendo em vista ser muito comum que tais unidades previstas não se concretizem adequadamente na prática. Devido ao escancarado descaso, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já precisou debater sobre o tema, no RE 641.320/RS, de 2016, acabando por firmar alguns critérios acerca do que necessitariam tais locais para se tornarem realmente aptos, tais como a conceituação de “estabelecimento similar” e de “estabelecimento adequado” e as medidas a serem adotadas quando houver déficit de vagas no estabelecimento adequado.⁴⁶⁴

2.1 Estabelecimentos prisionais, Súmula Vinculante nº 56 do STF e parâmetros do RE 641.320/RS

Após longas discussões em plenário, o STF passou a entender que, para que um “estabelecimento similar” e um “estabelecimento adequado” sejam assim considerados, os juízes da execução penal deverão apreciar os locais designados aos regimes semiaberto e aberto, para só então qualificá-los como tais. É dizer que serão admitidos aqueles locais que não se classifiquem como “colônia agrícola ou industrial”, do regime semiaberto, nem como “casa do albergado ou estabelecimento adequado”, do aberto. E mais, não será válido o aposento conjunto de condenados dos dois referidos regimes com os condenados do regime mais gravoso, ou seja, o fechado.⁴⁶⁵

Neste compasso, a Súmula Vinculante nº 56 do STF, através de seus parâmetros, mostra-se como verdadeiro marco em relação aos abusos sofridos por presos diante do pouco-caso do Estado e da sociedade no que tange aos seus internatos prisionais. É sabido, pois, que o número de presos em penitenciárias⁴⁶⁶ ultrapassa as margens

⁴⁶⁴ A Lei de Execução Penal trata dos locais de internação em seu Artigo 91 e seguintes., porém não usa de conceitos palpáveis e definidores sobre os estabelecimentos; CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 1-6; Parâmetros do RE 641.320/RS.

⁴⁶⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 3; BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 33, §1º, “b” e “c”.

⁴⁶⁶ Importante não confundir os termos “penitenciária” com “cadeia pública”. O primeiro, diz respeito ao local onde são colocados os condenados; o segundo, refere-se ao local onde são alocados os presos provisórios, isto é, aqueles que ainda estão respondendo a um processo. No entanto, apesar de haver tal distinção, diz que “[...] o pior estabelecimento penitenciário existente, na prática, é a Cadeia Pública, a qual está sempre superlotada, não dispondo dos recursos materiais mínimos, bem como de instrumentos para as outras assistências previstas na LEP.” (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 176-177).

estabelecidas na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal,⁴⁶⁷ tanto por desorganização, quanto por ausência de vagas em espaços menos rígidos para sujeitos já contemplados pela progressão de regime. Foi com este propósito de considerar as garantias constitucionais da individualização da pena, da legalidade e da dignidade humana, que o teor da presente súmula foi estabelecido.⁴⁶⁸

Como recém referido, o sistema penal brasileiro conta com o chamado sistema progressivo de pena, o que quer dizer que o apenado, cumpridos alguns requisitos, deverá ser transferido de um regime mais gravoso para um menos gravoso.⁴⁶⁹ No entanto, o seu funcionamento, na prática processual, vem se mostrando consideravelmente insatisfatório, tendo em vista o corriqueiro déficit de vagas nos regimes semiaberto e aberto. Conseqüentemente, os sujeitos que progredem para tais regimes acabam permanecendo em penitenciárias do regime fechado, havendo, assim, um grande excesso executório.⁴⁷⁰

Agora, com relação ao regime semiaberto, ao analisarmos a fração econômica do direito penal, logo percebemos a atual desestrutura do regime em tela, situação que figura como uma das causas da reincidência criminal.⁴⁷¹ Tal problemática envolve o descumprimento da previsão legal da progressão de regime, já que há falta de vagas para todos os presos que devem ser encaminhados para esse regime intermediário,

⁴⁶⁷ Crítica: “[...] a prisão mais parece um depósito de criminosos”. (POZZEBON, Fernanda Sporleder de Souza. **Egresso do sistema penitenciário: A trajetória de um estigma e o papel da FAESP.** p. 120).

⁴⁶⁸ Imagine, pois, um sujeito condenado a cinco anos de reclusão, a serem cumpridos no semiaberto, mas que ao iniciar o cumprimento percebeu-se a falta de estabelecimento compatível com o estabelecido na LEP para o semiaberto. Agora se pergunte: será aceitável que o sujeito cumpra sua pena no regime fechado? Daí, a relevância da Súmula vinculante 56 do STF, que diz “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”; CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56.** p. 2

⁴⁶⁹ Existem requisitos objetivos e subjetivos. Os primeiros, relacionam-se unicamente com o aspecto temporal da pena; os últimos, estão ligados às “condições pessoais do condenado”. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98.** p. 203); no que se refere aos requisitos de tempo para a progressão, temos, de acordo com o Artigo 112 da LEP, a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena (para os crimes comuns), todavia é necessário lembrar da nova Lei nº 13.964 de 2019 (**Lei Anticrime**), que alterou o referido artigo, passando a indicar porcentagens de cumprimento de pena e não mais frações. Pegando como exemplo este mesmo caso: Artigo 112, inciso I, da LEP, pela nova redação dada em 2019 - 16% da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.

⁴⁷⁰ Por certo, temos de relembrar que, por maior que seja a gravidade do crime praticado, uma condenação criminal não pode ser legítima ao retirar a humanidade do sujeito; os condenados não podem ser tidos como simples objetos de direito: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, XLIX - É assegurado aos presos a integridade física e moral; CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56.** p. 2-3

⁴⁷¹ LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Filipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. In: **Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate.** p. 47

incorrendo na maleficência para os condenados, que precisam ser mantidos no regime fechado (quando não couber o relaxamento da prisão).⁴⁷² Diante disso, portanto, percebe-se a completa distorção dos objetivos retributivos e ressocializadores da pena.⁴⁷³

Após notar tal bagunça procedimental, o STF posicionou-se e passou a adotar alguns parâmetros para dirimir os casos envolvendo o déficit de vagas em estabelecimentos adequados,⁴⁷⁴ ficando, assim, decidido que, nestes casos, devem ser determinadas as seguintes ações: 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 progrida ao regime aberto.⁴⁷⁵ Deste modo, o propósito das referidas alternativas é fazer vagar espaços nos regimes menos onerosos,⁴⁷⁶ buscando-se ver respeitado, inclusive, o disposto no art. 185, da LEP.⁴⁷⁷

Neste cenário, para o surgimento de vagas no semiaberto, ao contrário do que normalmente ocorria (passar do regime fechado direto para o cumprimento do restante da pena em prisão domiciliar), o juiz das execuções deverá agir de forma a antecipar a liberação de um preso do regime semiaberto, para que o detento originário do regime fechado possa ocupar seu lugar. É lógico que, para tanto, o então ocupante do

⁴⁷² De acordo com o sistema progressivo de pena, o preso não deve cumprir pena em regime mais gravoso do que aquele para o qual foi condenado. Entretanto, a prática demonstra-se em descompasso com a teoria. (LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. *In: Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate*. p. 50).

⁴⁷³ “[...] o estado comete um equívoco ao concentrar seus investimentos em penitenciárias, estabelecimentos que mais demandam recursos públicos. Em vez disso, deveria haver mais investimentos em colônias agrícolas e industriais. Estes empreendimentos, além de amenizar o problema da falta de vagas, ainda podem se tornar autossustentáveis através dos recursos advindos de sua produção”. (LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. *In: Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate*. p. 47)

⁴⁷⁴ De acordo com o art. 117, da LEP, caberia a concessão da prisão domiciliar, excepcionalmente, na presença de alguma das quatro hipóteses elencadas no dispositivo, no entanto, na prática processual, tem sido necessário a aplicação em cenário distinto. O certo é que não pode o condenado “sofrer gravames simplesmente porque o Estado deixou de cumprir seu papel, não construindo estabelecimentos adequados à execução penal.” (MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98**. p. 199-200).

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/RS** – Parâmetros.

⁴⁷⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 3

⁴⁷⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigo 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

semiaberto receberá o “benefício” da saída antecipada, ficando em liberdade eletronicamente monitorada. Por outro lado, quando o preso progredir do semiaberto para o aberto, e na ausência de vaga, a este poderá ser concedida a troca do restante da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e/ou estudo.⁴⁷⁸

Considerando tais hipóteses, entende-se, em suma, que, não havendo local adequado ao regime semiaberto ou aberto, à prisão domiciliar não deve ser dada preferência. Por esta razão, é pertinente entender as motivações deste posicionamento por parte do STF, a começar pelo entendimento de que a prisão domiciliar apresentaria alguns impasses.⁴⁷⁹ Neste sentido, a necessidade de o condenado aparelhar-se com uma moradia para ser acolhido é a que mais salta aos olhos, já que esta condição especial pode não ser fácil para o apenado.⁴⁸⁰

Além disso, mesmo quando superada a dificuldade inicial apontada, o sujeito passa a depender de outras pessoas para se manter economicamente, já que não pode se desvencilhar do asilo integral.⁴⁸¹ Fora isso, há, também, quem considere esta modalidade de pena uma “transferência de punição”⁴⁸² à família do sujeito, que sequer pode visualizar na prática a real ressocialização do condenado.⁴⁸³ Dito de outro modo, o

⁴⁷⁸ Sobre isso, é oportuno observar que os presos a serem beneficiados com saídas antecipadas ou com penas alternativas serão assim remanejados conforme critérios de igualdade bem definidos, a começar pelos que se referem ao bom comportamento daqueles (critério subjetivo) e pelos que indiquem que a progressão ou o encerramento da pena encontram-se próximos (critério objetivo). Isso tudo deve se basear no chamado “cadastro nacional de presos”, que servirá como fonte de informações atualizadas e como organizador da “fila de saída”. (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 4).

⁴⁷⁹ A respeito deste tema, é necessário refletir sobre o seguinte paradoxo: Por um lado, “a transformação do regime semiaberto em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico (ME) a princípio parece denotar apenas benefícios, pois aos presos proporcionaria condição mais digna de cumprimento de pena e, ainda, economia aos cofres públicos”. Por outro lado, temos que a circunstância poderia ser traduzida em uma espécie de manobra estatal para o desvio de suas responsabilidades, especialmente quanto à reintegração do preso, tendo em vista que a pena “deve ir além do caráter punitivo”. (VASCONCELOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. **Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo**. In: **Revista Direito & Práxis**. p. 396).

⁴⁸⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 4

⁴⁸¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 4; sobre este ponto, cabe transcrever que “[...] na domiciliar monitorada eletronicamente, senão proporcionado o trabalho e/ou estudo, teremos resgatado duas das três funções da masmorra de outrora, pois os presos, além de trancados em suas residências, estarão escondidos inclusive dos estatísticos que aferem a lotação carcerária do país.” (VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. **Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo**. In: **Revista Direito & Práxis**. p. 400).

⁴⁸² CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 4

⁴⁸³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 4; Apesar do exposto, cabe aos estudiosos da área a seguinte reflexão: e se, ao invés da prisão domiciliar em questão, utilizar-se o monitoramento eletrônico como real pena alternativa aos regimes semiaberto e aberto, como forma de efetivar os parâmetros do RE 641.320/RS? Por certo, é válido pensar o monitoramento eletrônico como um cenário de saída para os problemas envolvendo a total dependência do preso a terceiros – no quesito econômico – ou para a dificuldade tanto de fiscalização, como de ressocialização.

mecanismo, se mal estudado e praticado, serve apenas como uma “camuflagem da ineficiência estatal”.⁴⁸⁴

Oportuno, inclusive, é tratar da questão envolvendo o trabalho do apenado, pois sabe-se que, nos séculos XVI e XVII, o trabalho forçado passou a ser utilizado na Europa para a suposta recuperação de delinquentes, transformando-os em indivíduos socialmente aceitos e úteis para a sociedade, uma vez que o labor poderia afastá-los de práticas delituosas.⁴⁸⁵ Um século mais tarde, os ideais passaram a se embasar no caráter humanitário das sanções, já na observância dos princípios ressocializadores.⁴⁸⁶

Mesmo assim, referidos ideais não deixaram de notar no trabalho prisional sua relevância: agora, a pena não mais recairia sobre o corpo do indivíduo, mas sobre sua alma.⁴⁸⁷ Ou seja, “a definição do trabalho prisional transformou-se, de pena, a uma forma de intervenção durante o cumprimento da pena”, sendo o ato de ressocializar – leia-se “educar”, “inserir”, “habilitar” – o principal discurso da LEP, algo muito diferente do que a experiência prática tem sugerido.⁴⁸⁸

Em termos normativos, estão elencados em nossa LEP três incidentes de execução,⁴⁸⁹ dentre os quais estão as chamadas “conversões” de regime. Neste estudo, é interessante realizamos a diferenciação entre o presente incidente com o sistema progressivo de penas.⁴⁹⁰ Enquanto a progressão⁴⁹¹ de regimes sugere a troca de um

⁴⁸⁴ VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. **Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo.** In: **Revista Direito & Práxis.** p. 400

⁴⁸⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** p. 43-44, 59.

⁴⁸⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos.** Tradução de Sérgio Lamarão. p. 190

⁴⁸⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: a história da violência nas prisões.** p. 56

⁴⁸⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**; NUNES, Alicia Rodriguez. **Fórmulas para la ressocialización del delincente en la legislación y el sistema penitenciario españoles.** p. 4; “[...] o legislador brasileiro utiliza o trabalho como principal instrumento de reinserção social”. (LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. In: **Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate.** p. 49); LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil.** p. 99-100

⁴⁸⁹ Apesar de enumerados, os incidentes (conversões, excesso ou desvio, anistia/indulto, dispostos nos artigos 180, 185, 187 e seguintes da LEP) não são considerados *numerus clausus*. (BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal.** p. 128).

⁴⁹⁰ “Adotamos o sistema progressivo, decorrente do sistema penitenciário irlandês”, todavia com modificações, inclusive podendo o réu estar sujeito ao sistema regressivo (vide art. 118, da LEP). Além disso, há crimes, como os hediondos, para os quais são previstos requisitos objetivos diferenciados – conforme a redação do art. 1º, §2º, da Lei n. 11.464/2007. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98.** p. 186-187). Aqui, importa ressaltar a Súmula 471, do Superior Tribunal de Justiça: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.”

regime por outro (vide art. 112, da LEP), a conversão, como o próprio nome indica, trata-se de uma efetiva mudança do tipo de pena aplicada ao sujeito: “detenção não superior a dois anos pode ser convertida em prestação de serviços à comunidade, e a limitação de fim de semana pode ser convertida em detenção”,⁴⁹² a título de exemplo.

Devido à carência de vagas – muitas vezes em suas cidades de origem – é comum que os presos sejam encaminhados para locais distantes, o que obstaculiza, por exemplo, o contato permanente com seus familiares.⁴⁹³ Além disso, é comum que isso seja utilizado como argumento principal de pedidos de relaxamentos de prisões. Desta forma, acabam prejudicadas as finalidades ressocializadoras e retributivas da pena. Por isso, vem crescendo a reflexão acerca da necessidade de se melhorar a logística para o cumprimento de cada regime.⁴⁹⁴

Sobre isso, merece destaque a falta de vagas no regime semiaberto, tendo em vista que, com isso, os ditames legais são completamente corrompidos pelo sistema, já que os indivíduos que deveriam iniciar o cumprimento de suas penas no regime em tela – ou que progrediram de regime – por vezes são encaminhados para penitenciárias, local específico para o cumprimento de pena no regime fechado. Daí, explicada a certa facilidade encontrada pelos advogados ou defensores públicos no que toca aos relaxamentos de prisão de seus clientes – quando não couber a conversão em prisão domiciliar – haja vista a ilegalidade escancarada de “aplicar regime mais severo do que o estabelecido na LEP”.⁴⁹⁵

Vale lembrar que, apesar da designação legal dos diferentes estabelecimentos para cada regime (fechado,⁴⁹⁶ semiaberto e aberto⁴⁹⁷), na prática “a execução de sanções

⁴⁹¹ Com efeito, até o trânsito em julgado da sentença, o juízo da condenação é o responsável pela progressão; passado este momento, a competência passa a ser do juízo da execução. (BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. p. 140).

⁴⁹² BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. p. 128

⁴⁹³ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico.: Alternativas penais. *In: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)*. p. 7

⁴⁹⁴ “[...] colônias agrícolas e industriais bem estruturadas evitariam o relaxamento de prisão dos criminosos e seriam fundamentais no cumprimento da função ressocializadora da pena”. (LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. *In: Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate*. p. 48-52).

⁴⁹⁵ LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. *In: Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate*. p. 50-51

⁴⁹⁶ A denominação “penitenciária” costuma gerar reprimendas por parte da doutrina, pois remete à “penitência”, que facilmente é relacionado ao sentimento de tormento. Por isso, defendem: “O ideal seria a mudança da denominação, ou, mesmo que mantida, alterada a realidade, para que o estabelecimento não mais importasse em local de sofrimento, mas de recuperação, de reeducação, dando maior ênfase ao

se dá em locais inadequados”.⁴⁹⁸ Daí, a percepção e o aproveitamento da defesa no que toca à violação da legislação sobre o assunto, uma vez que não se pode forçar ao apenado, por exemplo, o cumprimento de pena no regime fechado em cela coletiva, contrariamente à previsão de “isolamento durante o repouso noturno”⁴⁹⁹, dentre outros casos.

Ademais, trata-se do momento para percebermos que grande parte dos tipos penais vem acompanhada de penas acima de quatro anos e/ou abaixo de oito, ou seja, penas de detenção cujo cumprimento pode ser iniciado no regime semiaberto, desde que não verificada a reincidência.⁵⁰⁰ Isso significa, conseqüentemente, que há certo equívoco por parte do sistema criminal e governamental, como um todo, em “concentrar seus investimentos de forma mais contundente em estabelecimentos para o regime fechado”.⁵⁰¹

Outrossim, o modo como está estruturado o Poder Judiciário não permite abranger tamanha quantidade de execuções de pena existentes no país. Há, realmente, uma questão matemática envolvida no problema, pois, da forma como a realidade se apresenta, a prestação jurisdicional mostra-se completamente ineficiente ao que se propõe. Isso tudo torna difícil o controle da insatisfação da população carcerária, bem como o possível aumento de faltas graves ou de rebeliões, assim como o “protesto dos

aspecto preventivo da sanção penal.” (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 174).

⁴⁹⁷ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 1940. **Código Penal**. Artigo 33, §1; “A casa de albergado tem uma estrutura simples e de baixo custo, visto que a mesma se caracteriza pela existência de grandes alojamentos, onde os condenados só se recolhem nos períodos de folga. Assim, não exigindo uma estrutura de segurança máxima, sua construção é muito mais barata, mas, curiosamente, são poucas as casas de albergado construídas no País.” (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 174 e 176).

⁴⁹⁸ Neste sentido, “o grande discurso governamental encontra amparo no elevado custo da arquitetura penitenciária”. Isto fez com que, institucionalmente, passasse a haver um reconhecimento de falência do Estado, no que se refere à execução legal e digna da pena. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 173).

⁴⁹⁹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 174

⁵⁰⁰ LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. *In: Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate*. p. 51

⁵⁰¹ “[...] e a maior vítima desta falha governamental é a sociedade, que sofre a mais grave consequência da impunidade, a reincidência”. (LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. *In: Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate*. p. 51).

familiares dos presos, da classe dos advogados, dos próprios funcionários da penitenciária” torna-se cada vez mais frequente.⁵⁰²

A verdade por detrás das críticas é somente uma: a atual legislação faz diversas previsões sobre a execução da pena, além de todos os “benefícios” prescritos aos presos, “sem que o Estado possua uma estrutura mínima para garanti-los, ao menos, satisfatoriamente”.⁵⁰³ Assim sendo, é impreterível a mobilização do Estado para a promoção de reformas na legislação penal e processual penal – máxime da Lei de Execução Penal – “com a simplificação de procedimentos, adequação dos benefícios previstos em lei à realidade do país”.⁵⁰⁴

2.2 O retorno do egresso ao convívio social e a nova fase segregatória

Para que seja possível realizar, minimamente, uma análise sobre a vida pós cárcere, é importante ponderar sobre as vivências do condenado no ambiente carcerário. No entanto, parece notório que, a partir do estabelecimento de rotinas padronizadas, bem como de imposições e limitações a todo instante, inevitável é que se pense nas repercussões possivelmente negativas em sua vida a partir dali.⁵⁰⁵ Há quem sustente, por exemplo, que as violências vividas na prisão são capazes de produzir a “anulação da autodeterminação e da baixa autoestima” dos indivíduos, estes que acabam por carregar para fora do cárcere o “estigma de criminoso”,⁵⁰⁶ possivelmente impulsionando sentimentos de desespero e revolta.

Sabe-se que uma vida pautada em disciplina tem potencial para aumentar as forças do sujeito em termos econômicos de utilidade. Entretanto, se a análise sobre disciplina partir do pressuposto de obrigatoriedade imposta, deve-se atentar para a possibilidade de diminuição de outras formas, como em termos políticos, por exemplo,

⁵⁰² PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos**: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. p. 234

⁵⁰³ PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos**: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. p. 235

⁵⁰⁴ PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos**: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. p. 236-237

⁵⁰⁵ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 70-72

⁵⁰⁶ POZZEBON, Fernanda Sporleder de Souza. **Egresso do sistema penitenciário**: A trajetória de um estigma e o papel da FAESP. p. 120

uma vez alcançada – além da suposta disciplina – a obediência individual. Daí, “uma sistemática mudança de crenças, vivências e significados ocorre”.⁵⁰⁷

Como já referido ao longo deste estudo, as penas que hoje nos habituamos a ver aplicadas sofreram diversas transformações ao longo da história.⁵⁰⁸ No entanto, algo que chama a atenção neste aspecto é o fato de que o suplício não deixou de ser a principal maneira de se retribuir atos delituosos. Neste sentido, é possível observar que se passou, tão somente, do suplício físico para o tácito. Neste último, “o corpo adentra em um sistema ordenado de repressão, coação, privação e disciplinamento”.⁵⁰⁹ Portanto, ao contrário do que se pretendeu, as prisões e as penas atuais tornaram-se tão violadoras de princípios e tão rasas de sensibilidade quanto às antigas. Hoje, o que se percebe são “rotinas prisionais mortificadoras às pessoas segregadas”.⁵¹⁰

Historicamente, a ideia de cárcere e de privação de liberdades é apontada como algo coletivamente necessário. Sobre isso, inclusive, existiu, até pouco tempo, uma certa tendência de se colocar lado a lado a importância de instituições como prisões, igrejas, escolas e palácios governamentais, por exemplo. Não por acaso, Foucault, à sua época, já delineava o tema da docilização dos corpos e dos atos dos indivíduos.⁵¹¹

Não faltam sustentações sobre como o cárcere é capaz de produzir degradações e rebaixamentos nos indivíduos que lá adentram⁵¹² – nele, “ocorre o despojamento do

⁵⁰⁷ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 72

⁵⁰⁸ Quando se trata das matrizes do sistema penitenciário brasileiro, deve-se buscar as remotas experiências obtidas entre o final século XIX e início do XX, quando, desde já, postulava-se a necessidade de se debater a respeito dos sistemas e das penas, demonstrando a necessidade de “modificações que incluíssem a técnica e a ciência.” (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 99).

⁵⁰⁹ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 71

⁵¹⁰ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 71

⁵¹¹ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 70-71; “Os estudos sobre o universo prisional no Brasil foram profundamente influenciados por esse referencial foucaultiano. A prisão, enquanto campo específico de pesquisa no Brasil, consolidou-se a partir de estudos que investigavam as condições prisionais; o perfil da massa carcerária; as constantes e graves violações aos direitos humanos; o trabalho prisional e seus reflexos simbólicos intramuros; e o problema da reincidência criminal.” (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 19).

⁵¹² Sabe que “é na execução que o condenado tem uma situação de maior vulnerabilidade.” (PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 150).

papel” do eu.⁵¹³ Neste interim, acredita-se que a possibilidade de reestabelecimento de alguns papéis sociais é remota.⁵¹⁴ Muito disso pode ser explicado pelo processo de “desfiguração pessoal” do apenado, que nada mais é do que a prática de alguns protocolos padrões impostos, como a retirada dos bens individuais do sujeito (roupas, joias etc.) ou as inevitáveis humilhações hierárquicas produzidas pelo “novo estilo de vida”.⁵¹⁵

Neste sentido, resta sinalizado o claro método de “descultramento do sujeito privado”.⁵¹⁶ É dizer, após adentrar ao estabelecimento prisional e adaptar-se, forçosamente, à dinamicidade exigida, a probabilidade de tornar-se um egresso⁵¹⁷ incapacitado para realização de atividades no mundo externo é considerável.⁵¹⁸ Ainda, seguindo o rumo do presente contexto, os sujeitos privados de liberdade – a depender do tempo no cárcere – são incitados, inconscientemente, a recusar as normas comumente seguidas pela sociedade livre.⁵¹⁹

Nada obstante a isso, ironicamente, permanecem na “esteira da moralização”⁵²⁰ os discursos parametrizados de reintegração, ressocialização ou reinserção social,⁵²¹ os

⁵¹³ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 72

⁵¹⁴ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 72; “[...] Sócrates não morreu por um regime político, e sim pela dignidade humana, o maior dos princípios, pois ele não tolerava a opressão do pensamento”. Tal frase é capaz de resumir o estrago que pode se provocar ao ser humano quando da privação/ausência de liberdade, sobretudo de consciência, pois a razão faz do homem o que ele é. (PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 70-72); “[...] para Aristóteles, o que distingue o homem do animal é o espírito e a razão e, é o logos, a essência mais própria do homem.” (LIBRELOTTO, Gicélia. **Dignidade da pessoa humana**: reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito. p. 95).

⁵¹⁵ Também são práticas comuns o “desrespeito à fala, a violação da reserva dos dados do eu – ex.: admissão, exposição física (cela, exames médicos), contaminações alimentares, privadas, celas, alimentação forçada, medicamentos forçados, revistas íntimas [...]”. (RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 73).

⁵¹⁶ LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 201

⁵¹⁷ A denominação egresso advém de conceito jurídico, conforme disposto no art. 26, da LEP. No entanto, para além da explicação legal do termo, deve-se olhar para o egresso como “uma categoria sociológica”, levando-se em consideração, por exemplo, as marcas da prisionização, tais como o estigma de ex-presidiário e a tamanha relevância de temas como religião e trabalho para estas pessoas. A religião, por servir como ferramenta de controle de novos crimes; o trabalho, por ser “fator decisivo para a inclusão social”. (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 201-202).

⁵¹⁸ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 73

⁵¹⁹ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 74

⁵²⁰ PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 148

quais resultam nas verdadeiras problematizações contemporâneas do processo penal. Ocorre que o ambiente carcerário atua – ou teria a pretensão teórica de atuar – sobre o apenado de modo a tentar discipliná-lo e moralizá-lo a todo custo,⁵²² com o objetivo maior de propiciar seu retorno ao meio social externo na condição de sujeito “regenerado”⁵²³ (na prática, é sabido que permanece até hoje o estigma declarado ao egresso criminal). Em contrapartida, o que se executa na prática são políticas penais de caráter regressivo, já que “do debate de políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo”.⁵²⁴

A partir deste cenário, a “(des)proteção ao egresso do sistema prisional em meio ao aparato das políticas de Estado é evidente”.⁵²⁵ Inclusive, o mais comum é que os próprios índices de reincidência dos egressos sirvam como endosso dos discursos punitivos, quando, na verdade, deveriam estar servindo como parâmetro de necessária reflexão coletiva no que se refere às fragilidades destes indivíduos na volta à vida livre.⁵²⁶ Neste sentido, como dito em outro tópico do presente estudo, caminham lado a lado a falácia sobre as prisões e o fracasso dos chamados “discursos re”⁵²⁷ (ressocialização, reintegração, reinserção).

⁵²¹ Cabe destacar que há um leque de palavras mencionadas/utilizadas pela doutrina para tratar do assunto, a exemplo: “reeducação, reinserção social, ressocialização, correção, reabilitação, melhora, tratamento, dentre outros, para designar uma das finalidades da pena, quer seja, a intervenção estatal sobre o indivíduo no momento da execução penal, em que se pretende ‘transformar o criminoso em não-criminoso’.” (PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 148).

⁵²² “A ressocialização orientada ao delinquente/apenado” possui prevista na LEP, art. 1º, onde fica demonstrado expressamente a preocupação de que assegurar “condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Sobre isso, há quem considere o texto objetivamente correccional, isto é, que possui o “intuito de corrigir e educar o delinquente para resguardar a comunidade, embora não use o vocábulo ressocializar”. Devido a tal entendimento, subsiste a crítica sobre a “ideologia do tratamento” do indivíduo. (PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 149).

⁵²³ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis: A (des)proteção social do egresso prisional**. p. 86-88

⁵²⁴ O motivo para isso pode ser explicado a partir da seletividade do Estado penal e do Poder Judiciário aplicada por meio das políticas sociais, tendo em vista que “não raramente o egresso do sistema prisional possui os seus acessos negados, ora pelo caráter focalizado das políticas sociais que não o contempla, ora pela ‘seletividade dos serviços públicos’ imbuídos de práticas profissionais conservadoras”. (RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis: A (des)proteção social do egresso prisional**. p. 82 e 88)

⁵²⁵ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis: A (des)proteção social do egresso prisional**. p. 89

⁵²⁶ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis: A (des)proteção social do egresso prisional**. p. 89

⁵²⁷ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis: A (des)proteção social do egresso prisional**. p. 89; o Poder público se faz omissor nesta problemática e “[...] as dificuldades de reinserção social continuam. [...] O estudo e o trabalho, que são considerados estruturantes e formadores da identidade do indivíduo na sociedade atual, encontram-se praticamente indisponíveis”. (POZZEBON, Fernanda

Em suma, portanto, permanece ativo o discurso formal dos ideais ressocializadores como principal foco da pena, enquanto a realidade traduz-se de modo contrário, a partir de ideologias punitivas que “referem-se à neutralização da massa carcerária em detrimento de sua pseudo ressocialização”.⁵²⁸ Além do mais, angustiantes são as dificuldades reais pelas quais os egressos passam, como na materialização de direitos civis básicos, a exemplo do acesso à sua documentação pessoal, e inserção em empregos formais.⁵²⁹ O que há de mais recorrente neste meio é o trabalho precário, tornando-se possível, assim, o ciclo do estigma de egresso prisional.⁵³⁰

Com efeito, infelizmente, torna-se cada vez mais perceptível os problemas enfrentados pelo atual sistema criminal – e que recai, invariavelmente, sobre os apenados/egressos – “Portador de uma identidade virtualmente deteriorada”⁵³¹ – no que se refere à superlotação carcerária e as violações de direitos envolvidos. Isto acaba refletindo em consideráveis taxas de reincidência, o que corrobora com os discursos de formação de “carreiras criminais” durante o cumprimento das penas. Diante do contexto verificado, a prisão passa a ser vista como “um duplo erro econômico”, pois não é efetiva em barrar a criminalidade e possui custos consideráveis.”⁵³²

Agora, voltando o assunto para um lado um pouco mais psíquico, é relevante que tratemos sobre as (quebras de) vinculações afetivas e familiares envolvidas no

Sporleder de Souza. **Egresso do sistema penitenciário**: A trajetória de um estigma e o papel da FAESP. p. 121); O sistema penitenciário brasileiro é compreendido como um método falido desde a década de 1970, inclusive motivando a instalação de uma comissão parlamentar de inquérito, à época, para acompanhar a realidade prisional.” (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 20).

⁵²⁸ “Sob tal prisma, “ressocializar” segmentos sociais que sempre estiveram à espreita da ação do poder público, invisibilizadas em suas demandas e negligenciadas em seus direitos, torna-se uma falácia.” (RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 90)

⁵²⁹ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 94; é sabido que o trabalho digno é uma parte fundamental para a concretização da reintegração social. Por isso, o Poder Público é parte essencial no processo de regaste da imagem do indivíduo que esteve preso, seja por meio de organizações, empresas ou sociedade em geral. (POZZEBON, Fernanda Sporleder de Souza. **Egresso do sistema penitenciário**: A trajetória de um estigma e o papel da FAESP. p. 123).

⁵³⁰ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 103; sobre isso, é intrigante a forma como as propostas de reintegração social vem se atualizando: “É melhor sair pedreiro do que nada” é um posicionamento comum. (RITTER, Paula Uglione. **Vivência dos apenados nas oficinas profissionalizantes dos presídios gaúchos**: aprendizagem e trabalho. p. 30).

⁵³¹ LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 201

⁵³² Neste sentido, há quem conclua ser a pena de prisão somente retributiva: “[...] o sistema judiciário-criminal encarrega-se de tirar o criminoso do convívio social por determinado período de tempo, fazendo com que pague com a reclusão o fato que cometeu, mas, ao sair, o sistema não lhe dá condições de retornar à sociedade como cidadão apto a reintegrar-se.” (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 21-22).

processo de cumprimento de pena: “[...] a passagem pela prisão é uma marca coletiva que define suas trajetórias, da mesma forma que carências materiais, familiares, infra estruturais definiram suas trajetórias até a vida criminal”.⁵³³ De fato, é importante mencionar como o distanciamento de pessoas queridas e basilares de uma mesma família, no período da privação de liberdade, poderá desenvolver uma dificuldade ainda maior na reestruturação da vida extramuros ao egresso.⁵³⁴

Sobre isso, é significativo que a pauta de “reconstrução do mundo social do sujeito” esteja sempre em evidência, de modo a combiná-la com a realidade exposta na vida prática do egresso. Assim, a reflexão sobre a “importância do outro” na formação dos sujeitos torna-se básica, pois a autonomia necessária aos cidadãos, sejam eles egressos criminais ou não, é, também, básica, para a sobrevivência eficaz. O contato com o outro é fundamental no desenvolvimento da autonomia pessoal.⁵³⁵

Com efeito, o cárcere é capaz de provocar o efeito de “desculturação” social externa, passando a introduzir no sujeito a “subcultura carcerária”. Em outras palavras, ao adentrar no ambiente prisional, o condenado obriga a “ressocializar-se” naquele, consumindo e absorvendo as regras e os valores daquela nova sociedade – intramuros – “juntamente com o estigma, uma marca na trajetória dos egressos.”⁵³⁶ Nesta conjuntura, tornam-se inevitáveis as transformações de personalidade: “Ele é mais um selvagem no meio dos outros selvagens. Então ele tem que ser o rei da selva pra sobreviver. Então ele vai criando o mundo dele [...]”,⁵³⁷ relatou um dos participantes de um estudo realizado sobre o tema.⁵³⁸

Ao final, e apesar de tudo, o sonho do egresso criminal de se ver novamente inserido no mercado de trabalho, além de retornar ao convívio familiar, é o que chama

⁵³³ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 100-101; LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 201-202

⁵³⁴ RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis**: A (des)proteção social do egresso prisional. p. 100-101

⁵³⁵ “[...] é só através do contato com o outro que o sujeito tem a possibilidade de obter a autonomia necessária para sua sobrevivência no mundo em sociedade”. (RITTER, Paula Uglione. **Vivência dos apenados nas oficinas profissionalizantes dos presídios gaúchos**: aprendizagem e trabalho. p. 34 e 40).

⁵³⁶ Para os egressos que participarem do grupo focal realizado pela autora, a prisão é um “divisor de águas”, referindo-se a ela como uma espécie de “passagem de uma vida de emoção para uma vida de apatia.” (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 231-232).

⁵³⁷ LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 233

⁵³⁸ LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 233

mais atenção nos estudos realizados. Para eles, o melhor raciocínio é: “para a manutenção longe das grades, precisam trabalhar; para se reinserir, precisam trabalhar; para se sentirem cidadãos, precisam trabalhar.”⁵³⁹ Entretanto, para quantidade relevante de egressos, trata-se de um plano que não vê as expectativas alcançadas tão facilmente, pois a dificuldade que necessitam enfrentar está para além das já encontradas no setor laboral em geral, visto que, agora, “terão de lidar com o acréscimo do preconceito”,⁵⁴⁰ algo que torna recuadas as chances de reinserção pelo trabalho.

⁵³⁹ LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 238

⁵⁴⁰ “É através do trabalho. Não tem como, tem que ser através do trabalho”, disse um dos participantes do estudo realizado. (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 238).

3 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO ESPÉCIE DE PENA

A cada dia torna-se mais preocupante a situação intrincada e caótica do sistema prisional brasileiro, em termos de justiça, desenvolvimento social e dignidade humana.⁵⁴¹ Nesta lógica, é deveras questionável ocuparmos o 4º lugar no ranking mundial de presos, sob a alegação de “construção de uma sociedade mais segura”.⁵⁴² Foi a partir de tal enfoque que o monitoramento eletrônico, com previsão legal desde 2010, no Brasil, ganhou relevância prática na Política Penal.⁵⁴³ Assim sendo, cabe sintetizar quais os principais fatores que influenciaram o desenvolvimento e a prática do monitoramento eletrônico, a nível mundial: I. superpopulação carcerária; II. custos elevados da prisão comum; III. penas cada vez mais punitivas e IV. possibilidade de supervisão do cumprimento de penas em ambiente externo ao cárcere.⁵⁴⁴

Em vista disto, o histórico do monitoramento eletrônico é realmente interessante.⁵⁴⁵ A ideia teve origem, de forma similar ao que conhecemos hoje, em meados de 1960, devido à expertise de Ralph Schwitzgebel, um professor de psicologia da Universidade de Harvard, que pensou ser útil, de alguma forma, controlar, à distância, jovens delinquentes e doentes mentais.⁵⁴⁶ Todavia, foi somente entre 1977 e 1983 que a tecnologia foi realmente posta em prática no sistema penal, mais

⁵⁴¹ PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 8-9

⁵⁴² PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 9

⁵⁴³ PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 10; O monitoramento de presos surgiu como uma medida que “teria o potencial de retirar os apenados mais cedo do cárcere, bem como oferecer-lhes melhores condições de reinserção social”, além de também influir na possibilidade de “evitar a própria ida para a prisão”. Visto por este ângulo, trata-se de uma forma de evitar o contato de pequenos delinquentes com “a dura realidade do cárcere”. (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 177).

⁵⁴⁴ TORRES ROSELL, Núria. Contenido y fines de la pena de localización permanente, 2012, p. 4 apud ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 244

⁵⁴⁵ De modo simplificado, o monitoramento eletrônico “combina soluções em hardware e software, consistindo na implantação de um dispositivo eletrônico no corpo do indivíduo (indiciado ou condenado) que passa a ter restrições em sua liberdade, sendo observado – monitorado – por uma central de monitoração criada e gerida pelo governo do Estado”. Ademais, está disponível em configurações ativas e passivas, atuando de acordo com a tecnologia de GPS, a qual é capaz de monitorar o indivíduo continuamente, durante as 24 horas do dia. (PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 26-27; DIAS FILHO, Zaferino. **A (in)eficácia da tornozeleira eletrônica nos crimes de colarinho branco**. p. 29-30).

⁵⁴⁶ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 56; PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 22; DIAS FILHO, Zaferino. **A (in)eficácia da tornozeleira eletrônica nos crimes de colarinho branco**. p. 25

especificamente no Novo México (EUA), através de julgamentos realizados pelo Juiz Jack Love.⁵⁴⁷ Desta forma, após alguns experimentos em sentenciados, o número de monitorados eletronicamente nos Estados Unidos multiplicou, em dez anos, cerca de 40 vezes.⁵⁴⁸

Enquanto isso, o monitoramento eletrônico também passou a ser inserido nos sistemas prisionais de países como Alemanha, Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, Colômbia, Espanha, França, Holanda, Itália, Portugal, Suíça, entre outros, desde sua consolidação, na década de 1980.⁵⁴⁹ No Brasil, por sua vez, a implantação começou a ser ensaiada, por meio de diversos projetos de lei, a partir de 2001,⁵⁵⁰ ancorados na crise do sistema prisional e na busca por uma reintegração social de presos mais efetiva.⁵⁵¹

Ademais, é possível mencionar diversos sistemas de monitoramento, os quais variam de acordo com o país e a legislação aplicável. O primeiro deles é o sistema passivo, o qual prevê um contato programado, via ligação telefônica com o apenado, surpreendendo-o; o segundo é o sistema ativo, baseado na radiofrequência via bracelete/dispositivo instalado na casa do preso, que envia sinais de alerta para a central de monitoramento; o terceiro é o sistema passivo, via GPS, que também funciona a partir de linha telefônica no local onde se encontra o indivíduo; e o quarto é o sistema ativo, também via GPS, que funciona por meio de dispositivo móvel carregado pelo preso, sendo capaz de transmitir movimentos, permitidos ou não, em tempo real, à central de monitoramento. Este último é o utilizado no Brasil.⁵⁵²

⁵⁴⁷ PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 22; PELEGRINO, Flávia Werneck; FREITAS, Cláudia Regina Miranda. **Anotações sobre o monitoramento eletrônico de presos no Brasil**. p. 95

⁵⁴⁸ O número foi de 2.300 para 95.000 em uma década, coincidindo com o período de *boom* do contingente carcerário global. (PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 22).

⁵⁴⁹ PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 23; A Argentina foi o primeiro país a colocar em prática o sistema de vigilância eletrônica de presos, especificamente na detenção de presos provisórios em prisão domiciliar. (TANTIN, Edmara. **Estatística aplicada à Monitoração Eletrônica de presos**. p. 5).

⁵⁵⁰ PL nº 4.342/2001 (Deputado Marcus Vicente); PL nº 4.342/2001 (Deputado Vittorio Medioli); PL nº 337/2007 (Deputado Ciro Pedrosa); PL nº 510/2007 (Deputado Carlos Manato); PLS nº 165/2007 (exposto pelo Senador Aloizio Marcadante); PLS nº 175/2007 (exposto pelo Senador Magno Malta); PL nº 641/2007 (Deputado Edio Lopes); PL nº 1.440/2007 (Deputado Beto Mansur). Em 2008, por sua vez, foi sancionada a primeira lei estadual sobre o tema, em São Paulo, pelo então governador José Serra (Lei nº 12.906/2008).

⁵⁵¹ Em 2006, por intermédio da conhecida Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), as tornozeleiras eletrônicas ganharam espaço efetivo no Brasil, juntamente com o dispositivo chamado “UPR” – unidade portátil de rastreamento –, como forma de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica.

⁵⁵² Também existe uma separação por “modelos referenciais”. O primeiro modelo trata-se de sistema de monitoração eletrônica controlado através de dispositivo móvel conectado ao sujeito. Já o segundo

1. O instrumento no direito brasileiro (Leis 12.258/2010 e 11.403/2011)

Nada obstante à ampliação prática do monitoramento eletrônico pelo mundo, foi apenas no ano de 2010 que surgiu, no cenário brasileiro, a primeira Lei Federal sobre o tema (Lei n. 12.258), que foi responsável por alterar a LEP e introduzir as possibilidades de monitoração.⁵⁵³ Por sua vez, em 2011, foi promulgada a Lei n. 12.403 sobre a mesma temática. Deste modo, ao passo que a Lei de 2010 serviu como síntese primária para os movimentos introdutórios da monitoração eletrônica no país,⁵⁵⁴ a Lei de 2011 foi além e admitiu o monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa da prisão, alterando, desta vez, o Código de Processo Penal.⁵⁵⁵ Em outras palavras, “a monitoração que ficava restrita à fase de execução penal, é ampliada ao público não sentenciado no curso do inquérito policial e mesmo aos acusados [...]”.⁵⁵⁶

Em síntese, embora o mecanismo de monitoramento eletrônico⁵⁵⁷ seja uma realidade nos Estados Unidos da América há cerca de 40 anos, a discussão sobre sua

modelo funciona por meio da verificação biométrica, o qual é capaz de captar informações/características pessoais do preso, como suas digitais e sua voz. Por fim, o terceiro modelo é o *tracking* (seguimento continuado), por meio do qual é possível verificar o local onde o sujeito se encontra. Sobre o seguimento continuado, destaca-se a crítica mais comum sobre o monitoramento eletrônico: o fato de vigiar o sujeito 24 horas por dia, interferindo diretamente na sua intimidade. (BARROS LEAL, César. Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. 2011, p. 55-58 apud ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 244-245).

⁵⁵³ A Lei nº 12.258/2010 previu dois casos específicos: o monitoramento aplicado ao preso em situação de saída temporária do regime semiaberto e o monitoramento aplicado ao sujeito que estiver cumprindo pena em prisão domiciliar. (PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 23-24; ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 177).

⁵⁵⁴ Segundo informação extraída de uma nota técnica do DEPEN sobre o procedimento, entende-se por monitoração eletrônica os “mecanismos de restrição da liberdade e de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, no âmbito da política penal, executados por meios técnicos que permitem indicar de forma exata e ininterrupta a geolocalização das pessoas monitoradas para controle e vigilância indireta, orientados para o desencarceramento.” (DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). **Ministério da Justiça**. Nota Técnica n.º 21/2020/COMAP/DIRPP/DEPEN/MJ).

⁵⁵⁵ A referida Lei alterou o Código de Processo Penal, em seu art. 319, inciso IX, instituindo a monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão. (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 177).

⁵⁵⁶ PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 25

⁵⁵⁷ No mercado atual, dispõe-se de quatro técnicas de vigilância eletrônica: 1) adaptação de uma pulseira; 2) adaptação de uma tornozadeira; 3) adaptação de um cinto; 4) adaptação de um microchip implantado no corpo – ainda em fase de testes em países desenvolvidos. No Brasil, o que se tornou mais perceptível foram os meios de vigilância eletrônica na modalidade de câmeras de vigilância em espaços públicos ou privados e na modalidade de tornozadeiras. (ZACKSESKI, Cristina; MACIEL, Welliton Caixeta. Vigilância eletrônica e mecanismos de controle de liberdade: elementos para reflexão. *In: Revista EMERJ*. p. 462). A segunda modalidade possui o papel central desta pesquisa.

aplicação no Brasil só teve início em meados dos anos 2000. Apesar das propostas legislativas de autoria dos deputados Marcus Vicente (PL n. 4.342) e Vittorio Mediolli (PL n. 4.834), a primeira legislação federal sobre o assunto ocorreu apenas no ano de 2010, por meio da Lei n. 12.258, como já mencionado.⁵⁵⁸ Vale lembrar, porém, que o monitoramento eletrônico já vinha sendo experimentado no país desde 2007⁵⁵⁹ e 2009,⁵⁶⁰ no plano legislativo estadual de algumas regiões.⁵⁶¹

Todavia, independentemente do histórico, subsiste a crítica temerosa em relação à forma como a medida foi apresentada: uma espécie de “solução mágica” frente ao desmedido contingente carcerário.⁵⁶² Nesta perspectiva, o monitoramento eletrônico seria uma “ampliação irrefletida” de políticas criminais que visam o desencarceramento, as quais estariam baseadas, e ganhando força, dentro de um “momento propício para a aceitação” da sociedade.⁵⁶³

⁵⁵⁸ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. p. 13

⁵⁵⁹ Em 2007, o Estado da Paraíba colocou em prática a vigilância eletrônica, de maneira pioneira. Foram cinco monitorados (condenados que cumpriam pena privativa de liberdade no regime semiaberto) a utilizarem tornozeleiras eletrônicas com sistema de GPS. (LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica a distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. p. 101 e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. *O Brasil e o monitoramento eletrônico (...)*, p. 29 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 118).

⁵⁶⁰ Em 2008, o Estado de São e do Rio Grande do Sul aprovaram leis estaduais referentes ao monitoramento eletrônico (Lei nº 12.906/2008 – SP e Lei nº 13.044/2008 – RS). Já em 2009, foi a vez do Estado do Rio de Janeiro conhecer do procedimento de monitoração, com a Lei nº 5.530/2009. Além dos Estados já citados, Minas Gerais, Alagoas, Goiás e Pernambuco também foram regiões que experimentaram a tecnologia anteriormente à existência dos textos federais.

⁵⁶¹ Aproximadamente neste mesmo período, era colocado em prática o projeto “Liberdade Viglada, Sociedade Protegida, no qual cinco presos do regime fechado com bom comportamento se voluntariavam para prestar serviços sociais em obras públicas – em parceria com a Prefeitura local –, cientes de que estariam sendo controlados por uma tornozeleira eletrônica: “À frente das infindáveis gafes do sistema penitenciário, antes mesmo da criação das Leis nº 12.258/201044 e Lei nº 12.403/201145, Bruno César Azevedo Isidro, como providência fundamental para reduzir os impactos negativos dos presídios, desenvolveu o projeto”. O projeto foi bem-sucedido e corroborou para a implementação da Lei Estadual 12.906/2008, em São Paulo. (ISIDRO, Bruno César Azevedo. **Liberdade Viglada, Sociedade Protegida** apud ROCHA, Marina Dias. **A eficácia do uso das tornozeleiras eletrônicas para o monitoramento dos presos no regime semiaberto** – A experiência de Porto Alegre. 2018. p. 13-14).

⁵⁶² ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 176; infelizmente, os estudos e debates sobre o monitoramento eletrônico tendem a, ainda, manter o foco no contingente carcerário, tornando-o limitado a apresentar-se como uma “solução paliativa para um sistema desgastado”. (VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. *Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo*. *In: Revista Direito & Práxis*. p. 404).

⁵⁶³ Neste ponto, nota-se, claramente, o tom irônico utilizado pelos autores ao retratar a aplicação “precoce” do monitoramento, no seguinte trecho: “Ele parece ser capaz de, a um só tempo, reduzir o encarceramento – gerando ganhos sociais e econômicos; e promover maior credibilidade e, assim, confiabilidade da população com relação às penas alternativas à prisão.” (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere?* *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 176).

De acordo com o presente juízo, o procedimento de vigilância é retratado como “técnica de gerenciamento do sistema”⁵⁶⁴ e, sobretudo, como um *plus* ao controle punitivo estatal.⁵⁶⁵ Portanto, é no sentido de chamar a atenção para o potencial efeito *net-widening*⁵⁶⁶ do monitoramento, diante de uma aplicação, por vezes, alheia a frequentes debates públicos, ponderações e estritas delimitações em lei, procedimento entendido como indispensável se manterem resguardados os direitos individuais do monitorado.⁵⁶⁷ Ademais, as críticas sobre o instrumento seguem, também, no sentido de que permaneceriam ausentes normas ou diretrizes específicas para o seu funcionamento: “Ela segue os rumos de uma política acelerada, sem princípios e diretrizes nacionais, sem protocolos claros voltados à orientação dos serviços”.⁵⁶⁸ No mesmo sentido, somando-se aos pareceres negativos, surge a narrativa acerca da proteção dos dados dos monitorados.⁵⁶⁹

Sustenta-se que a inexistência de regulações a respeito da circulação de informações sobre os monitorados poderia induzir formas abusivas de tratamento, como a investigação por suspeição dos sujeitos vigiados, isto é, os serviços de monitoração eletrônica poderiam servir como verdadeiras “arenas de retroalimentação do sistema

⁵⁶⁴ ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 176

⁵⁶⁵ ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 176

⁵⁶⁶ Leia-se: Preocupante “escalada do controle penal”. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 188); Críticas são realizadas sobre o caráter substitutivo do ME para encarceramento, mas especialmente sobre sua aplicação como “sanção adicional”. É dizer: o monitoramento pode ser justificado quando usado como uma alternativa ao cárcere, todavia o emprego da vigilância como *plus* punitivo pode resultar em excessos inconstitucionais e preocupações políticas. Assim, se está, portanto, analisando as implicações futuras para um possível monitoramento em massa. (EISENBERG, Avlana K. **Mass Monitoring**. *Southern California Law Review*. p. 123 e 159).

⁵⁶⁷ O direito da não-incriminação, bem como os de privacidade e intimidade são de grande relevância, ficando demonstrado, assim, a necessidade prática de serem feitas reiteradas reflexões acerca da aplicação do instrumento, de modo a observar-se o momento e o cenário atual do país e a perceber-se sua real necessidade e adequação diante do caso concreto. (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 176).

⁵⁶⁸ Devido à referida carência, firmou-se, em 2015, um Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministérios da Justiça, aguçando o potencial desencarcerador do instrumento, sempre com o devido respeito aos direitos fundamentais envolvidos. (PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 10; ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 176).

⁵⁶⁹ PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 11-12

prisional”.⁵⁷⁰ Isso tudo poderia, ainda, aliar-se às avaliações sobre os possíveis danos físicos e psicológicos aos usuários, já que inúmeras centrais de monitoramento não seriam amparadas por psicólogos, assistentes sociais ou técnicos do Direito, mas tão somente por agentes prisionais.⁵⁷¹

Nada obstante, no que se refere aos objetivos dos diplomas legais em estudo, é sabido que o monitoramento possui, desde o início, o desígnio declarado de abrandar a população carcerária, sem, contudo, permitir que se diminua a vigilância estatal sobre os apenados.⁵⁷² Como já referido, o início do monitoramento no Brasil teve sua aplicação voltada às saídas temporárias dos presos do regime semiaberto e no âmbito da prisão domiciliar⁵⁷³ e, cerca de um ano depois, o mecanismo passou a vigorar, também, sobre os indiciados, durante o inquérito, e sobre os acusados, durante o curso da ação penal.⁵⁷⁴

Na prática, o Artigo 146-B, da LEP, é responsável por limitar as hipóteses do monitoramento (saída temporária no regime semiaberto ou no caso de prisão domiciliar). Cabe ressaltar que os presos monitorados são aqueles que apresentam bom comportamento e foram condenados por crimes menos graves ou progrediram de regime e que, por isso, estão mais próximos de voltar ao convívio social. Portanto, a medida está diretamente relacionada ao caráter progressivo da execução penal e inclusão social do preso.⁵⁷⁵ Ademais, interessa observar o procedimento desde o início: quando concedida a medida ao preso, para que a tornozeleira seja instalada, é necessário a realização de um cadastro com dados para sua identificação, conforme previsão do Artigo 124, § 1º, da Lei 12.258/2010.⁵⁷⁶

⁵⁷⁰ PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 11-12

⁵⁷¹ Além das percepções críticas citadas, há, ainda, opiniões voltadas à possível (falta de) relevância prática da Lei nº 12.258/2010, no tocante à redução da população carcerária. Sustenta-se que as hipóteses referidas em lei se limitam ao âmbito da execução penal, ou seja, atingem apenas os condenados que já se encontram fora dos estabelecimentos de privação de liberdade, atuando, assim, como “complemento à privação de liberdade e agravamento do regime de execução”. (PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 11-12 e 25).

⁵⁷² GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 137-138

⁵⁷³ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 135

⁵⁷⁴ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. p. 13

⁵⁷⁵ ROCHA, Marina Dias. **A eficácia do uso das tornozeleiras eletrônicas para o monitoramento dos presos no regime semiaberto** – A experiência de Porto Alegre. p. 10

⁵⁷⁶ “[...] nome, registro geral (RG), cadastro de pessoa física (CPF), endereço residencial, endereço de trabalho, data de nascimento, telefones, filiação, número de registro, número do dispositivo utilizado, periculosidade do apenado, características físicas, benefícios, a Vara de Execução do processo da pessoa a

Também é importante esclarecer que a ampliação das zonas permitidas para a circulação do monitorado poderá vir a ser ampliada após certo período e a pedido do preso. Os motivos mais comuns para a solicitação da inclusão de novos perímetros são trabalho, estudo e religião. Tal modificação necessita ser determinada judicialmente e sua permissão não exime o monitorado de continuar mantendo o cumprimento das regras anteriores, como respeito a horários determinados.⁵⁷⁷

Assim, o mecanismo de monitoração eletrônica tal como conhecemos pode e deve ser pensado como reflexo da contemporaneidade das sanções, isto é, um instrumento que busca a expansão do controle punitivo estatal – o que, frequentemente, torna-se alvo de críticas⁵⁷⁸ – mas que também se trata de um meio alternativo à prisão e ao sistema penal como um todo, pois objetiva “tornar mais humano”⁵⁷⁹ todo este processo, buscando maior aproximação às finalidades da pena, tal como à reinserção social, tão almejada.⁵⁸⁰

Mesmo assim, a opinião pública sobre o uso do mecanismo de vigilância ainda hoje não é completamente favorável, e o motivo para essa resistência deve-se ao relativo desconhecimento da população sobre o assunto.⁵⁸¹ Com efeito, não é de se surpreender o fato de que uma evolução como essa acabe assustando e seja encarada com certa

ser monitorada, data da instalação da tornazeleira, data final da pena do monitorado e sentença imposta.” (ROCHA, Marina Dias. **A eficácia do uso das tornazeleiras eletrônicas para o monitoramento dos presos no regime semiaberto** – A experiência de Porto Alegre. p. 22).

⁵⁷⁷ “[...] no caso do monitorado descumprir os horários ou violar as zonas, é gerado uma ocorrência no sistema que fará com que o agente penitenciário tente entrar em contato telefônico para verificar o motivo do descumprimento da medida”. (GRECO, Rogério. **“Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.”** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162).

⁵⁷⁸ Efeito *net-widening* – em tradução livre “alargamento da rede”. Tal efeito é utilizado como base da argumentação de parte da doutrina que entende o monitoramento como uma forma de ampliação perigosa do número de tutelados pelo Direito. (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: Revista da Defensoria Pública RS*. p. 179).

⁵⁷⁹ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo.** p. 23

⁵⁸⁰ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo.** p. 23; No entanto, observe-se que, em meio a tantas “vantagens”, subsistem posicionamentos críticos a respeito da vigilância eletrônica; “Para aqueles em liberdade assistida ou condicional, os riscos são especialmente altos. [...] Pessoas em liberdade assistida ou condicional estão sob risco aumentado de prisão porque sua vida é governada por regras adicionais [...]. Uma miríade de restrições em sua locomoção e comportamento (tal como a proibição de se associar a outros criminosos), bem como várias exigências [...] criam oportunidades de prisão.” (ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa.** Tradução de Pedro Davoglio. p. 152).

⁵⁸¹ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva.** p. 16

desconfiança, afinal é da essência humana o medo pelo novo.⁵⁸² No entanto, diante da situação insustentável do nosso sistema prisional, “não há espaço para tecnofobias”⁵⁸³ – por mais que estejamos cientes dos potenciais desta ferramenta, tanto para o bem, como para o mal, a tecnologia está à nossa disposição e devemos utilizá-la, observando os limites necessários.⁵⁸⁴

Ainda assim, outro enfoque dado pelos posicionamentos contrários ao instrumento punitivo sugere que ele tenta forjar uma ideia de redução de danos em relação à permanente fixação da memória do crime, quando, na realidade, estaria sendo utilizado como “técnica punitiva que simboliza a fixação do estigma do crime”.⁵⁸⁵ Dito de outro modo, há quem sustente ser o monitoramento eletrônico um reforçador de estigmas, indo de encontro ao princípio da dignidade humana, em contraponto à ideia de “avanço contemporâneo voltado à eficácia do cumprimento de determinadas medidas”, defendida por outra parte da doutrina.⁵⁸⁶

No direito penal, tornou-se corriqueira a utilização da expressão “*direito de punir*” do Estado⁵⁸⁷ (grifo do autor), no que se refere às violações da legislação.⁵⁸⁸ Todavia, há que se considerar que, para fins de Ação e de Processo Penal, o Estado age por dever e não por direito – basta observar a previsão de Ação Penal Pública vigente no país. Logo, a punição de crimes não guardaria relação com o “direito” de ninguém;

⁵⁸² AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. p. 16

⁵⁸³ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. p. 16

⁵⁸⁴ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. p. 16

⁵⁸⁵ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo**. p. 19; “A estigmatização recobre-se agora de certa utilidade. Em realidade, é um fator duplamente útil. Além de trazer consigo a verve do próprio castigo pelo delito ao condenado, agora se configura um alerta geral à comunidade sobre o seu perigo. Ressoa nas entrelinhas do (in)consciente repressivo: por que não os controlarmos eletronicamente sob a vantagem de que, além de continuarmos punindo – rememorando a pena e fazendo-a mimese permanente do crime –, ainda teremos o acréscimo de servir de sinal útil de cuidado a toda sociedade?” (AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o uso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil). *In: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. p. 78).

⁵⁸⁶ “[...] não se pode considerar degradante à dignidade a utilização dos controles telemáticos”, pois, além de retratar avanço tecnológico aplicado ao sistema punitivo, é eficaz em relação às finalidades ressocializadoras e atua como “um substitutivo ao cárcere e às suas implicações, essas, sim, degradantes”. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 248).

⁵⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 36

⁵⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 36

menos ainda a pena seria uma espécie de “dever” de quem a cumpre.⁵⁸⁹ Neste viés, o Estado soberano está habilitado para a produção das leis, bem como para aplicá-las, sempre atentando-se para as condições estruturantes do modelo de Estado de Direito no qual está inserido.⁵⁹⁰ Inclusive, é de conhecimento comum a imposição coercitiva da pena pública ao criminoso, obedecendo ao Devido Processo Legal.⁵⁹¹

É dizer, devemos considerar que “o monitoramento afasta o indivíduo da instituição total e de seus efeitos intrinsecamente arrasadores”,⁵⁹² mas não apenas isso. O presente mecanismo pretende atuar de modo a diminuir a massa carcerária, “permitindo que o apenado permaneça no seu lar, junto de seus familiares e da sociedade”,⁵⁹³ ou seja, sua adoção no rol das penas traz, essencialmente, o relevante objetivo de humanizá-las. Tem-se, com isso, que manter laços familiares ou laborais ajuda na reinserção do preso, em atenção à finalidade preventiva especial positiva da pena.⁵⁹⁴

Neste contexto, cabe dizer, ainda, que além da pena privativa de liberdade, demais mecanismos de enfrentamento das práticas delituosas poderiam ser experimentados, tendo em vista oferecerem resultados menos problemáticos em que aqueles decorrentes da política carcerária.⁵⁹⁵ Ocorre que, mesmo para aqueles que explicam e se apoiam em tal posicionamento, o fracasso do sistema carcerário moderno faz parte da realidade, sendo, por isso, válida a pretensão de se colocar em prática substitutivos penais, todavia com um detalhe: acreditam não ser o monitoramento eletrônico o meio mais eficaz no que diz respeito à ambição desencarcerizadora.⁵⁹⁶

Assim sendo, o ponto aqui é perceber que se está a defender a mitigação da liberdade por meio da monitoração – posição, no mínimo, controversa, diante da essência da pena de prisão como a conhecemos – pois indica que “liberdade vigiada,

⁵⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 36

⁵⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 36

⁵⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 36

⁵⁹² GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. In: **Revista da Defensoria Pública RS**. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 145

⁵⁹³ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. In: **Revista Destaques Acadêmicos**. p. 108

⁵⁹⁴ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 157

⁵⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 36

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal**: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo. p. 19-20

monitorada, restrita, mitigada, não é liberdade”,⁵⁹⁷ ao passo que a liberdade é inerente à personalidade humana e, portanto, quaisquer medidas que a relativizem, afetam-na.⁵⁹⁸

1.1 Histórico gaúcho (VEC de Porto Alegre/RS)

De acordo com o retratado até aqui, é possível perceber que o atual funcionamento do Sistema Processual Penal e o modo restrito como o Monitoramento Eletrônico está atualmente previsto faz com que sua aplicabilidade seja extremamente limitada. Daí, a possibilidade de pensar sua aplicação em casos diversos dos já previstos.⁵⁹⁹ Como iniciativa disso, no Estado do Rio Grande do Sul, diante da realidade prática da insuperável falta de vagas nos regimes aberto e semiaberto, o judiciário passou a adotar, em determinado período, aplicação não prevista do monitoramento eletrônico, possibilitando o uso do instrumento nos apenados do regime aberto, o “transformando” em prisão domiciliar.⁶⁰⁰

Sobre isso, o que se percebeu com o teor das decisões, em um primeiro momento, foi a promoção, por meio do judiciário, de uma afronta ao princípio da legalidade, afinal inexistia previsão legal sobre o monitoramento eletrônico de apenados no regime aberto. Visto por outro ângulo, porém, é possível notar que a real intenção das decisões foi tentar sanar outra ilegalidade, qual seja, a negligência do poder executivo gaúcho, no que se refere às formas de cumprimento de penas privativas de liberdade nos espaços que deveriam ser próprios e suficientes para isso, mas que, à mercê da ingerência estatal, sequer contam com um número satisfatório de vagas.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal**: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo. p. 19-20

⁵⁹⁸ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal**: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo. p. 19-20; deste modo, a questão que fica é: sob a argumentação de que o monitoramento apenas serve de controle e neutralização, causando quebras ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se entender como preferível manter os indivíduos encarcerados, diante das circunstâncias do sistema prisional atual, onde são desrespeitados outros direitos fundamentais tão graves, ou mais, quanto o já mencionado?

⁵⁹⁹ SOUZA, Rafaella Lopes; CORREA, Marina A. P.C.; RESENDE, Juliana. A monitoração eletrônica no regime aberto e a inclusão no mercado de trabalho. *In*: **Argumentum**. p. 224

⁶⁰⁰ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal**: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo. p. 23; **Súmula Vinculante nº 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

⁶⁰¹ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal**: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo. p. 23; O Presídio Central de Porto Alegre/RS chegou a ser objeto de denúncia contra o Brasil pela CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) da Organização Dos estados Americanos (OEA), devido às péssimas condições envolvendo, por exemplo, a higiene dos

Neste sentido, as Varas de Execução Criminal (VECs) de Porto Alegre e Novo Hamburgo deliberaram de modo a admitirem, em face da urgência da falta de vagas, a aplicação do monitoramento eletrônico aos apenados do regime aberto, a fim de se observar o menor dano social possível àqueles. Coube, por isso, à superintendência dos serviços penitenciários listarem os apenados, a partir dos seguintes critérios: presos da região metropolitana que estivessem cumprindo pena no regime aberto e que não possuíssem condenação por crime hediondo ou equiparado, bem como não possuíssem mais de uma condenação por crime de caráter violento e que tivessem histórico de bom comportamento carcerário.⁶⁰²

Nada obstante, é necessário observar que os critérios utilizados nas referidas decisões não respeitaram o princípio da legalidade, pois ao estabelecerem a utilização das tornozeleiras eletrônicas em apenados do regime aberto, descumpriram o disposto contemplado pela Lei Federal n. 12.258/2010, uma vez que nela não há a previsão do monitoramento na situação em destaque.⁶⁰³ É compreensível, entretanto, que a atuação pontual do judiciário do Rio Grande do Sul teve a intenção de resolver o problema do descumprimento das decisões judiciais quanto à concessão da progressão de regime, em razão da falta de vagas negligenciada pelo Poder Executivo Estadual.⁶⁰⁴

Mesmo assim, a problematização em torno das decisões da VEC de Porto Alegre segue. Sua deliberação, na tentativa de driblar o descumprimento de decisões pela superlotação do presídio, tornou-se alvo de muitas críticas por parte do Ministério Público Estadual e, também, por outros setores do Poder Judiciário. Os pareceres focaram na ideia de que a situação se encaixava em um “benefício injustificado” destinado aos apenados do regime aberto – argumento que, convenhamos, em nada

presos naquele local. (CONSULTOR JURÍDICO. **Brasil é denunciado à OEA por más condições de presídio**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-10/brasil-denunciado-oea-condicoes-presidio-porto-alegre#:~:text=Entidades%20de%20direitos%20humanos%20denunciaram,como%20noticia%20a%20Ag%C3%Aancia%20Brasil>. Acesso em: 05 fev. 2021).

⁶⁰² OLIVEIRA, Janaína Rodrigues.; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**. p. 111

⁶⁰³ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues.; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**. p. 112

⁶⁰⁴ “Os critérios para concessão da vigilância eletrônica foram estabelecidos em reunião pelos juízes que atual nas Varas de Execuções Penais de Porto Alegre e Novo Hamburgo, em 13 de agosto de 2010. Nesta reunião, os magistrados vincularam a fixação das tornozeleiras eletrônicas à realidade prisional do Rio Grande do Sul, de carência de vagas e de interdição de todos os albergues da região metropolitana, mediante decisões judiciais com trânsito em julgado, com o consequente não recolhimento de novos presos e reserva das vagas existentes aos já encarcerados”. (OLIVEIRA, Janaína Rodrigues.; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**. p. 111-112).

considera a falta de vagas comprovada no sistema e o direito dos apenados de progredirem de regime.⁶⁰⁵

E mais, o referido argumento parece em nada considerar o previsto em nossa Carta Maior, no art. 5º, inciso XLIX, sobre o direito à integridade física e moral dos presos. Por assim dizer, na medida em que os regimes são fixados pelo sistema, cabe ao Estado gerenciar corretamente seus estabelecimentos prisionais, de modo a disponibilizar vagas proporcionais e adequadas ao regime em que o indivíduo se encontra. Nestes termos, é facilmente reparado que não se está dando a devida atenção ao fundamento legal.⁶⁰⁶

Desta forma, por mais complexas que tais decisões sejam, no que diz respeito à não observação ao princípio da legalidade, deve-se admitir que, diante da maneira como foram aplicadas, e observando o disposto na Súmula Vinculante nº 56, do STF, as consequências verdadeiramente palpáveis da suposta antijuridicidade foram no sentido de desviarem do encarceramento no semiaberto e preservarem a dignidade dos presos, assegurando o convívio familiar e “constituindo-se em medida menos afliitiva do que o cumprimento da pena em estabelecimento convencional”.⁶⁰⁷

Destarte, compreende-se viável que os que semeiam a ideia de que o monitoramento é por demais benéfico aos condenados a outros regimes de pena, que não o aberto, se não o aceitam em decorrência do princípio da dignidade, que o reflitam sob uma perspectiva utilitarista.⁶⁰⁸ Inclusive, deve-se ressaltar que, a partir de um estudo empírico das guias de recolhimento de 568 pessoas que cumpriam pena via monitoramento eletrônico, realizado no período de um ano – 2015 a 2016 –, concluiu-se pela eficiência da prisão domiciliar com o uso do mecanismo de vigilância, no que se refere às possibilidades de reincidência penal, representando, por isso, um importante

⁶⁰⁵ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 136

⁶⁰⁶ GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. *In: Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143/2018. Maio/2018. p. 6

⁶⁰⁷ GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. *In: Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143/2018. Maio/2018. p. 15

⁶⁰⁸ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 146

aliado do Estado no controle criminal.⁶⁰⁹ Além disso, a experiência demonstrou que a monitoração eletrônica nos casos estudados mostrou-se como “um importante mecanismo de reintegração social”.⁶¹⁰

2. O instrumento no cenário jurídico internacional

No contexto atual sobre o mecanismo de monitoração eletrônica no Brasil, é possível notar que este não vem sendo aplicado da maneira mais eficaz, tal como promete – evitar o sofrimento da prisão – muito embora, em outras federações, conforme será apresentado a seguir, obtenham, por meio do aparato, um modo efetivamente alternativo ao cárcere.⁶¹¹ Por isso, neste trabalho é visado realizar um estudo comparativo entre a aplicação do instrumento nas jurisdições nacional e internacional, utilizando as legislações de países como EUA, Argentina, Espanha e Portugal, para averiguar se, e em quais situações, o monitoramento eletrônico é considerado viável e aplicável.

Em uma breve exposição introdutória, cabe referir que na Argentina o mecanismo de vigilância eletrônica foi inaugurado ao final da década de noventa (1997), com o objetivo inicial de reformar a prisão domiciliar. No entanto, após um ano de sua vigência, com o advento do Novo Código de Processo Penal, o país passou a prever o monitoramento eletrônico para os mais variados crimes, com a finalidade de aplicá-lo como alternativa ao encerro privativo.⁶¹²

A Espanha, por sua vez, faz uso do mecanismo de vigilância desde 1996 – período de grande proximidade ao da Argentina – oferecendo, desde então, a escolha desta espécie de pena aos próprios presos, para que aqueles não tenham de pernoitar na

⁶⁰⁹ GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. *In: Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143/2018. Maio/2018. p. 1

⁶¹⁰ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 144

⁶¹¹ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal**: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo. p. 22; comparado a outros países, tais como os da Europa (onde o monitoramento eletrônico possui aplicação receptiva e, inclusive, pode ser aplicada como pena autônoma), o Brasil traz o instrumento ainda com certa timidez e limitações. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 241).

⁶¹² ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 105

unidade prisional.⁶¹³ Além disso, aproximadamente seis anos após a introdução do instrumento nos países citados acima, Portugal introduziu o sistema de monitoramento no seu rol de penas. Contudo, o país em tela enfrenta posicionamentos contrários ao dispositivo, em relação à dignidade dos presos e sua validade enquanto alternativa ao cárcere, assim como ocorre no Brasil.⁶¹⁴

Ainda, países como Alemanha e Itália, apesar de não elencados no trato do estudo comparado proposto neste trabalho, merecem ser mencionados, ao menos brevemente, devido à sua relevância no campo do monitoramento eletrônico. Isto, porque ao final da segunda guerra mundial ambas as potências mundiais perceberam que a pena privativa de liberdade não recuperava criminosos, mas os fazia reincidir.⁶¹⁵ Aliada à tal sustentação, passaram a questionar, também, a inviabilidade financeira da prisionização.⁶¹⁶ E foi a partir de tais constatações empíricas que Alemanha, Itália e demais países passaram a acolher a proposta do monitoramento eletrônico, “evitando, assim, o encarceramento de presos em diversas situações”.⁶¹⁷

Portanto, é possível pontuar que, para os países escolhidos para a análise de direito comparado, o monitoramento eletrônico parece ser um importante aliado e um eficaz instrumento de vigilância e aplicação de pena, por ser aparentemente capaz de proporcionar um efetivo auxílio à administração da justiça penal, de modo a operar suficientemente bem no acompanhamento de infratores, tanto na fase processual, quanto no período destinado à condenação de presos submetidos à pena alternativa.⁶¹⁸

Ademais, a título de curiosidade, a aplicação do monitoramento eletrônico na Itália atua como medida de arresto domiciliar, que é considerada verdadeira alternativa à prisão e ganha notoriedade por ter como objetivo central auxiliar na reinserção social do preso, mediante o apoio da sociedade italiana.⁶¹⁹ Sobre o procedimento, porém, cabe

⁶¹³ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 104

⁶¹⁴ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 104

⁶¹⁵ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 102

⁶¹⁶ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 102

⁶¹⁷ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 102

⁶¹⁸ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. p. 102

⁶¹⁹ A vigilância eletrônica no país foi regulamentada em 2000 e a supervisão do controle ficou a cargo da polícia comum, e não da penitenciária, o que acabou, de certa forma, prejudicando o avanço do

ressaltar sua rigidez, pois, uma vez descumprido o monitoramento, o indivíduo é imediatamente preso e, como carga extra de punição, vê-se diante de um possível aumento de pena.⁶²⁰ Por fim, as legislações de países como Inglaterra e França⁶²¹ também são interessantes e poderiam ser objeto para a ampliação/aprofundamento deste estudo de Direito comparado.⁶²²

2.1 Estados Unidos da América

O monitoramento eletrônico de pessoas nos EUA surgiu na década de 1960, em razão dos estudos do Professor Ralph Schwitzgebel, aplicados inicialmente como uma “medida de controle para delinquentes e enfermos mentais”.⁶²³ Em um segundo momento, a aplicação efetiva aos presos foi realizada, em 1983, em uma decisão do Juiz Jack Love, no Novo México.⁶²⁴ Cerca de um ano depois, deu-se início ao experimento na Flórida (“programa de confinamento domiciliar”),⁶²⁵ a partir da introdução de um programa de prisão domiciliar monitorada (*home confinement*), caracterizado pelo curto

procedimento no país, conforme informado pela Polícia Penitenciária. (DE BLASIS, Giovanni Battista. E alla fine siamo arrivati anche a Striscia Notizia. *Polizia Penitenziaria: Società Giustizia & Sicurezza*, 2009); CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p.107; ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Fortaleza**. p. 243

⁶²⁰ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. p.

82 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 108

⁶²¹ Curiosidade sobre o arresto domiciliar ou localização permanente: aplicado em países como Espanha, Inglaterra, França, Bélgica e Suécia. Ainda, este tipo de sistema pode ter diferentes denominações, a depender do lugar. São eles: “arresto domiciliar”, “controles telemáticos”, “localização permanente” e “supervisão eletrônica”. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Fortaleza**. p. 242).

⁶²² Curiosidade específica sobre a legislação da Inglaterra, que apesar de não ter feito parte do estudo de Direito Comparado, mas merece ser citada: por lá, é aplicada a prisão domiciliar com monitoração como uma pena autônoma (além da modalidade de medida substitutiva à prisão). Além da completa distinção de configuração comparado ao Brasil, o contrato eletrônico inglês é somente permitido por um período máximo de 6 meses, devendo variar de duas até doze horas por dia, de modo a propiciar ao apenado o cumprimento de suas “responsabilidades domésticas, familiares, laborais e educativas” e a afastar as características próprias da prisão. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Fortaleza**. p. 249-250).

⁶²³ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 56

⁶²⁴ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 56; ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Fortaleza**. p. 243; ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Corbellini. Monitoramento Eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. In: **Revista Destaques Acadêmicos**. p. 102

⁶²⁵ O programa, denominado *Correctional Reform Act* (em tradução livre: ato de reforma correcional), teve como objetivo principal a proteção do preso contra os estigmas geralmente associados ao estabelecimento carcerário. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Fortaleza**. p. 243).

prazo (até 04 meses) de aplicação da vigilância e pelo vínculo aos delitos envolvendo violência doméstica (utilizado como substitutivo da pena e prisão para delitos leves).⁶²⁶

Em 1985, já passava de 32 o número de Estados americanos com previsão para o monitoramento eletrônico, dentre eles, Washington e Virgínia. As aplicações nestes territórios eram mais direcionadas aos delitos de trânsito e de patrimônio, e, após as experiências com projetos pilotos nos diversos locais citados, a tecnologia de vigilância alcançou seu ponto alto, em 1994, com o Projeto Federal de Crime (*Federal Crime Bill*).⁶²⁷

Nada obstante ao alastramento das aplicações pelo país, alguns dos primeiros problemas técnicos passaram a serem observados: “possibilidade de bloqueio de transmissões”,⁶²⁸ isto é, na presença de papel de parede contendo metal ou na proximidade com tempestades de raios, o sinal poderia falhar; além disso, a água e o monitoramento não pareciam combinar no início, podendo ocasionar choques ou até mesmo provocar a interrupção do sinal (ex.: dormir em colchão d’água).⁶²⁹ Além dos contratemplos técnicos, os casos de corrupção não demoraram a aparecerem: “Alguns programas foram encerrados por motivos de má gestão e corrupção”.⁶³⁰ Em Washington, por exemplo, cerca de sete mil pessoas monitoradas sumiram da zona de rastreio e uma investigação do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) precisou ser iniciada.⁶³¹

Mas é importante destacar que as adversidades do início não foram capazes de impedir a expansão do monitoramento eletrônico,⁶³² pois foi muito motivada por uma

⁶²⁶ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 56

⁶²⁷ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 56; ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Corbellini. Monitoramento Eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. In: **Revista Destaques Acadêmicos**. p. 102

⁶²⁸ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet*. Technology and offender supervision. p. 11 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57

⁶²⁹ WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet*. Technology and offender supervision. p. 11 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57

⁶³⁰ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57

⁶³¹ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57; Fora os problemas técnicos, o mecanismo de vigilância também precisou enfrentar críticas sociais e doutrinárias: enquanto a sociedade visualizava na aparelhagem uma espécie de “prisão virtual” capaz de inibir novas transgressões, os críticos indicavam que a vigilância constante “oferece uma falsa sensação de segurança e faz pouco para prevenir o crime.” (STEPHEN, Gies. **GPS Supervision in California: One technology, two contrasting goals**: Two studies with very different results show that GPS technology may be used to help prevent crime in various ways. p. 1).

⁶³² “La irrupción vertiginosa de los sistemas de vigilancia electrónica en el mundo es ya un hecho constatado.” (GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. **Cárcel Electrónica y Sistema Penitenciario del Siglo XXI**. Disponível em: Acesso em: 17 fev. 2021. p. 51).

pressão política em busca de alternativas penais que pudessem controlar o aumento da população carcerária, além, é claro, da promessa de redução de custos.⁶³³ Em função disto, o programa de vigilância ganhou força e formas diferentes de aplicação, a depender do Estado (fundamental esclarecer que a jurisdição criminal dos EUA é fragmentária), apresentando-se como “uma simples forma de punição ou como componente de programas de supervisão comunitária (*probation*)”.⁶³⁴ Ocorre que, no começo, a aplicação foi destinada aos infratores de baixo risco ou considerados não violentos, já que a eficácia do procedimento ainda era objeto de dúvida, pois não se acreditava na possibilidade futura de aplicabilidade do instrumento alternativamente à prisão, no caso de crimes mais graves.⁶³⁵

Nesta mesma perspectiva, apesar do grande entusiasmo, os primeiros resultados sobre o uso do instrumento não apresentaram os melhores percentuais.⁶³⁶ Com relação aos dois principais critérios utilizados (taxa de conclusão bem-sucedida e taxa de reincidência), observou-se grandes variações, podendo-se concluir que o tipo de crime praticado, as características do infrator e o tempo de vigilância são fatores bastante influentes no resultado. Além disso, foi possível notar que os graus de reincidência só mostravam real diminuição quando o monitoramento se atrelava, necessariamente, a outros programas de acompanhamento social.⁶³⁷

Ainda assim, na virada do milênio, os resultados levantados sobre o instrumento serviram de impulso – sempre acompanhado de intensos debates – para que houvesse uma ampliação do seu uso, como para infratores de crimes sexuais, considerados uns dos mais perigosos.⁶³⁸ Desta vez, além da ampliação de crimes, a tecnologia de GPS

⁶³³ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 56-57; Vale lembrar que há muito se vem buscando nos EUA a redução dos custos do sistema penal, visto que o modelo tradicional de execução, “cuja intenção era reabilitar criminosos via trabalho e penitência em prisões do Estado, restou falido”, o que motivou a criação do modelo privado. (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajatórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. p. 71).

⁶³⁴ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57

⁶³⁵ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57

⁶³⁶ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57-58

⁶³⁷ “Assim, a Flórida registrava taxas de 97% de sucesso na conclusão do programa pelos condenados por embriaguez ao volante, monitorados por 36 dias em média, enquanto apresentava uma taxa de apenas 30% de sucesso na conclusão do programa por infratores que já haviam violado as condições anteriormente impostas [...]” (WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet*. Technology and offender supervision. p. 13-14 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 57-58).

⁶³⁸ STEPHEN, Gies. GPS Supervision in California: **One technology, two contrasting goals**: Two studies with very different results show that GPS technology may be used to help prevent crime in various ways. p. 1

seria posta em prática. O período monitorado, agora, poderia alcançar oito meses e a redução esperada dos índices de crimes era de 20%.⁶³⁹

Com o então cenário de expansão do procedimento, o número de monitorados passou de 40 para 635, em dois anos.⁶⁴⁰ Os indivíduos mais comumente submetidos à monitoração vinculavam-se a crimes de violência sexual e doméstica, bem como àqueles em liberdade condicional para trabalhos – na fase final da sentença de prisão.⁶⁴¹ No país, em Estados como Chicago e Califórnia, similarmente ao que se aplica no Brasil, existem programas que utilizam o controle eletrônico como medida cautelar diversa da prisão preventiva ou como “instrumento auxiliar da execução de outra medida cautelar”.⁶⁴²

Outrossim, fato interessante sobre o grande impulso tecnológico nos EUA é que, ao passo em que por lá havia cerca de setenta mil pessoas sob monitoração eletrônica, na Europa o número aproximava-se de mil.⁶⁴³ Portanto, o crescimento da aplicação dos chamados braceletes eletrônicos nos EUA ocorreu mais rapidamente do que em outros locais, chegando a alcançar a marca de 400 mil monitorados por ano, em 2008, “geralmente associado a um acompanhamento socioeducativo”.⁶⁴⁴

Contrariamente às expectativas de redução do encarceramento depositadas ao instrumento de vigilância, em 2009 o número de pessoas presas alcançou a assustadora marca de 2.292.133, dentre os quais estavam os presos preventivamente ou aqueles cuja pena não ultrapassava um ano, além dos condenados à pena de prisão superior a um ano.⁶⁴⁵ Devido ao desastroso resultado, pode-se perceber que, na realidade, o

⁶³⁹ “[...] o debate deslocava-se para o uso de equipamentos mais avançados em tecnologia (GPS) e o monitoramento de infratores de alto risco. A nova tecnologia, porém, demandava mais investimento [...]”. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 58-59).

⁶⁴⁰ “O monitoramento era complementado por uma escala de atividades diárias, que deveria ser aprovada pelo oficial superior, além de um mínimo de sete contatos pessoais no mês e programas especializados de que os infratores deveriam participar. Os resultados foram positivos e os índices de reincidência entre os participantes desses programas reduziu de 53% em 1992 para 35% em 1999.” (WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet*. Technology and offender supervision. p. 64 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 59).

⁶⁴¹ A liberdade condicional nos EUA é conhecida como *Parole Service*; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 59

⁶⁴² CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 130

⁶⁴³ Importante esclarecer que a comparação é em observância aos anos 2000. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 60).

⁶⁴⁴ O *boom* na aplicação do monitoramento deveu-se à expectativa de redução do contingente carcerário. Entretanto, a nova tecnologia não foi responsável pela esperada diminuição. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 60).

⁶⁴⁵ Nos Estados Unidos, a divisão dos regimes de cumprimento de pena divide-se em *Jails* (cadeias: locais menores e considerados de permanência temporária para onde são levadas as pessoas que aguardam

instrumento de monitoramento não foi aplicado de modo a contribuir para a pretensão de diminuição do encarceramento, senão “sob cobertura da prestigiosa teoria das alternativas penais”,⁶⁴⁶ isto é, tornou-se uma alternativa às demais alternativas preexistentes, e não como o que de fato esperava-se: uma alternativa à prisão.⁶⁴⁷ Ou seja, as primeiras aplicações do monitoramento agregaram-se à prisão domiciliária e, na sequência, como substitutivo da liberdade condicional, “como condição para autorização de trabalho ou controle de cumprimento de horários”,⁶⁴⁸ mesmo que assim não estivesse estabelecido nas legislações estaduais.⁶⁴⁹

No que se refere às condições de aplicação, faz-se necessário, primeiramente, diferenciar os seguintes termos: monitoramento eletrônico como “medida judicial”, isto é, sistema de *front door* (ligado às *jails* – cadeias –, uma vez relacionado às penas curtas)⁶⁵⁰ e monitoramento eletrônico como “método de execução da sentença”, isto é, sistema de *back door* (ligado às *prisons* – prisões –, por tratar-se de “uma forma de liberação antecipada de presos”).⁶⁵¹ Nos EUA, o controle é praticado como “modalidade de cumprimento integral das penas curtas”,⁶⁵² seja no âmbito administrativo, como

decisões definitivas do juízo) e *Prisons* (prisões: locais maiores e considerados mais seguros para onde são levados os infratores de crimes mais graves e considerados mais perigosos, daí a pena ser superior a um ano). (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 60).

⁶⁴⁶ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 61

⁶⁴⁷ Alternativas penais preexistentes: *probation* (liberdade condicional anterior ao ingresso na prisão), *parole* (liberdade condicional posterior à saída da prisão ou suspensão condicional da pena) ou arresto domiciliar (prisão domiciliar). (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 61). Dito de outro modo, *probation* ocorre nos casos em que o infrator não é encarcerado, mas liberado, desde que cumpridas as condições estipuladas pelo Tribunal, permanecendo sob supervisão. “O tribunal designará um oficial, conhecido como *Probation officer*, para supervisionar a pessoa em questão.” (PASSOS, Iara Cunha. Controle de Riscos e Seletividade Penal: Avaliação de Risco no Sistema de Justiça Criminal dos EUA. In: **Revista Contraponto**. p. 240).

⁶⁴⁸ Em síntese, o monitoramento eletrônico nos EUA pode ser explicado da seguinte forma: “[...] enquanto a legislação federal estabelece o monitoramento eletrônico como uma alternativa à *probation* e à liberdade condicional, a legislação dos Estados, de modo geral, continua prevendo sua utilização para a prisão domiciliar e como substituto da prisão. Os programas de monitoramento, portanto, devem estar ligados atualmente à *probation*, à *parole*, às prisões domiciliares (provisórias ou definitivas), sendo aplicados aos maiores ou menores de idade, aos reincidentes, aos infratores de trânsito e viciados em drogas.” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 61).

⁶⁴⁹ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 61

⁶⁵⁰ “*Jails* são instituições responsáveis pela custódia de presos em flagrante ou com necessidade de medidas cautelares antes do julgamento, assim como condenados por crimes com pena de até um ano de reclusão.” (PASSOS, Iara Cunha. Controle de Riscos e Seletividade Penal: Avaliação de Risco no Sistema de Justiça Criminal dos EUA. In: **Revista Contraponto**. p. 242); CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 61

⁶⁵¹ O sistema *front door* cabe aos condenados em regime de prova (*probation*) e o *back door*, aos presos liberados condicionalmente antes do cumprimento completo da pena (*parole*). (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 61).

⁶⁵² CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 139

ocorre na Califórnia, seja durante a execução penal, como em Wisconsin.⁶⁵³ Ademais, aspectos como voluntariedade e integração do bracelete com outros tratamentos são entendidos como essenciais para a aplicação do controle e o alcance os efeitos esperados.⁶⁵⁴

Ademais, quanto à aplicação da monitoração na Califórnia, existem alguns detalhes importantes de serem mencionados, a começar pelos tipos de sistemas existentes. O Sistema de radiofrequência (RF) é empregado no Programa de Detenção Eletrônica Doméstica do Departamento de Correções e Reabilitação do Estado, no qual os infratores são especialmente monitorados para constatar a obediência dos toques de recolher impostos como sanção alternativa à prisão (condição de liberdade condicional especial). O controle é feito a partir de um dispositivo que fica no tornozelo do indivíduo, conectado à outra ferramenta instalada no seu domicílio.⁶⁵⁵ Já o Sistema de Posicionamento Global (GPS), apesar de também utilizar sinais de rádio para o envio das informações às centrais, costuma ser atrelado ao controle de ofensores sexuais, infratores de alto risco (pertencentes ao que conhecemos como facções), além dos casos excepcionais. Trata-se, portanto, de modelo de monitoração de presos com risco de reincidência na Califórnia.⁶⁵⁶

Outrossim, os Tribunais da Califórnia tendem a conduzir suas decisões no sentido contrário ao da superlotação carcerária, de modo a, também, manter o controle de crimes e da segurança pública. Em Los Angeles, por exemplo, existe uma série de alternativas de execução de sentenças (ao invés da prisão). Nesta perspectiva, o tipo

⁶⁵³ Importante destacar que na Califórnia há as duas possibilidades (aplicação de competência da administração ou de competência do juiz da execução). (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 139).

⁶⁵⁴ Entretanto, há que se mencionar: “A combinação do monitoramento eletrônico com acompanhamento socioeducativo impede que se considere o programa de monitoramento norte-americano como simples instrumento de controle.” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 61-62).

⁶⁵⁵ Trata-se de instrumento utilizado nos seguintes casos: para os inseridos no Programa de Custódia Alternativa; para os presos em liberdade condicional que necessitam de vigilância; e para os casos de sanção alternativa para condenados a crimes menos graves. (GOVERNO DA CALIFÓRNIA (EUA). *California Department of Corrections and Rehabilitation. Electronic Monitoring*. p. 1).

⁶⁵⁶ GOVERNO DA CALIFÓRNIA (EUA). *California Department of Corrections and Rehabilitation. Electronic Monitoring*. p. 1; Na Califórnia, o Departamento de Liberdade Condicional de Adultos faz uso da tornozeleira eletrônica, com GPS, para monitorar presos de alto risco em liberdade condicional e criminosos sexuais. Todavia, ao invés de utilizar da vigilância como uma prática autônoma, a tecnologia de GPS integra um programa de supervisão. O monitoramento via GPS funciona por um sistema ativo, isto é, a cada minuto são transmitidos novos dados para a Central. Trata-se de um sistema que combina celular e tecnologia GPS para rastrear automaticamente a localização da pessoa. (STEPHEN, Gies. **GPS Supervision in California: One technology, two contrasting goals**: Two studies with very different results show that GPS technology may be used to help prevent crime in various ways. p. 4).

alternativo envolvendo o Monitoramento Eletrônico é popular por lá. O controle é constantemente associado ao confinamento residencial (nossa prisão domiciliar). Mas deve-se sempre verificar se determinado condenado está qualificado para participar do programa alternativo à prisão (conforme a Lei de Realinhamento da Justiça Criminal da Califórnia, de 2011).⁶⁵⁷ Alguns dos requisitos para a elegibilidade são: ser um infrator considerado de baixo risco ou não violento, residir próximo do local da condenação, possuir linha telefônica em casa e concordar com as condições para o uso da tornozeleira. É bom esclarecer, no entanto, que se trata de alternativa que precisa ser pleiteada pelo procurador do condenado, utilizando os argumentos correspondentes.⁶⁵⁸

Na Comarca de Los Angeles, os diferentes sistemas de monitoramento (p. ex.: Secure Continuous Remote Alcohol Monitor – SCRAM – que monitora a concentração de álcool no sangue do condenado; Prisão Domiciliar, que, por meio de uma tornozeleira eletrônica, aliada a uma linha telefônica, monitora os movimentos do indivíduo; etc.) são utilizados como alternativa no cumprimento da pena na prisão. Importante ressaltar, porém, que o segundo exemplo de controle citado depende do custeio feito pelo próprio usuário (esclarece-se que, mesmo não podendo custear, o preso ainda pode tornar-se elegível para tal alternativa).⁶⁵⁹

Outro ponto de especial relevância observado no procedimento de monitoração no país é o fato de que bons resultados sempre foram associados à curta duração da aplicação, ou seja, poucas horas por dia, durante quatro meses ou menos. Inclusive, isto tende a guardar relação com o fato de que os custos do equipamento são repassados ao usuário, de acordo com suas condições econômicas.⁶⁶⁰ De maneira geral, os resultados alcançados com a aplicação do monitoramento norte-americano associam-se aos seguintes tópicos e avaliações: segurança da aplicação (bom), prevenção de novos

⁶⁵⁷ LOW GROUP. Shouse Califórnia – *Electronic Monitoring in California Criminal Cases*. p. 1

⁶⁵⁸ LOW GROUP. Shouse Califórnia – *Electronic Monitoring in California Criminal Cases*. p. 1; em dados anteriormente levantados, foi verificado que a média de custos de quinze dólares por dia, entre despesas e manutenções com o equipamento. (ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Corbellini. Monitoramento Eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. In: **Revista Destaques Acadêmicos**. p. 103); mais recentemente, o valor foi atualizado e varia até noventa dólares por dia – frise-se que o valor não é repassado integralmente ao monitorado (p. ex.: o indivíduo pode ter de pagar cerca de 70 dólares por semana). (KOFMAN, Ava. *Digital Jail: How Electronic Monitoring Drives Defendants Into Debt*. In: **The New York Times Magazine**. jul./2019. p. 1)

⁶⁵⁹ LOW GROUP. Shouse Califórnia – *Electronic Monitoring in California Criminal Cases*. p. 1

⁶⁶⁰ Estudos apontam que o cumprimento adequado do monitoramento tende a cair após três meses de uso. (MARTÍN BARBERÁN, Jaime. La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad em Europa y Estados Unidos. *Revista del Poder Judicial*. p. 255 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 62).

crimes (regular), ressocialização (bom), retribuição pelos danos (baixo), encarceramento (praticamente nulo), humanização da pena (regular), custos para o Estado e para o usuário (criticável).⁶⁶¹

No que se refere ao último tópico – custos – vale a pena ressaltar a forte crítica contra à privatização do monitoramento. No país, o instrumento passou a ser sinônimo de uma verdadeira mina de ouro, de cunho vantajoso para o setor comercial. O principal argumento seria a diminuição dos custos para o Estado com as prisões comuns. Neste contexto, chama a atenção o fato de existirem *slogans* sobre o tema, empregados de modo a seduzir o Estado com um “lema nítido de caráter humanitário” da pena.⁶⁶²

Inclusive, sobre os custos para o condenado, foi possível verificar, em um caso prático analisado e publicado em um dos mais notórios jornais do país, a referida crítica, muito comum sobre o custeio do monitoramento feito pelo condenado. O caso narra que um jovem condenado, apesar de ter contado com os argumentos de sua defensora, não pode deixar de pagar cerca de dez dólares por dia à uma empresa privada responsável pelo equipamento de vigilância (*Eastern Missouri Alternative Sentencing Services* ou Emass). O susto, porém, ocorre quando descobriu que teria de arcar com um adiantamento de trezentos dólares à referida empresa, apenas para conseguir instalar o dispositivo. Tudo isso deveria ser feito em até 24 horas após sua liberação da prisão, algo muito difícil de ser providenciado na prática, a depender da situação financeira em que a família do condenado se encontra (pois o sujeito, a exemplo do caso em tela, foi liberado da prisão portando somente dezenove dólares).⁶⁶³

⁶⁶¹ “[...] a) segurança: os índices de cumprimento situam-se entre 70 e 94%, com percentual maior de fracasso entre indivíduos não condenados; b) efeito preventivo: os índices de reincidência oscilam entre 25 e 30% similar a outras medidas comunitárias [...]; c) ressocialização: o efeito é similar a outras medidas comunitárias que também não retiram o indivíduo do meio social; d) retribuição: reduzido efeito em face do uso restrito a casos não graves e a pessoas de baixo risco; e) redução da população carcerária: não se verificou efeito significativo; f) humanização: gera menor restrição da liberdade e afastamento social, mas afeta outros direitos individuais; g) custo econômico: o argumento principal desses programas é obscurecido pela prática de transferir o custo ou parte dele ao próprio condenado.” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 62); ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: *Penas alternativas a la prisión*. p. 209-210

⁶⁶² “Não o enviem ao cárcere. Enviem-no para casa” (da Empresa *Justice Electronic Monitoring Systems Inc.*); “é humano e não atravanca”; “fácil de instalar, simples de operar”; “não pode ser forçado”; “de uso seguro e confiável” (da Empresa *CSD Home Escort Electronic Monitoring*), são alguns dos slogans e frases de propagandas da mercantilização do sistema nos EUA. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 63).

⁶⁶³ KOFMAN, Ava. *Digital Jail: How Electronic Monitoring Drives Defendants Into Debt*. In: **The New York Times Magazine**. jul./2019. p. 1

2.2 Argentina

A experimentação do instrumento de monitoração eletrônica na Argentina teve início em 1997, especificamente na província de Buenos Aires, por meio do “programa de controle de prisão domiciliar”.⁶⁶⁴ Até hoje, é o local onde se percebe um “maior desenvolvimento da estratégia”.⁶⁶⁵ Mais recentemente foi promulgada a Resolução nº 808, de 2016, que aborda os aspectos legais e político-administrativos das pulseiras eletrônicas, englobando, sobretudo, razões humanitárias.⁶⁶⁶

No País, o procedimento previsto para a prisão domiciliar monitorada segue uma série de requisitos, dentre eles uma ordem de prioridade, disposto no Protocolo de Atribuição de Prioridades do Dispositivo de Controle Eletrônico, no âmbito da implementação do Programa de apoio a pessoas sob vigilância eletrônica, referenciado na Resolução nº 808/2016.⁶⁶⁷ Além disso, é muito presente a figura do juiz das

⁶⁶⁴ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 2

⁶⁶⁵ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 2-3; O texto normativo (Ley 23.984/1991) previa a aplicação do monitoramento eletrônico para as prisões domiciliar e preventiva. Observe-se, oportunamente, que a Argentina atualizou o referido CPP, em 2004: Ley 27.063/2014. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27063-239340/texto> Acesso em: 01 dez. 2020.

⁶⁶⁶ ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Resolución 808 - E/2016**. Protocolo para la asignación prioritaria del dispositivo electrónico de control, en el marco de la implementación del “Programa de asistencia de personas bajo vigilancia electrónica”. *En el ámbito federal, el “PROGRAMA” estará disponible para personas procesadas o condenadas que se encuentren privadas de su libertad en unidades penitenciarias, a disposición de la justicia nacional o federal, que además estén en condiciones de acceder al arresto domiciliario. En ese marco, corresponde fijar un orden preferencial y no excluyente de asignación de dispositivos que asegure la incorporación al “PROGRAMA” de colectivos de personas que se encuentren en particulares condiciones de vulnerabilidad, respecto de los cuales el abordaje interdisciplinario constituya a priori una herramienta de utilidad en el proceso de reinserción social, con impacto positivo en la calidad de vida de las personas. En función de ello, deviene necesario efectuar una distinción entre los casos que, según las disposiciones normativas referidas en el primer párrafo, conforman el universo general de aplicación del “PROGRAMA” (arts. 10 del Código Penal, 32 y 33 de la Ley Nº 24.660 y 314 del C.P.P.N.), que recoja además algunos supuestos excepcionales que forman parte de la práctica de los tribunales.*

⁶⁶⁷ ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Resolución 808 - E/2016**. Protocolo para la asignación prioritaria del dispositivo electrónico de control, en el marco de la implementación del “Programa de asistencia de personas bajo vigilancia electrónica”. *ORDEN DE PRIORIDAD. Las solicitudes realizadas por la autoridad judicial competente, que tengan por objeto la incorporación de una persona al “PROGRAMA” deberán ser atendidas, siempre en la medida de la cantidad de dispositivos electrónicos de control disponibles, en el siguiente orden: a) Mujeres embarazadas; b) Madres de niños menores de CINCO (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo; c) Madres de niños entre CINCO (5) y DIEZ (10) años, siempre que la autoridad judicial competente considere razonable otorgar el arresto domiciliario como excepción a lo previsto normativamente; d) Interno/a que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal; e) Interno/a enfermo/a, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; f) Interno/a discapacitado/a, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; g) Interno/a mayor de SETENTA (70) años; h) Interno/a que haya sido considerado por el organismo técnico-criminológico como de baja peligrosidad*

garantias, que pode optar pela medida menos gravosa ao agente, tal como a vigilância eletrônica.⁶⁶⁸ Sobre isso, vale ressaltar a importância do consentimento do indivíduo a ser monitorado, detalhe que somente permite que o juiz das garantias imponha a prisão domiciliar monitorada na tentativa de amenizar os efeitos da prisão nestes termos.⁶⁶⁹

Sobre o histórico envolvendo a técnica para o controle dos monitorados, verificou-se que, no início, o procedimento era usado somente para delitos sem violência, seguido da aplicação em idosos ou doentes graves, assim como para pena privativa de liberdade de curta duração ou prisão preventiva de longa duração. Daí, o sistema de reconhecimento de voz atuava na verificação sobre o monitorado estar, ou não, no local determinado.⁶⁷⁰ Atualmente, as tornozeleiras são reconhecidas como “pulseiras” – ponto interessante, tendo em vista que o significado da palavra no contexto brasileiro possui a conotação de adorno ou enfeite.⁶⁷¹ As pulseiras eletrônicas são espécies de penas intermediárias; elas encontram-se entre a prisão e o nada ou entre a prisão e o botão anti-pânico, que será abordado no decorrer do texto. Sendo assim, ainda não haveria um padrão: “[...] parece certo dizer, então, que conviveremos com graus variados de confinamento e de exclusão, inscritos nos corpos e mediados pela tecnologia”.⁶⁷²

Neste sentido, pode-se constatar que os controles eletrônicos no país iniciaram no universo feminino,⁶⁷³ inclusive a Lei de Execução Penal Argentina (LEP nº 24.660/1996) sofreu uma de suas principais alterações em 2017, com a Lei nº 27.375, que alterou o art. 32 – que trata da “*prisión domiciliar*” e o art. 33.⁶⁷⁴ Assim, cabe

y/o se encuentre transitando el último tercio de su condena -cuando otro beneficio le hubiere sido denegado-, siempre que la autoridad judicial competente considere razonable otorgar el arresto domiciliario como excepción a lo previsto normativamente. i) Interno/a perteneciente al colectivo LGBT, j) otros casos considerados por los jueces intervinientes.

⁶⁶⁸ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 114; ARGENTINA. Decreto nº 118/2019. **Código Procesal Penal Federal**. Artigo 210

⁶⁶⁹ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 115; ARGENTINA. Decreto nº 118/2019. **Código Procesal Penal Federal**. Artigo 209

⁶⁷⁰ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 115

⁶⁷¹ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 4

⁶⁷² ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 27

⁶⁷³ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 4-5

⁶⁷⁴ Sobre o Artigo 32: “define os casos em que o juiz PODERÁ determinar a imposição do cumprimento da pena em prisão domiciliar”; sobre o art. 33: “cuida das condições de cumprimento da prisão domiciliar e traz o verbo DEVER inicialmente e mais adiante, quando refere a monitoração ela aparece como uma EXIGÊNCIA, mas que pode ser dispensada”. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 7).

pontuar as circunstâncias previstas no dispositivo: enfermidade, idade avançada, especiais para mulheres grávidas ou com filho menor de cinco anos ou com filho/outra pessoa sob sua responsabilidade que possua deficiência.⁶⁷⁵ Também destacam-se alguns tipos de concessões às mulheres monitoradas, como a possibilidade de afastar-se da sua residência para levar seus filhos à escola ou ir a caminhadas.⁶⁷⁶ No presente contexto, é válida a recapitulação das Regras de Bangkok, em especial a de nº 64.⁶⁷⁷

Entretanto, os posicionamentos contrários indicam que a pulseira atua como um *plus* punitivo ou controlador. Trata-se, na verdade, de uma ideia controvertida, tendo em vista que “grupos de evidente baixo risco de periculosidade tenham como condição para uma prisão domiciliar o uso de controle eletrônico”. É assim porque, em tese, a obrigatoriedade de vigilância de presos ou condenados subentende que aqueles não cumpririam, voluntariamente, “as restrições impostas para sua saída da prisão se não estiver com seus movimentos controlados.”⁶⁷⁸ Daí, pois, a crítica existente, uma vez que a monitoração não deveria servir como “a marca do início de uma medida desencarcerizadora”,⁶⁷⁹ mas, sim, deveria sobrevir após ocorrências envolvendo fugas ou descumprimentos prévios, caso se concretizassem.⁶⁸⁰

Dito de outro modo, a lógica por detrás da legislação Argentina sobre a prisão domiciliar monitorada é criticável, pois aplicada às pessoas consideradas não perigosas

⁶⁷⁵ A última hipótese não costuma ser bem interpretada, já que homens também podem ter pessoas com deficiência sob sua responsabilidade. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 7-8).

⁶⁷⁶ Caso interessante: mãe que teve seu pedido aceito para deslocar-se até o último andar da casa – onde o sinal de rádio não funcionava tão bem – para acompanhar os filhos pequenos na piscina. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 13-14).

⁶⁷⁷ As Regras de Bangkok foram produzidas, em 2010, pela Organização das Nações Unidas (ONU) e é considerando verdadeiro marco na história do tratamento de mulheres presas/infratoras, uma vez que possui o olhar voltado para a priorização das medidas não privativas de liberdade para mulheres respondendo a processos penais ou já condenadas. *Regra 64* – “Mulheres grávidas e com filhos dependentes. Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.” (Tradução não oficial das Regras de Bangkok. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf> Acesso em: 05 jan. 2021)

⁶⁷⁸ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 9

⁶⁷⁹ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 9

⁶⁸⁰ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 9

ou sem risco de fuga, como os doentes mentais.⁶⁸¹ No entanto, o estudo deflagrou a existência de discricionariedade por parte dos juízes no momento de conceder prisões domiciliares. Tal cenário foi identificado a partir das entrevistas realizadas, nas quais frases como “critérios não são um tema” ou “o controle dura enquanto durar a condenação” foram emitidas por magistrados.⁶⁸² Além da clara falta de critérios, também se notou que, em geral, o ponto de maior observância sempre é o da viabilidade do domicílio dos condenados.⁶⁸³

No tocante ao último ponto, sustenta-se sobre a violação do princípio da igualdade durante à designação das prisões domiciliares monitoradas. Acontece que nem todos os presos possuem as condições econômicas mínimas para atender aos requisitos exigidos para a espécie de pena, pois, dentre outros requisitos, as casas devem possuir “linha telefônica e fornecimento de energia”.⁶⁸⁴ Mas o problema está para além disso, já que também é avaliada a localização do domicílio, para verificação de proximidade a lugares “impróprios a uma perspectiva de não delinquência”.⁶⁸⁵ A facilidade de acesso da polícia e das equipes de manutenção também é avaliada. Tudo isso impacta diretamente na exclusão social dos indivíduos, ao invés de possibilitar a finalidade preventiva da ressocialização.⁶⁸⁶

⁶⁸¹ “[...] boa parte das categorias de pessoas que a lei de execuções penais argentina define como pessoas que têm direito à prisão domiciliar, monitoradas, são pessoas que não oferecem risco de fuga ou da prática de outros delitos, cujo caso mais evidente é o dos doentes terminais”. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 25-26).

⁶⁸² ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 25

⁶⁸³ O estudo destacou o fato de a prisão domiciliar monitorada não ser bem aceita pela população argentina: há uma “pressão social sobre os juízes para que mantenham presos os ‘criminosos’ e as ‘criminosas’, seja qual for a circunstância do encarceramento.” (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 25-26).

⁶⁸⁴ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 15; ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 245

⁶⁸⁵ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 15

⁶⁸⁶ “[...] acaba sendo um exemplo de desinstitucionalização, naquela modalidade em que o Estado demonstra que já não vai mais gerir a enorme massa de excluídos, ao mesmo tempo em que ele penetra nas casas, antes consideradas refúgios dos indivíduos e lugar da intimidade e da privacidade.” (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 15); ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 245.

Muito embora contundentes as observações, subsiste crítica doutrinária abordando os princípios da dignidade humana e da intimidade do sujeito, em contraponto à necessidade de controle especial de efeitos preventivos. Sustenta-se que a “restrição à intimidade se compensa com a liberdade, ainda que vigiada”.⁶⁸⁷ Supostamente, o fato de estar sendo vigiado não impede a realização de “atividades de melhora pessoal”⁶⁸⁸ e, portanto, poderia a limitação ser admitida “enquanto não haja outro meio menos gravoso para que sejam alcançadas as finalidades das penas”.⁶⁸⁹ Ou seja, para esta corrente, o controle telemático merece acolhimento sempre que inexistir a possibilidade de liberdade pura e sempre que for recomendado o controle especial continuado, devido às circunstâncias do crime/personalidade do agente, “sem que isso desprestígie a dignidade ou a intimidade”.⁶⁹⁰ Desta forma, questiona-se: até que ponto se pode reconsiderar a liberdade em troca da garantia de segurança?⁶⁹¹

Essencial, por isso, é desconfigurar a ideia de que segurança social e periculosidade do agente sempre estão associadas. A culpabilidade do sujeito e as consequências do ato criminoso é que devem formar a pauta, e não a pura “suspeita de ser delinquente”, sem a verificação da prova fática de cada caso em concreto. Infelizmente, a utilização da prisão, “por um tempo cada vez mais longo e como um mecanismo de confinamento do indivíduo”, define o atual sistema punitivo.⁶⁹² “Se a prisão não pode fazer mais nada, pode retardar o início da atividade criminosa por parte de indivíduos perigosos” é uma frase que resume facilmente a problemática, pois com ela destaca-se a abstração sobre a suposta redução do crime pelo período em que o sujeito é imobilizado, embora somente remonte um cenário utópico, tendo em vista que, por vezes, não é capaz de transformar mentes delinquentes, nem mesmo o modo de pensar da sociedade.⁶⁹³

⁶⁸⁷ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 247

⁶⁸⁸ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 247

⁶⁸⁹ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 247

⁶⁹⁰ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 247

⁶⁹¹ O Direito Penal e o seu intrínseco direito de punir “tocam o seu próprio destino”, daí a interrogação atual. (RODRIGUES; Anabela Miranda. Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. p. 159).

⁶⁹² RODRIGUES; Anabela Miranda. Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? *In: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. p. 164

⁶⁹³ Isto liga-se ao “desenvolvimento autoritário da justiça criminal”, que se traduz na generalização das coisas, que atinge tanto continente americano, como o europeu e patrocina fenômeno de superpopulação

Aliás, outra crítica bem presente sobre a prisão domiciliar monitorada relaciona-se com o fato de os monitorados não conseguirem produzir para o sustento da casa: “[...] as pessoas representam um custo adicional para a casa, não trabalham e não recebem nenhum tipo de auxílio ou assistência”.⁶⁹⁴ Em vista disto, reforça-se que a falta de auxílio e de políticas específicas de reintegração pode acarretar verdadeira exclusão social do indivíduo.⁶⁹⁵ Entretanto, é necessário ter em mente que não só o Estado precisa estar atento e promover os necessários ajustes no sistema, mas a sociedade também, de modo que passemos, todos, a “refletir sobre medidas mais dignas de cumprimento de pena”⁶⁹⁶, desvencilhando-nos, aos poucos, do medo que incumbe a cultura do controle.

Em linha de continuidade à última crítica, atenta-se, também, para a pressão social contra a liberação de presos; o chamado “fantasma da opinião pública”.⁶⁹⁷ Elucidando melhor, os estudos demonstram que magistrados se veem à mercê do crivo social em relação às políticas criminais, o que acaba influenciando diretamente na sua independência funcional para decidir sobre a aplicação de medidas como o monitoramento eletrônico. Verdadeiro caso de pressão pública contra a soltura de presos numa sociedade “francamente antigarantista”.⁶⁹⁸

Ademais, contribui, em parte, para a permanente pressão, a verificação prática que contraria a ideia formada sobre o lar e sua ilustração como local mais adequado ou almejado para o cumprimento de penas na visão do condenado. A ideia de que a manutenção do agente junto de sua família, em sua casa, pressupõe a facilidade de

carcerária: “[...] Enquanto a “velha” penologia era baseada no indivíduo e estava preocupada com as causas do crime [...], tendo em vista responder-lhes, por contraposição, à ‘nova’ penologia passou a interessar a categoria ou o grupo de risco em que o indivíduo se insere, para o neutralizar, vigiar e controlar. A máxima de Casablanca, ‘prenda os indivíduos do costume’, foi substituída pela ordem de ‘prender os grupos do costume’.” (RODRIGUES; Anabela Miranda. Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? *In: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. p. 164-165).

⁶⁹⁴ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 14

⁶⁹⁵ “[...] o processo de transformação do regime semiaberto em domiciliar com tornozeleira eletrônica, ainda quando em caráter provisório, não desobriga o Estado a prestar a assistência devida, de implementar ações que garantam a reinserção no meio social assim como no mercado de trabalho”. (VASCÓNCELLOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. **Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo**. *In: Revista Direito & Práxis*. p. 412-413).

⁶⁹⁶ VASCÓNCELLOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. **Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo**. *In: Revista Direito & Práxis*. p. 412-413

⁶⁹⁷ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 12

⁶⁹⁸ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 12

ressocialização, cai por terra quando se percebe que, no cumprimento de uma pena, “a prisão domiciliar não apenas favorece esse convívio, mas na maioria das casas obriga”.⁶⁹⁹ Tal configuração pode ser mais bem compreendida quando voltamos a prisão domiciliar para o universo feminino, pois mulheres têm de lidar não só com as responsabilidades da casa, da família e dos filhos, mas, por vezes, com agressões por parte de seus companheiros.⁷⁰⁰

Além disso, não se pode deixar de mencionar as questões envolvendo o monitoramento e a corrupção/fraude. Trata-se de um problema técnico que se assemelha a alguns casos curiosos ocorridos no Brasil, de monitoramento fraudado. Um caso noticiado sobre pulseira eletrônica colocada em um cachorro chamou a atenção.⁷⁰¹ Sobre o episódio, destaca-se que a ex-policia monitorada era esposa de um funcionário do serviço penitenciário, motivo pelo qual se verificou a possibilidade de a pulseira nunca ter sido colocada na mulher, mas sim diretamente no pescoço do animal. Trata-se de um triste exemplo de corrupção no sistema prisional do país.⁷⁰²

Embora passadas duas décadas das previsões legais sobre as pulseiras eletrônicas, um estudo de campo realizado em 2018 captou a considerável baixa aplicação do instrumento, em comparação ao chamado botão anti-pânico, instrumento bastante utilizado nos casos de violência doméstica.⁷⁰³ A autora do estudo surpreendeu-se com o pouco uso da pulseira: – “uso mais restrito e mais recente do que eu tinha notícia pelos textos e documentos disponíveis”.⁷⁰⁴

⁶⁹⁹ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 13

⁷⁰⁰ Caso relatado: “[...] uma mulher que estava em prisão domiciliar por ter filhos pequenos, foi vítima de violência doméstica e teve o marido afastado do lar por 5 dias devido à violência”. Sobre este ponto, merece destaque a possibilidade de o mesmo juiz aplicar a monitoração eletrônica domiciliar e, também, o afastamento do agressor do local da agressão. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 13).

⁷⁰¹ “[...] uma ex-policia que estava monitorada foi capturada furtando em lojas da cidade sem a pulseira. Nenhum alarme tinha chegado ao Centro de Monitoração, pois a pulseira seguia detectando um corpo”. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 11).

⁷⁰² ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 12

⁷⁰³ Os botões anti-pânico são “dispositivos entregues para pessoas em situação de risco de agressão ou morte, de modo que elas possam acionar socorro policial com mais facilidade”. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 4 e 16).

⁷⁰⁴ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 16

No que se refere aos botões anti-pânico, hoje em dia, tais equipamentos não mais possuem botões, mas apenas um sistema *touch*, que visa atender pessoas com deficiência auditiva, por exemplo.⁷⁰⁵ Além do botão, há, também, o chamado “monitoramento dual”, entendido como mais eficiente em relação àquele, tendo em vista que ambas as partes envolvidas no conflito podem ser “vigiadas” simultaneamente. Portanto, é perceptível que a crítica se refere ao fato de que, enquanto o botão é somente controlado pela vítima em potencial, o que facilita a aproximação do agressor, o monitoramento dual permite a emissão de alertas à polícia quando do deslocamento do agressor em direção à vítima, gerando maiores chances de impedimento do crime.⁷⁰⁶

A Central de Monitoramento entra em contato com o agressor em potencial para lhe sinalizar que está saindo do traçado permitido; caso ele não siga pelo caminho não permitido, a vítima em potencial é acionada para que se proteja até a viatura chegar. O primeiro contato não é feito para a vítima para não a assustar.⁷⁰⁷ Importante destacar que todos os envolvidos precisam estar cientes e concordarem com o monitoramento, pois não se trata de uma imposição – já que ainda não houve o crime –, mas sim uma alternativa, supostamente, “vantajosa diante da privação de liberdade”,⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ Trata-se de dispositivo direcionado a quaisquer pessoas com relação de parentesco (p. ex.: casais, pais e filhos etc.) e que estejam em risco de agressão. A distribuição cabe tanto aos juízes criminais, quanto aos de família. No entanto, é preciso destacar que, segundo o estudo levantado, 98% dos dispositivos estariam desligados – devido à falta de consciência por parte dos envolvidos –, tornando a eficácia prática do aparelho muito menor do que o esperado. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 16).

⁷⁰⁶ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 19; No Brasil, em um levantamento realizado nos primeiros seis meses de 2020, demonstrou que o “botão do pânico” – capaz de emitir sinais sonoros ou vibratórios à vítima quando agressor monitorado quebra o perímetro permitido – permite que a vítima acione a Central de Monitoração Eletrônica, mas ressalta que o correto uso do dispositivo está comumente associado ao próprio agir da vítima, bem como à sua “inserção em redes de proteção, com atendimento psicológico, capacitação profissional, assistência educacional e de saúde.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. A política de monitoração eletrônica. **Nota técnica nº 21/2020**. p. 12).

⁷⁰⁷ Para o monitoramento dual, é entregue ao agressor em potencial um dispositivo semelhante a um celular, com GPS, além uma pulseira. Já a vítima em potencial apenas deve levar consigo o aparelho que se parece um celular. A aproximação entre ambos é monitorada através do GPS inserido nos dispositivos. Todavia, se o agressor deixar de carregar o aparelho com GPS, a pulseira avisará diretamente à vítima sobre a aproximação, tornando sua a responsabilidade de acionar a polícia. Isto torna o monitoramento dual tão limitado quanto o botão antipânico. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 20-22 e 24).

⁷⁰⁸ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 24

diferentemente do que acontece com aqueles que já estão em situação de prisão e lhes é promovida a saída temporária.⁷⁰⁹

Nada obstante, voltando o assunto para a população carcerária do país, esta contava, em 2016, com cerca de 76.261 pessoas presas (sem contabilizar os presos em delegacias e em seus domicílios – estes últimos: cerca de 1.686, de acordo com os dados da SNEEP).⁷¹⁰ Aliás, é importante referir que, do ano de 2006 até o ano de 2016, a população prisional argentina aumentou 41% e provocou um déficit de vagas de 12% (fator de semelhança com o Brasil).⁷¹¹ Para mais, de acordo com o perfil dos presos, o estudo observou a precariedade laboral relacionada ao cometimento de crimes: “96% são homens com baixo nível de escolaridade, mais de 2/3 não são reincidentes e somente 12% trabalhavam em regime de tempo completo quando delinquiram”⁷¹² – de acordo com dados da SNEEP/2019 –, condições que, mais uma vez, servem de demonstração sobre a magnitude da atividade laboral no processo de reintegração.⁷¹³

Por fim, evidencia-se a importância de se aliar o monitoramento eletrônico com outras medidas ressocializadoras.⁷¹⁴ Para repensar o ambiente domiciliar e o real potencial da vigilância eletrônica, servem de exemplo os relatos de “pessoas

⁷⁰⁹ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 24

⁷¹⁰ SNEEP (Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena). Disponível em: <http://datos.jus.gob.ar/dataset/sneep> Acesso em: 16 fev. 2021.

⁷¹¹ Por outro lado, a conjuntura do sistema prisional da Argentina difere-se do Brasil em um drama bem específico: são os diferentes padrões de segurança nas prisões argentinas. Naquelas, há orelhões à disposição dos presos, ou seja, “podem receber chamadas livremente”. Enquanto isso, nas prisões brasileiras há tamanha problematização envolvendo os aparelhos celulares não permitidos. Com isso, percebe-se a clara dissimilitude entre os países latinos sobre os modelos de imobilismo social. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 4-5).

⁷¹² ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 6

⁷¹³ No que se refere às possibilidades de trabalho aos monitorados, chama a atenção o depoimento de um magistrado argentino: “Existem saídas transitórias laborais, que estão previstas na lei, mas cada vez estamos vendo menos. Creio que temos um boxeador que está boxeando.” Segundo o relato, tratava-se de um caso dentre cerca de novecentos. Inclusive, ele admite que ainda não havia concedido tal autorização a nenhum monitorado, até o momento da entrevista, mas já defendendo-se: “ninguém pediu”, referindo ao fato de que “ninguém lhes dá emprego” mesmo. Neste contexto, é válido informar que por lá o equipamento que possui a tecnologia e o alcance necessários para tal funcionalidade é mais oneroso, comparado àquele utilizado junto da prisão domiciliar, pois necessita de GPS. (ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. p. 6 e 14).

⁷¹⁴ Utilizando-se dos ensinamentos de Foucault, o monitoramento eletrônico, seja como pena autônoma ou aplicada em conjunto à prisão domiciliar, não passará de uma “jaula transparente” caso não seja assessorado por atividades educativas e/ou laborais proporcionadas pelo Estado, mas será considerado como uma “quarentena social”. (FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: história da violência das prisões, 2000, p. 232 apud VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo. *In: Revista Direito & Práxis*. p. 401).

monitoradas sem teto, de familiares que sabotam a monitoração, desligando ou movendo o aparelho que é instalado na residência”,⁷¹⁵ além da sensação de “peso” para com o restante da família, já que não lhe é permitido contribuir para a casa (geralmente, a prisão domiciliar não oferece muitas condições de atividade remunerada formal). Por esta razão, é possível concluir que “a vigilância não tem por si só potencial transformador”⁷¹⁶, e, portanto, não é capaz de gerar todos os efeitos esperados se não vinculada a outras medidas preventivas e ressocializadoras.⁷¹⁷

2.3 Espanha

As primeiras experiências relacionadas à vigilância de presos na Espanha ocorreram entre 2000 e 2001, em Madri, e destinaram-se aos indivíduos que cumpriam pena no regime aberto. O procedimento previa a permanência dos participantes em suas casas pelo período das vinte e duas horas da noite até às oito horas da manhã do dia seguinte, de modo monitorado. Tratou-se de uma experiência piloto desenvolvida em observância ao Art. 86.4, do Regulamento Penitenciário de 1996.⁷¹⁸ No final de 2001, a Instrução 13, da Direção Geral de Instituições Penitenciárias, regulamentou o procedimento, recomendando-o nos seguintes casos: 1) para propiciar condições especiais de trabalho; 2) para possibilitar tratamentos médicos e 3) para que mães com recém-nascidos pudessem permanecer em casa neste primeiro momento da maternidade. Três anos mais tarde, houve a ampliação do procedimento para agressores domésticos.⁷¹⁹

O referido texto normativo também pontuou sobre os principais requisitos de elegibilidade dos monitorados, tais como possuir domicílio estruturalmente apto para

⁷¹⁵ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 27

⁷¹⁶ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 27

⁷¹⁷ ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. In: **42º Encontro anual da ANPOCS**. p. 27

⁷¹⁸ Real Decreto 190/1996 – item 4 – previsão de que os internos do regime aberto (chamado de terceiro grau) devem comparecer ao estabelecimento prisional por um período de oito horas e pernoitar no local, a não ser que haja sua concordância em ter sua presença, em sua casa, monitorada. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 1001-102).

⁷¹⁹ Importante mencionar que não se recomendava o monitoramento aos viciados em drogas e aos agressores sexuais. (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciário y revolución telemática: el fin de los muros en las prisiones?*: Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. p. 167 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 102).

receber os equipamentos (mesmo detalhe observado na legislação argentina), além da concordância expressa do preso e de seus familiares, afinal o local onde todos se abrigam estará, agora, sendo vigiado por uma parcela de horas considerável do seu dia, podendo o preso, ainda, receber visitas de profissionais da guarda civil ou da unidade penitenciária e ter de responder a entrevistas realizadas por agentes penitenciários.⁷²⁰

Muito embora houvesse previsão expressa do procedimento na Instrução mencionada, desenvolveu-se crítica em relação à autorização da vigilância poder ser feita antes mesmo da comunicação do juízo, no programa piloto. Ocorre que a própria administração penitenciária fazia a liberação da vigilância, não exigindo-se prévia autorização judicial, o que, de certa forma, poderia ferir outros direitos fundamentais do preso, para além dos de liberdade, mesmo que houvesse sua expressa anuência.⁷²¹

Nesta conjuntura, para serem considerados aptos a participarem do programa piloto de vigilância, os presos deveriam encontrar-se no regime aberto e demonstrar voluntariedade e interesse em voltar a reintegrar-se socialmente, algo que também foi motivo de crítica, devido ao “perfil claramente favorável”⁷²² dos participantes, no que se refere à busca pelos bons resultados. Outrossim, muito se reclamou da ausência de um texto normativo – isto é, uma lei orgânica – que discorresse sobre eventuais lesões ao direito de intimidade, tendo em vista que o único amparo do procedimento seria a aceitação das partes envolvidas.⁷²³

Sobre isso, é oportuno mencionar que, no que diz respeito às duas críticas (acerca da afetação à inviolabilidade do domicílio e da intimidade dos envolvidos), há entendimento no sentido de que sempre deverá haver o consentimento inequívoco do apenado, bem como dos seus familiares (ou pessoas que dividirem o local com ele) ou,

⁷²⁰ Além das medidas extras citadas, o vigiado também se vê sujeito à “visita de um profissional do estabelecimento ao local de trabalho; apresentações a uma unidade penitenciária; comunicações telefônicas, controles sobre atividades terapêuticas [...]” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 102-103).

⁷²¹ POZA CISNEROS, María. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*. p. 99-100 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 103

⁷²² Além do consentimento voluntário e do regime aberto, também se exigia que o sujeito “não tivesse praticado crime causador de alarde social”, nem que fosse conhecido midiaticamente. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 103).

⁷²³ “[...] o dispositivo mencionado (art. 86.4 do RP) de categoria inferior à lei e produzido no âmbito do próprio Executivo, não poderia dar cobertura jurídica para a restrição de direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, a intimidade pessoal e familiar ou a inviolabilidade do domicílio.” (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciario y revolución telemática: el fin de los muros en las prisiones?: Un análisis desde la perspectiva de Derecho comparado*. p. 170 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 103).

de todo modo, deverá a matéria ser submetida ao controle judicial.⁷²⁴ É dizer: se o juiz da execução penal avaliar e decidir sobre a possibilidade de instalação do dispositivo no domicílio do sujeito, não será necessário a anuência dos envolvidos, isto é, quando houver a imposição da medida, esta não caberá à administração penitenciária – apesar de ser uma possibilidade da legislação espanhola –, pois, se assim ocorrer, estar-se-á diante do necessário consentimento de todos.⁷²⁵

A despeito das críticas estabelecidas inicialmente, o programa avançou e, em 2003, foi aprovada a Lei Orgânica 15, que tratou da introdução de novas tecnologias como “instrumento de apoio a uma pena menor”,⁷²⁶ seguida do Real Decreto 515, de 2005, que regulamentou a aplicação de penas telemáticas. Em contraponto ao fato de que, agora, a utilização das pulseiras poderia ser vista como uma pena (e não somente como substitutivo de uma), a previsão estabelecida ficou vinculada às faltas, ou seja, infrações penais leves, cujo monitoramento seria de apenas doze dias.⁷²⁷ Mesmo assim, é importante dizer que não se proíbe a vigilância de condenados a penas longas, desde que estes “estejam classificados em terceiro grau de tratamento”⁷²⁸ (regime aberto).

Quanto às experiências com o monitoramento eletrônico fora da capital Madri, podem ser citadas as aplicações em Valência, Astúrias e Catalunha. Nas duas primeiras,

⁷²⁴ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 247

⁷²⁵ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 247

⁷²⁶ Em resumo, o monitoramento eletrônico na Espanha é utilizado “como parte do controle efetivo ou modalidade de execução das tradicionais alternativas penais (pena de localização permanente – antigo arresto domiciliar), controle de cumprimento de penas acessórias (ordem de afastamento), reforço no controle de medidas impostas como condição para suspensão da execução ou, ainda, como forma de controle de cumprimento do regime aberto.” (OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*. p. 77 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 107); Na Espanha atual, a funcionalidade do monitoramento eletrônico, inclusive no que diz respeito à manutenção do vínculo familiar do apenado, é inegável: “*Hoy en día parece difícil negar las posibilidades de utilización de la vigilancia electrónica como medio para facilitar el acceso al tercer grado, a la libertad condicional, sustituir numerosos casos de prisión preventiva y como medio para excarcelar o de evitar la propia reclusión (con las debidas garantías para la sociedad). Además en el campo de las medidas de seguridad puede facilitar el acceso a la vida familiar a internos sujetos a la medida del internamiento forzoso, supervisando que enfermos crónicos cumplen con su medicación.*” (GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. **Cárcel Electrónica y Sistema Penitenciario del Siglo XXI**. Disponível em: Acesso em: 17 fev. 2021. p. 52).

⁷²⁷ Também foi aprovada a Lei Orgânica 01/2004, para aplicação aos crimes de violência de gênero: “a norma autoriza o acompanhamento eletrônico do agressor condenado para verificar o cumprimento da ordem que impede a aproximação ou o contato com a vítima (*orden de alejamiento*), bem como a frequência a determinados lugares.” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 105).

⁷²⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*. p. 1103 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 107

os braceletes eletrônicos de localização foram colocados em internos do regime aberto, entre 2001 e 2002.⁷²⁹ Já na terceira comunidade citada, o programa piloto englobou, inicialmente, somente a cidade de Barcelona e teve aplicação para os presos da última fase da condenação, antes de obterem liberdade condicional. Somente após os testes iniciais é que o programa foi estendido para toda a comunidade.⁷³⁰

Com a Lei Orgânica 5, de 2010,⁷³¹ ampliou-se o âmbito de aplicação do monitoramento eletrônico como pena autônoma e criou-se a “liberdade vigiada como medida de segurança”,⁷³² cuja aplicação dá-se no pós-prisão a autores de crimes como terrorismo (art. 579.3) e agressão sexual (art. 192.1).⁷³³ – “medida de segurança não privativa de liberdade” (título IV, capítulo II, seção II, art. 106.1, do CP).⁷³⁴ A título de curiosidade, a legislação francesa também possui previsão de controle eletrônico no

⁷²⁹ Em Astúrias, as pulseiras eletrônicas controlavam a entrada e a saída dos presos de suas casas. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 105).

⁷³⁰ A monitoração domiciliar na Catalunha durava oito horas por dia, de segunda à quinta-feira e o prazo estimado poderia chegar a um ano. Fato interessante é que, em 2004, após a ampliação para toda a comunidade, a medida passou a ser aplicada, também, aos menores de idade, para controlar os “jovens infratores em meio aberto e para garantir a permanência do domicílio em horários de risco.” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 106).

⁷³¹ Lei orgânica que alterou a Lei de 1995, do Código Penal Espanhol. Artigo único, sétimo: A seção 1 foi modificada e a seção 4 foi acrescentada ao artigo 37, que tem a seguinte redação: “1. *La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado. No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. 4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo*”. (ESPAÑA. **Ley Orgánica 5/2010**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953> Acesso em: 17 dez. 2020).

⁷³² Trata-se de medida de segurança monitorada, diferente do que se aplica no sistema brasileiro. Na Espanha, é medida aplicável aos imputáveis, por um período de até 10 anos após o cumprimento da pena, enquanto no Brasil é tradicionalmente direcionada aos inimputáveis, de modo não monitorado, mas sim por meio de internação/tratamento ambulatorial, por período indeterminado – art. 97, do Código Penal brasileiro. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 263).

⁷³³ Para a aplicação da medida de segurança pós-penitenciária, devido à natureza da medida – bastante criticada por parte da doutrina, devido à “aspiração progressiva da política criminal”, que se desloca da dimensão retributiva da pena para a de neutralização de riscos, cujos pressupostos são considerados imprecisos e tendem a colocar a neutralização/intervenção antes da ressocialização – é utilizado o sistema ativo de monitoração, por GPS, para propiciar o seguimento continuado. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 254 e 257-258 e 261).

⁷³⁴ Entendida como modalidade de prisão/cadeia perpétua por alguns, trata-se de monitoração aplicada a “certos indivíduos que não são culpáveis, mas sim são perigosos” e deve observar dois requisitos previstos no art. 6.1, do CP espanhol: o cometimento de crime anterior e a periculosidade subsistente do sujeito (ideia de “neutralização do risco” – art. 23, do Real Decreto 841/2010), além dos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade para tal imposição após o cumprimento da pena. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 258-259).

período pós cumprimento de pena, através da *placement sous surveillance électronique* (localização sob supervisão eletrônica), aplicada na esfera da medida de segurança pós-penitenciária.⁷³⁵ A medida, no entanto, é bastante criticada, pois entendida como uma inadequada “prorrogação das consequências jurídicas do crime”⁷³⁶ e um instrumento de “expansão ilimitada do controle estatal sobre a esfera individual das pessoas”.⁷³⁷

Ademais, a reforma legal de 2010 permitiu que penas sejam cumpridas tanto na casa do indivíduo, como em centros penitenciários próximos a ele, podendo concretizar-se aos sábados, domingos e feriados, no caso da monitoração aplicada como pena principal. Desta forma, “a pena de localização permanente se converte em *arresto de fim de semana*, aplicável do mesmo modo, segundo o regime legal, às *faltas* (infrações vinculadas e penas não privativas de liberdade – art. 13)”⁷³⁸, situação que desencadeou sérias críticas dos especialistas.

Antes da alteração do CP Espanhol pela lei 5/2010, já havia previsão, no art. 53.1, do monitoramento eletrônico aplicado como consequência prática do não pagamento de multa, quando esta era imposta como pena leve. Neste sentido, cabe informar que na Espanha é considerada pena leve aquela fixada entre um dia e três meses, assim como uma pena menos grave é aquela que ultrapassa três meses e vai até seis meses, conforme previsão do art. 37.1 e 37.2 do texto legal. O crime com previsão expressa desta sistemática é o de furto, segundo o art. 623.1 do CP Espanhol, e trata-se de modalidade de punição fundida a partir do *arresto domiciliar* com o *arresto de fim de semana*.⁷³⁹ Deste modo, é considerada por alguns como forma de punir bastante eficaz no que se refere à prevenção, pois “o condenado recebe curtas, mas intensas, descargas punitivas (*short, sharp, shock*), que não perturbam suas relações com a sociedade”.⁷⁴⁰

⁷³⁵ Código Penal Francês de 1994, artigos 131-36-9 até 131-36-13 (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 254-255).

⁷³⁶ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 262

⁷³⁷ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 262

⁷³⁸ As críticas são no sentido de que, com isso, se denuncia a permissividade legal de que as faltas, infrações menos graves, possam ser castigadas “com uma pena de prisão de curta duração encoberta”. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 248-249).

⁷³⁹ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 248-249

⁷⁴⁰ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 248-249 e 251-252

Por fim, embora contundentes as considerações não tão favoráveis ao instrumento apresentadas nesta exposição, há de se destacar as principais finalidades que se vinculam ao controle telemático na Espanha: I. utilização em “programas para as últimas etapas de cumprimento de pena” e II. utilização em “programas de liberdade condicional com fins laborais”.⁷⁴¹ Com as duas possibilidades apresentadas, é possível visualizar o cenário do monitoramento eletrônico espanhol, o qual é compreendido como pena de localização permanente, isto é, como espécie de pena privativa de liberdade que pode ser aplicada como principal ou substitutiva à outra.⁷⁴² Em suma, é possível dizer que o sistema de localização permanente espanhol desempenha importante papel ressocializador, uma vez que, em alguns casos, permite ao condenado o exercício livre de suas atividades básicas durante o cumprimento de pena.⁷⁴³

2.4 Portugal

Monitorização Telemática Posicional é o nome dado ao procedimento de monitoramento eletrônico em Portugal, que é aplicado por lá desde 1998⁷⁴⁴, como alternativa à prisão preventiva.⁷⁴⁵ Trata-se, de modo muito semelhante ao que ocorre nos demais países estudados até aqui, de uma aplicação voltada à “obrigação de permanência na habitação”⁷⁴⁶, isto é, prisão domiciliar monitorada. Algumas das disposições específicas acerca da execução penal em Portugal constam na Lei n.

⁷⁴¹ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 248

⁷⁴² Código Penal Espanhol, artigo 37 – regulamentado pelo Real Decreto 841, de 2011. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 250).

⁷⁴³ Importante esclarecer que o art. 37, do CP espanhol, não possui o condão de controlar os movimentos do sujeito, mas tão somente de vigiar a permanência dele em locais determinados. Por isso, o sistema passivo de monitoração é entendido como suficiente por lá, ou, em último caso, o sistema ativo por radiofrequência. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 253).

⁷⁴⁴ PORTUGAL. **Lei 59/1998**. Alterou o Código de Processo Penal Português. Artigo 201, nº 2 - Para fiscalização do cumprimento da obrigação referida no número anterior podem ser utilizados meios técnicos de controlo à distância, nos termos previstos na lei; Em Lisboa, no ano de 2002, deu-se início ao monitoramento, na expectativa de redução das aplicações de prisões preventivas: “A solução alcançou excelentes níveis de operacionalidade e eficácia, e os seus custos revelaram-se muito inferiores aos do sistema prisional, provando ser uma real alternativa à prisão preventiva.” (MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico**: liberdade vigiada, 2007. p. 7)

⁷⁴⁵ “A intenção do legislador português foi viabilizar e facilitar a aplicação da permanência na habitação como alternativa ao uso excessivo da prisão preventiva.” No entanto, tal previsão importou no desvio da aplicação do monitoramento como verdadeira pena substitutiva, fazendo com que fosse evitado seu uso enquanto “modalidade de execução da pena privativa de liberdade”. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 108-109).

⁷⁴⁶ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 108

115/2009, que alterou o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade.⁷⁴⁷

Deste modo, torna-se relevante destacar que a autorização do uso do instrumento pode ocorrer ainda durante o inquérito policial, após o requerimento da acusação – ou do próprio investigado, ou, então, após o inquérito, de ofício pelo magistrado.⁷⁴⁸ Apesar da lógica demonstrar imposição pelo juízo, o consentimento do réu permanece sendo essencial e deve ser feito pessoalmente.⁷⁴⁹ Posta em prática a medida de monitoração telemática, o controlado fica sujeito ao recebimento de visitas e a possíveis contatos do “técnico de reinserção social”, o que demonstra a preocupação da legislação e da política criminal Portuguesa com a finalidade preventiva da pena e com o encaixe do monitoramento a demais programas de reintegração.⁷⁵⁰

Por outro lado, levantou-se críticas à vigilância eletrônica no país, no sentido de estar demonstrando-se, em alguns casos, como verdadeiro processo de retração da política criminal, isto é, como uma ampliação da aplicação das medidas cautelares. Neste sentido, o efeito *net-widening*⁷⁵¹ passou a resumir os debates acerca do aumento

⁷⁴⁷ A Lei n. 115/2009, em seu Artigo 5º, alterou o Art. 91 da Lei n. 3/1999, que passou a ter a seguinte redação: Art. 91. Competência. 1 - Após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade, **competem ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção**, sem prejuízo do disposto no artigo 371-A do Código de Processo Penal; 2 - Compete ainda ao tribunal de execução das penas **acompanhar e fiscalizar a execução da prisão e do internamento preventivos**, devendo as respectivas decisões ser comunicadas ao tribunal à ordem do qual o arguido cumpre a medida de coação; 3 - Sem prejuízo de outras disposições legais, compete aos tribunais de execução das penas, em razão da matéria: a) **Homologar os planos individuais de readaptação, bem como os planos terapêuticos e de reabilitação** de inimputável e de imputável portador de anomalia psíquica internado em estabelecimento destinado a inimputáveis, e as respectivas alterações; b) Conceder e revogar licenças de saída jurisdicionais; c) Conceder e revogar a liberdade condicional, a adaptação à liberdade condicional e a liberdade para prova; d) Homologar a decisão do diretor-geral dos Serviços Prisionais de colocação do recluso em regime aberto no exterior, antes da respectiva execução [...]. (grifado)

⁷⁴⁸ Anteriormente à imposição da medida, são considerados os seguintes requisitos: “existência de meios necessários”, ou seja, se naquele local/comarca há programa vigente de monitorização; “consentimento do investigado ou réu”, além das pessoas que dividem com ele o domicílio; “informação do serviço de reinserção social sobre a pessoa, família, emprego e relações sociais”; e, por fim, devem ser esclarecidos, de plano, o local e o(s) período(s) de vigilância. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 109).

⁷⁴⁹ DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. *Revista do Ministério Público*. p. 108-111 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 108

⁷⁵⁰ CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 110

⁷⁵¹ “O efeito *net-widening* pode ser definido como aquele capaz de inserir no cárcere indivíduos que não seriam alcançados pelo sistema prisional, tendo dupla natureza: a utilização de penas reforçadas para infratores que de outra forma não teriam recebido uma pena de prisão e um aumento da probabilidade de prisão por violação das condições impostas na obrigação de permanência na residência, devido a um aumento da fiscalização.” (SOUZA FREITAS, Gláucia. **O monitoramento eletrônico pode reduzir o tempo do encarceramento na execução da pena privativa de liberdade?** Um estudo sobre a adaptação à liberdade condicional em Portugal. p. 18).

do número de tutelados pelo Direito Penal, sobretudo no que se referia à aplicação da prisão domiciliar monitorada “nos casos em que a prisão preventiva não seria imposta”.⁷⁵²

Outro aspecto bastante criticado pela doutrina – mais uma vez observa-se semelhança sobre o já estudado nos demais países – diz respeito ao requisito que impõe ao monitorado em potencial a existência de casa/residência própria “em condições adequadas”.⁷⁵³ Isto quer dizer que exige-se, de modo discriminatório, que o sujeito comprove circunstâncias subjetivas sobre o ambiente familiar em que estará inserido durante o processo de vigilância, além da obrigatoriedade de possuir linha telefônica estável e apta.⁷⁵⁴

Mesmo assim, no caminho contrário aos pareceres críticos, o uso do monitoramento ganhou evidência e, em 2003, foi ampliado, para que sua aplicação fosse elegível em substituição às penas menores, de curta duração.⁷⁵⁵ Além disso, experiências foram iniciadas em um território autônomo de Portugal, já incluindo os infratores de crimes mais graves, tais como crimes contra a vida, assim como tráfico de drogas e crimes patrimoniais.⁷⁵⁶

Além disso, por meio da Lei n. 155/2009, título II, é possível constatar a importância dada aos princípios constitucionais durante a execução da pena. No capítulo I do referido título, estão elencados nos artigos 2º, 3º, 4º e 5º os princípios norteadores gerais (dignidade humana, personalidade, direitos e interesses jurídicos, imparcialidade, individualização do tratamento prisional, planejamento/tratamento prisional no processo de reinserção) e especiais (destinados, respectivamente, aos agentes de até de 21 anos; aos maiores de 65 anos; às mulheres e aos estrangeiros ou pertencentes a minorias

⁷⁵² CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 110

⁷⁵³ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. p. 272 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 110

⁷⁵⁴ PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. p. 272 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 110

⁷⁵⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: Conselho Nacional De Política Criminal e Penitenciária (Ministério da Justiça). *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*, p. 23 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 110

⁷⁵⁶ O território em referência fica na região de Açores e as experiências por lá objetivavam um monitoramento de até oito meses. (LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. p. 97 apud CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 110).

étnicas/linguísticas), além da descrição e interpretação acerca das finalidades da execução penal Portuguesa.⁷⁵⁷ A maneira como a temática é exposta na legislação demonstra o cuidado para com a reinserção social do preso⁷⁵⁸ e assegura os direitos de personalidade e de dignidade do agente, algo muitíssimo relevante, pois é o ponto de partida de todo este estudo.⁷⁵⁹

De maneira geral, portanto, o estudo de direito comparado demonstrou que, em relação ao Brasil, outras nações adotam uma aplicação mais progressiva do monitoramento eletrônico. Enquanto isso, as previsões legais brasileiras ainda denotam de certa timidez para com as possibilidades de monitoração, além de, até o presente momento, apenas servirem como instrumentos substitutivos de penas, e não propriamente como uma pena autônoma, por vezes, aplicada nos países mencionados.⁷⁶⁰ O monitoramento eletrônico aplicado em nosso País não parece focar realmente nos objetivos apresentados inicialmente (diminuição do cárcere), nem atua como uma real

⁷⁵⁷ Lei n. 155/2009. Artigo 2. Finalidades da execução. 1 - A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade; 2 - A execução da prisão preventiva e do internamento preventivo visa assegurar a satisfação das exigências cautelares que justificaram a sua aplicação.

⁷⁵⁸ Lei n. 155/2009. Artigo 5. [...] O tratamento prisional consiste no conjunto de atividades e programas de reinserção social que visam a preparação do recluso para a liberdade, através do desenvolvimento das suas responsabilidades, da aquisição de competências que lhe permitam optar por um modo de vida socialmente responsável, sem cometer crimes, e prover às suas necessidades após a libertação; 3 - O tratamento prisional é programado e faseado, favorecendo a aproximação progressiva à vida livre, através das necessárias alterações do regime de execução.

⁷⁵⁹ Lei n. 155/2009. Artigo 3. Princípios orientadores da execução. 1 - A execução das penas e medidas privativas da liberdade assegura o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos demais princípios fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa, nos instrumentos de direito internacional e nas leis; 2 - A execução respeita a personalidade do recluso e os seus direitos e interesses jurídicos não afetados pela sentença condenatória ou decisão de aplicação de medida privativa da liberdade; 3 - A execução é imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso, nomeadamente em razão do sexo, raça, língua, território de origem, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual; 4 - A execução respeita os princípios da especialização e da individualização do tratamento prisional do recluso, sem prejuízo do disposto no número anterior; 5 - A execução, na medida do possível, evita as consequências nocivas da privação da liberdade e aproxima-se das condições benéficas da vida em comunidade; 6 - A execução promove o sentido de responsabilidade do recluso, estimulando-o a participar no planeamento e na execução do seu tratamento prisional e no seu processo de reinserção social, nomeadamente através de ensino, formação, trabalho e programas; 7 - A execução realiza-se, na medida do possível, em cooperação com a comunidade.

⁷⁶⁰ Na Europa, o campo de aplicação do monitoramento é extenso, permitindo que funcione como pena autônoma (existem as chamadas *curfew orders*, localização permanente ou *placement sous surveillance électronique*) e sendo aplicável isolada ou cumulativamente a outras medidas, além de ser possível como substitutivo, tal como ocorre no Brasil. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 269).

alternativa penal, mas apenas impõe outras obrigações, ficando “longe de atingir um ideal de reinserção social”.⁷⁶¹

3. Monitoramento eletrônico como espécie de pena alternativa à prisão frente à ineficácia prática do cárcere no que toca às finalidades preventivas da pena

Sobre a proposta de monitoramento eletrônico no regime aberto, há quem sustente ser “uma mentira o discurso adotado que essa tecnologia irá diminuir os custos do sistema prisional”⁷⁶², entendendo que, em verdade, as expensas irão aumentar, devido às duas modalidades previstas para o mecanismo.⁷⁶³ Em outras palavras, a crítica pontua que, antes da previsão da monitoração eletrônica, as saídas temporárias e a prisão domiciliar ocorriam da mesma forma, porém sem o custo extra com o suporte em questão.⁷⁶⁴ E a desaprovação vai além disso, afirmando-se que a esperada redução do encarceramento não irá ocorrer, já que a prisão domiciliar (prevista no Artigo 17, da LEP) só será admitida para presos em regime aberto, desde que estes contem com mais de setenta anos de idade ou estejam sofrendo com doença grave ou, se mulheres, possuam filhos menores de idade ou acometidos com problema físico/mental ou sejam gestantes.⁷⁶⁵

Qualquer que seja a política de prevenção à criminalidade, esta deve evitar qualquer tipo de constrangimento físico ou moral, como as penas corporais, “porque essas não motivam a conduta, apenas as impedem”,⁷⁶⁶ o que pode ferir a autonomia ética do sujeito. Neste sentido, portanto, a tese é que o monitoramento eletrônico não poderia ser aplicado como alternativa, tendo em vista, supostamente, representar um típico embaraço físico.⁷⁶⁷

⁷⁶¹ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Diferenças do monitoramento eletrônico em Portugal**. p. 1.

⁷⁶² CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 75

⁷⁶³ CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 75

⁷⁶⁴ CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 75

⁷⁶⁵ CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 75

⁷⁶⁶ CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 126

⁷⁶⁷ CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais**: a construção de uma política pública – entrevista de ÁLVARO PIRES. p. 126, 142-143

Por outro lado, como referido ao longo do texto, verificou-se que a pena privativa de liberdade no Brasil não atende às determinações constitucionais e legais da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84)⁷⁶⁸ – prisões atulhadas, que não atendem às condições mínimas de dignidade, são exemplos disso.⁷⁶⁹ Necessário, pois, livrar a pena privativa de liberdade “do ranço maniqueísta, como se fosse uma luta entre o *bem* e o *mal*”⁷⁷⁰ (grifo do autor) tendo em vista não ser mais viável partir-se da responsabilidade pessoal do condenado como meio para aceitação de quaisquer tipos de castigos a ele.⁷⁷¹

A instituição total carrega em si um intrínseco efeito político: com ela, perde-se a identidade humana e aproxima-se da “mortificação do eu”.⁷⁷² Por isso, não se pode legitimar as mazelas e as insuficiências do encarceramento tradicional apenas ancorados nos possíveis defeitos ou paradoxos envolvendo o monitoramento eletrônico.⁷⁷³ Ou seja, desde que bem aplicado, o mecanismo alternativo poderia “constituir uma medida alternativa viável à pena privativa de liberdade nas instituições totais”, e poderia auxiliar na efetiva humanização da execução penal.⁷⁷⁴

Oportuno, ainda, é destacar que o monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão merece reconhecimento por mitigar os reflexos da atual crise carcerária.⁷⁷⁵ Este é um fato que se confirma com a observação de “adaptações” realizadas pelos juízos de execução nos últimos anos – conforme foi explicado no

⁷⁶⁸ “Na LEP, a pena de prisão passa a ser vista como uma instituição falida. Em consequência, são propostas uma série de alternativas para sanar sua ineficiência no que tange aos índices de reincidência e aos problemas vivenciados intramuros.” (LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil.** p. 20).

⁷⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37

⁷⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37

⁷⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37

⁷⁷² GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos, 1961 apud GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS.* ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 145

⁷⁷³ Nesta perspectiva, o sistema de prisão tradicional, supostamente ancorado na ideia de ressocializar, é “*un desideratum inalcanzable y contradictorio. Los modernos sistemas de vigilancia aparecen como una vía idónea para humanizar las prisiones pues facilitan la labor de reinsertar no dentro de un marco cerrado y dominante, sino dentro de la sociedad. Con el nuevo sistema, al desaparecer las rejas, desaparece, del mismo modo, el mayor obstáculo que impedía alcanzar la resocialización.*” (GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. **Cárcel Electrónica y Sistema Penitenciario del Siglo XXI.** Disponível em: Acesso em: 17 fev. 2021. p. 51).

⁷⁷⁴ GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS.* ed. 17. Porto Alegre, 2017. p. 145

⁷⁷⁵ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento Eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos.* p. 108

tópico 1.1 Histórico gaúcho (VEC de Porto Alegre/RS) – na busca pelo cumprimento mais adequado das penas, de acordo com cada regime.⁷⁷⁶

Cabe salientar, portanto, que a intenção percebida naquelas condutas foi a de amenizar os efeitos da ingerência do Estado no trato dos estabelecimentos prisionais e suas respectivas vagas, tendo em vista que o cumprimento da pena privativa de liberdade em colônia agrícola ou industrial para os apenados do regime semiaberto não veio a se concretizar no território nacional.⁷⁷⁷ Diante deste cenário, seria possível considerar o monitoramento eletrônico como solução tecnológica alternativa à prisão, desde mantidos resguardados os princípios democráticos de direito, sendo o da dignidade humana um dos mais relevantes.⁷⁷⁸ Com efeito, trata-se de medida que, necessariamente, deve ajustar-se às finalidades preventivas da pena (prevenção especial positiva).⁷⁷⁹

3.1 A monitoração eletrônica como pena alternativa aos regimes aberto e semiaberto

Conforme já delineado nos capítulos anteriores, a pena de prisão é continuamente alvo de críticas por boa parte da doutrina penal. Neste sentido, a chamada Novíssima Criminologia intervém, objetivando que o referido tipo de pena seja extinto ou que, caso contrário, o Estado venha a ser responsabilizado, efetivamente, pelos transtornos provocados.⁷⁸⁰ Tal entendimento é no sentido de que “o Estado quase

⁷⁷⁶ GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. *In: Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143/2018. Maio/2018. p. 15

⁷⁷⁷ “O Brasil não dispõe de muitas colônias agrícolas e industriais razoáveis, as quais se destinam ao cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto. A maioria das colônias agrícolas são verdadeiras adaptações que não podem atender a um grande número de condenados.” (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática** – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 175); GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. *In: Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143/2018. Maio/2018. p. 15

⁷⁷⁸ DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). Ministério da Justiça. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 36

⁷⁷⁹ Sobre isso, é importante frisar que deve limitar-se à restrição imposta, aplicando-se somente quando necessário, de preferência com a menor visibilidade possível. (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. p. 6).

⁷⁸⁰ A referida “novíssima criminologia”, seguindo um utopismo por parte dos positivistas, “considera que o conhecimento das causas reduzirá a delinquência sem erradicá-la”. Além disso, a corrente sustenta que “a personalidade do autor não é a que deve prevalecer”. (HORAS, Plácido A. *Jovens desviados y delinquentes*. Humanitas: Buenos Aires, 1972 apud DE CAMPOS, Nuno. **O Estado e os menores de conduta anti-social**. p. 28).

sempre seria o responsável pela ocorrência do delito”⁷⁸¹, resultado obtido a partir de sua omissão em relação a atitudes preventivas ordeiras. Ainda nesta mesma perspectiva, é abordada a importância de se oferecer educação adequada à população em geral, no intuito de desenvolver “um mercado de trabalho sem desemprego”,⁷⁸² algo que, em tese, poderia barrar o elevado número de crimes econômicos, por exemplo.⁷⁸³

Em relação à tal problemática, é significativo recapitular que o art. 146-b, da LEP, recebeu nova redação após a Lei 12.258/2010, mas antes disto teve três de seus incisos (I, III e IV) vetados pela Presidência da República – à época, do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva.⁷⁸⁴ Os incisos vetados merecem atenção e análise, especialmente na altura em que o presente estudo se encontra, pois as propostas que receberam o veto previam a aplicação da pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou a concessão da progressão para tais regimes, além da aplicação da pena restritiva de direitos de limitação de horários ou de frequência a determinados lugares e da concessão do livramento condicional ou da suspensão condicional da pena.⁷⁸⁵

Vale lembrar que na exposição de motivos do veto foi dito que as referidas aplicações iriam de encontro à sistemática do cumprimento de pena tradicional, bem como aos princípios de individualização e proporcionalidade, além de não diminuir os custos do sistema atual: “[...] o projeto aumenta os custos da execução penal e não contribui para reajustar a população dos presídios, já que não retira do cárcere quem não deveria lá estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso”.⁷⁸⁶ Cabe analisar, no entanto, que os vagos argumentos deixaram de observar a “oportunidade de uma

⁷⁸¹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 52

⁷⁸² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 53

⁷⁸³ Com efeito, a Nova Defesa Social (ou Novíssima Defesa Social), apresenta como proposta principal a prática de meios substitutivos da pena de prisão que sejam adequados à “recuperação do delinquente”. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. p. 52-53).

⁷⁸⁴ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In*: **Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza**. p. 265-266

⁷⁸⁵ Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010 – veto presidencial a determinados pontos da proposta de nova redação à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm Acesso em: 20 dez. 2020.

⁷⁸⁶ Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010 – exposição de motivos do veto presidencial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm Acesso em: 20 dez. 2020.

aplicação mais ampla da vigilância eletrônica”⁷⁸⁷, sobretudo no contexto em que o Sistema Penitenciário se encontra.

Nesta óptica, o veto teria sido uma tentativa de justificar as falhas funcionais pré-existentes do sistema.⁷⁸⁸ Além disso, quanto aos custos, a comparação dos gastos com o monitoramento e com a manutenção de estabelecimentos prisionais é descartada quando visualizado o último levantamento realizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública – Nota técnica nº 21/2020 – (ANEXOS A e B).⁷⁸⁹

Ademais, com a alteração dada ao Código de Processo Penal, pela Lei 12.403 de 2011, a monitoração eletrônica passou a ser considerada como medida cautelar diversa da prisão (art. 319, do CPP). Com isso, pode atuar como “garantia da efetividade de outras medidas cautelares”⁷⁹⁰, como a proibição de acesso a determinados lugares, entre outros. É dizer: se cabível o monitoramento durante o processo penal, como garantia de medidas cautelares, por qual motivo não poderia ser cabível para garantir o bom cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, por exemplo?⁷⁹¹

Neste ponto, é verificável, também, o problema da falta de vagas já mencionado, aliado, não por acaso, às condições físicas dos locais. Os problemas estruturais enfrentados nos estabelecimentos próprios para o cumprimento de cada regime de pena são inquietantes e, invariavelmente, acabam atrelados à ideia de que, com isso, cria-se um “ambiente favorável a uma ampla e extensa reincidência criminal”. Em ângulo contrário, o estudo de Direito Comparado assinalou algumas diferenças entre Brasil e Portugal⁷⁹² e Brasil e Espanha.⁷⁹³ Na legislação penal espanhola, a “*Ley Orgánica*

⁷⁸⁷ “Não se compreende com facilidade em que sentido a adoção dos controles eletrônicos, no regime aberto e no livramento condicional em particular, contraria a “sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro”, ainda que assim se possa entender no que se refere às penas restritivas de direitos.” (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 266).

⁷⁸⁸ “[...] a razão pela qual se vetou parte do projeto é que se quer exigir dele a solução para um problema funcional do sistema, notadamente o ‘reajuste da população dos presídios’”. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 267).

⁷⁸⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. A política de monitoração eletrônica. **Nota técnica nº 21/2020**. p. 13-14

⁷⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 1941. **Código de Processo Penal**. Artigo 319, incisos II, III, IV e IX; ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 267

⁷⁹¹ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 267

⁷⁹² PORTUGAL. Decreto-Lei n. 51/2011. **Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais**. Título III, Capítulo I. Art. 34. Alojamento. 1 - O recluso colocado em regime comum é alojado em cela

General Penitenciaria”, de 1979, é a responsável por estabelecer as regras básicas de instalação dos locais de cumprimento de pena, sendo o Artigo 38, disposto no capítulo III, especialmente relevante, pois determina as práticas de assistência sanitária dos estabelecimentos prisionais.⁷⁹⁴

Passado o momento de críticas, uma boa maneira de verificar a possibilidade do monitoramento eletrônico como pena alternativa é observar e mencionar o panorama retirado de um estudo quantitativo realizado em 2015, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que demonstrou, via percentual técnico, a destinação do equipamento de monitoramento eletrônico durante os primeiros cinco anos de vigência das leis federais, dentre as possibilidades previstas.⁷⁹⁵ De início, o gráfico desenvolvido (ANEXO C) pontuou que a utilização do instrumento se mostrou pouco efetiva em relação à expectativa/promessa de diminuição do encarceramento.⁷⁹⁶ Ao mesmo tempo, tornou clara a percepção de que sua aplicação nos presos do regime aberto e semiaberto foi verdadeiramente maior.⁷⁹⁷

individual, exceto quando razões familiares, de tratamento ou de prevenção de riscos físicos ou psíquicos aconselhem o alojamento em comum, bem como em casos excepcionais de insuficiência temporária de alojamento; 2 - Os espaços de alojamento, individual ou comum, dispõem para cada recluso de equipamento constituído por uma cama, uma mesa, uma cadeira e um armário; 3 - Os espaços de alojamento são providos de lavatório e de sanita ou equivalente; 4 - Em cada espaço de alojamento é afixado inventário do equipamento existente; 5 - No lado exterior da porta do alojamento é afixado o nome do ocupante ou ocupantes e o respectivo número mecanográfico; 6 - Os espaços de alojamento são dotados de sistema de alarme e comunicação que permita ao recluso entrar em contacto com o pessoal em qualquer momento; 7 - O recluso é responsável pelos danos que cause nas instalações que ocupa e respectivos equipamentos; 8 - O recluso pode personalizar o seu espaço de alojamento através da afixação de fotografias, imagens, gravuras ou escritos, em placard destinado a esse fim.; 9 - É proibido colocar cortinas, pendurar roupa ou outros objectos nas paredes, na porta ou nas janelas ou por qualquer forma ocultar, total ou parcialmente, o interior do espaço de alojamento ou dificultar a sua visibilidade a partir do exterior.

⁷⁹³ ESPANHA. Ley Orgánica 1/1979. **General Penitenciaria**. Artículo treinta y ocho; ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009**. p. 85

⁷⁹⁴ ESPANHA. Ley Orgánica 1/1979. **General Penitenciaria**. Artículo treinta y ocho; ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009**. p. 85.

⁷⁹⁵ DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). Ministério da Justiça. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. p. 36; afinal, a finalidade do monitoramento eletrônico é promover eficácia preventiva de crimes e proporcionar efetiva ressocialização. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 241).

⁷⁹⁶ Observou-se que pouco mais de 12% dos casos correspondiam à uma efetiva diminuição do cárcere (entre a aplicação como medida cautelar diversa da prisão e como medida protetiva de urgência envolvendo os casos da Lei Maria da Penha). (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere?** *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 178).

⁷⁹⁷ Do todo observado, no período de fevereiro a julho de 2015, aproximadamente 67% das aplicações ocuparam o espaço do gráfico destinado aos regimes aberto e semiaberto. (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere?** *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 178).

Como indicado no gráfico, as aplicações que se sobressaíram naquele período estavam ligadas às saídas temporárias e às formas de prisão domiciliar, além do significativo percentual referente ao trabalho externo.⁷⁹⁸ Diante disso, entretanto, instalou-se a crítica comum de que o monitoramento, quando aplicado nos casos de maior proporção, não passa de “uma nova forma de controle do cumprimento dessas penas”⁷⁹⁹ e que, portanto, o monitoramento estaria sendo utilizado como um *plus* nas medidas que, anteriormente, já eram utilizadas sem este auxílio.⁸⁰⁰

Outrossim, os dados divulgados em 2020 pelo DEPEN contendo os dados do primeiro semestre daquele ano (ANEXOS C, E, F, G, H) sublinharam o surpreendente número de presos monitorados no Brasil: 759.518 pessoas. Além disso, também mencionaram a queda na taxa de prisões, comparada à de 2019, que passou de 359,40% para 323,04%, quadro que parece ter auxiliado na relativa diminuição do déficit de vagas do sistema penitenciário.⁸⁰¹ Ademais, o levantamento tratou com especial relevância os dados de UME (unidades de monitoramento eletrônico),⁸⁰² e divulgou informações referentes: I. à quantidade de equipamentos existentes em cada Estado (ANEXO E); II. à faixa etária dos usuários mais comuns (ANEXO F), III. ao delito

⁷⁹⁸ Com isso, pode-se concluir que, nos primeiros anos de aplicação da medida (2010-2015), “as formas de utilização do monitoramento mais propícias a gerar efeito desencarcerizadora” tiveram pequenas aplicações e relevância prática no sentido esperado. (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere?** In: **I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito**. p. 179).

⁷⁹⁹ ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere?** In: **I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito**. p. 178

⁸⁰⁰ ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere?** In: **I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito**. p. 178; neste contexto, ainda é possível observar reprovação da medida baseada no fato de ela apenas ser capaz de promover a restrição da liberdade de ir e vir do indivíduo, não sendo considerada eficaz no que se refere à persistência “no caminho do delito”, isto é, para alguns crimes, a tornozeleira eletrônica não serviria como óbice – por exemplo, nos chamados crimes de colarinho branco. (DIAS FILHO, Zaferino. **A (in)eficácia da tornozeleira eletrônica nos crimes de colarinho branco**. p. 36-38).

⁸⁰¹ Em comparação aos meses de agosto a dezembro de 2019 e aos meses respectivos de 2020, reparou-se que o déficit de vagas diminuiu de 312.925 para 231.768. (SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 1º semestre de 2020 (jan./jun.).

⁸⁰² Os números demonstram que 678.506 pessoas estão presas e não estão sendo monitoradas eletronicamente, 51.897 estão com monitoramento e 5.552 estão sob tutela das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares. (SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 1º semestre de 2020 (jan./jun.).

relacionado (ANEXO G), IV. ao tempo da condenação e IV. à performance da aplicação do monitoramento nos primeiros seis meses do ano.⁸⁰³

Por fim, o informativo em análise também dispôs sobre os dados de reintegração e assistência sociais, especialmente em relação ao primeiro período/impacto da pandemia da Covid-19. Devido ao caos instaurado, os gerentes prisionais foram autorizados a adotarem medidas de prevenção ao alastramento do vírus no ambiente carcerário. Com isso, providências que diminuiriam o contato entre os presos foram tomadas.⁸⁰⁴

Nada obstante, o restrito âmbito de aplicabilidade do monitoramento eletrônico no Brasil precisa ser repensado, especialmente no que se refere às previsões feitas em 2010. Neste aspecto, observa-se que a monitoração das saídas temporárias do regime semiaberto possui curta duração⁸⁰⁵ (apenas sete dias – aqui, a possibilidade de renovação não faria diferença) e possui um rol taxativo de possibilidades.⁸⁰⁶ Referente à prisão domiciliar sob monitoramento, as hipóteses de aplicação também são concentradas em grupos reservados de pessoas.⁸⁰⁷ Outrossim, o estudo de Direito Comparado realizado, que muito demonstrou sobre a possibilidade de aplicação do monitoramento eletrônico como espécie de pena autônoma, ou, até mesmo, como controle de vigilância aplicado no pós-pena, chamou a atenção para a ausências de tais cenários no sistema brasileiro.⁸⁰⁸

⁸⁰³ SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 1º semestre de 2020 (jan./jun.).

⁸⁰⁴ Exemplo: suspensão/redução de atividades educacionais e/ou laborais. (SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 1º semestre de 2020 (jan./jun.).

⁸⁰⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigo 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

⁸⁰⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigo 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. § 1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução; § 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.

⁸⁰⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. Artigo 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; ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 267-268

⁸⁰⁸ “[...] o sistema brasileiro, no que concerne à execução penal, só admite o uso dos controles telemáticos durante a execução da pena privativa de liberdade, e ainda assim só em esferas restritivas dos regimes

O levantamento sobre as legislações internacionais e a lógica comparativa com o Brasil, apenas ressaltou a atual – e já desatualizada – conjuntura de aplicabilidade do instrumento na execução penal brasileira, essencialmente em relação ao quadro em que ele está inserido na prática criminal, isto é, como um “benefício”, uma simples medida alternativa ligada à execução da pena, o que impede sua exploração como verdadeira pena autônoma, para uma possível redução dos efeitos do cárcere e do déficit de vagas.⁸⁰⁹

4. Proposta de *lege ferenda*

A sugestão de alteração da legislação atual sobre o Monitoramento Eletrônico de presos no Brasil se deve à preocupação (dentre fatores como dignidade humana e legalidade processual) em se ver efetivado o princípio da proporcionalidade, fundamental à temática da “persecução dos objetivos da sanção” que deve observar os limites e a real necessidade do controle.⁸¹⁰ Assim sendo, resultados, efeitos e possíveis atualizações ao sistema devem ser constantemente avaliados e revisitados, “com especial atenção ao potencial expansionista da técnica e à proteção dos direitos e garantias fundamentais dos monitorados”.⁸¹¹

Com isso, se quer dizer que, quando bem conduzido e aplicado de maneira inclusiva, o monitoramento apresenta verdadeiras chances de reabilitação e de amenização dos efeitos da crise na política criminal, em especial sobre o atual cenário

semiaberto (saída temporária) e aberto (prisão domiciliar). Não há pena autônoma de arresto domiciliar, e sim apenas alternativas ao centro penitenciário nos regimes semiaberto e aberto”. (ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 268).

⁸⁰⁹ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. p. 268; corrobora para isso o entendimento de Rogério Greco, ao dizer que o monitoramento eletrônico “foi criado com a finalidade de fazer com que o condenado não fosse retirado, abruptamente, do seu meio social.” Desta forma, embora ainda persistam limitações durante o período de pena, com o controle eletrônico sua permanência no âmbito social é reservada: “Não é dessocializado, mas sim educado a não praticar o ato que o levou a ter suspensos alguns desses direitos.” (GRECO, Rogério. **Monitoramento Eletrônico**. p. 1).

⁸¹⁰ “[...] a pessoa deve ser monitorada com um fim específico, o que determinará a forma e o grau de monitoramento, que deve ser proporcional ao fim a que se destina [...]” (ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 181).

⁸¹¹ ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. p. 182

deficitário de vagas.⁸¹² As tornozeleiras eletrônicas são verdadeiro incentivo à ressocialização do preso, tendo em vista o caminho trilhado por ele até o momento do cabimento da medida, diante da progressão de regime, devido a, dentre outros fatores, sua demonstração de bom comportamento e de merecimento de retornar ao convívio social.⁸¹³

Neste sentido, a proposta de *lege ferenda* a seguir vislumbra uma pequena – mas relevante – alteração no texto do Artigo 146-B, da Lei de Execução Penal, que seria incluída por uma nova Lei (nos mesmos moldes dos vetos e inclusões realizados quando da legislação federal sobre o assunto, em 2010). A ideia seria implementar dois novos incisos no dispositivo mencionado (incisos VI e VII), permitindo que a redação completa fosse assim representada:

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

VI – Verificar a **ausência de vaga** em casa de albergado ou estabelecimento adequado, para o cumprimento de pena no regime aberto;

VII – Verificar a **ausência de vaga** em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares, para o cumprimento de pena no regime semiaberto. (grifado)

Com tal ampliação, a parte final da redação do inciso I, do artigo 146-D, também mereceria alteração, de modo a prever, expressamente, a hipótese de revogação:

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

I - Quando se tornar desnecessária ou inadequada, especialmente quando não mais subsistir a falta de vagas nos regimes de cumprimento adequados de que tratam os incisos VI e VII, do artigo 146-B desta Lei. (grifado)

⁸¹² “O ideal de ressocialização não deve ser abandonado, devendo ser reinterpretedado e reconstruído.” (VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de.; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. **Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo.** *In: Revista Direito & Práxis.* p. 403).

⁸¹³ROCHA, Marina Dias. **A eficácia do uso das tornozeleiras eletrônicas para o monitoramento dos presos no regime semiaberto** – A experiência de Porto Alegre. p. 21; “Não havendo condições de promover-se o fim da pena no ambiente agressivo do cárcere em regime fechado e sendo necessária a gradual integração social do condenado, possibilita-se que ele conquiste a progressão quando dê sinais de modificação de comportamento depois de ter recebido orientação adequada, instrução e ensinamentos com vistas a sua profissionalização ou aperfeiçoamento.” (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984.** p. 355-357).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação objetivou verificar a possibilidade de se ampliar o âmbito de aplicação do Monitoramento Eletrônico no Brasil. A escolha do tema foi escolhido em razão do cenário atual envolvendo o déficit de vagas dos estabelecimentos prisionais e a conjuntura da Política Criminal como um todo. No decorrer da pesquisa, foram observados diversos problemas relacionados ao encarceramento e aos efeitos práticos por ele desenvolvidos, algo que corroborou, ainda mais, para o aprofundamento do estudo envolvendo a monitoração eletrônica de presos. Assim, com o auxílio do Direito Comparado – mesmo sem ter a intenção de esgotar o assunto – foi possível concluir sobre alguns aspectos importantes, que seguem abaixo.

Com relação ao apresentado no **Capítulo I**, sobre Teoria da Pena, foram observadas algumas inconsistências, variações e pontos questionáveis referentes às diversas correntes. Inclusive, a divisão por tópicos que organizou o capítulo foi proposital, justamente para possibilitar o esclarecimento das principais diferenças entre as Teorias Clássicas (bipartidas) e a moderna Teoria Quadripartida, sobretudo no que se refere às acepções sobre finalidades e funções da pena.

Ficou demonstrado que parte da Doutrina permanece fazendo uso da palavra “função” para se referir à aplicação da pena – assimilação equivocada. O erro está em não separar adequadamente aquilo que se objetiva com a punição (isto é, sua finalidade) daquilo que é realizado para sua concretização (isto é, sua função). Finalidades, pois, pressupõem funções, enquanto podem existir funções dissociadas da ideia de finalidade. Mas, afinal, de que nos serve a segunda opção quando se trata da aplicação de uma pena e dos efeitos/princípios que queremos alcançar e preservar com ela?

Neste sentido, a Teoria Quadripartida da Pena veio para melhor organizar a divisão entre os elementos essenciais da punição e para requalificar os significados de cada etapa. Com efeito, a velha concepção de retribuição (fundamento da pena) sobre o crime cometido, já não é suficiente. Hoje, as especificidades do fenômeno criminal são pressupostos para a aplicação das respectivas consequências, devendo estas últimas preocuparem-se, sobretudo, com a projeção das finalidades preventivas associadas, de modo que possam responder à pergunta “para que punir?” (2º elemento da Teoria Quadripartida).

O **Capítulo II**, por sua vez, abordou sobre as previsões legais existentes no Código Penal Brasileiro, em comparação direta com o cenário caótico do Sistema Penitenciário Nacional, aludindo especialmente sobre a Pena Privativa de Liberdade (PPL). Em função disto, entendeu-se relevante a retomada dos princípios fundamentais inerentes à estrutura democrática onde nos inserimos hoje e aos objetivos da Lei de Execução Penal. Então, a partir de uma breve abordagem histórica sobre a PPL, concluiu-se sobre os já não tão fidedignos pareceres sobre sua origem ter tido como pressuposto a redução dos efeitos da pena de morte, tendo em vista as condições hoje verificadas nos estabelecimentos criminais pelo Brasil. Em seguida, com a análise dos regimes de cumprimento de pena (aberto, semiaberto e fechado), bem como os locais respectivos para serem executados, também foi possível identificar os problemas a respeito da falta de vagas.

A **Principiologia da Pena** – norteadora da execução criminal – teve papel fundamental para a visualização direta entre o que é real e o que é teórico, relativamente ao sistema carcerário brasileiro. Seis foram os princípios analisados neste trabalho. Com eles, de modo geral, foi possível esclarecer a importância da limitação de responsabilidades em um Estado Democrático de Direito e do estabelecimento da noção de garantia prescrita aos indivíduos, além de retratar a essência da proporcionalidade na aplicação da pena. Junto do princípio da Dignidade Humana, o princípio da proporcionalidade, criaram a base para o correto desenvolvimento da sugestão de *lege ferenda* dada ao final da pesquisa, considerando sua preocupação com os efeitos decorrentes das falhas estruturais do sistema criminal e os três níveis de análise (ou três subprincípios) da aplicação da punição. Entende-se desta forma porque, desde que observadas proporcionalmente as circunstâncias do crime e as punições cabíveis, constatou-se que o Monitoramento Eletrônico poderia se apresentar como uma espécie de pena menos interventiva, comparado à pena privativa de liberdade.

O que foi estudado sobre os princípios constitucionais asseverou a conjuntura insalubre dos ambientes carcerários, estando aquela ligada à superlotação e à falta de assistências básicas aos presos. Invariavelmente, todos são fatores que, ao contrário do que mandam os princípios, tornam a PPL degradante e afastada da finalidade preventiva de ressocialização. Com isso, ficou demonstrada a ineficácia da PPL quanto aos objetivos da LEP.

Com a certificação de que a Principiologia da Pena está em muito desviada da realidade punitiva, foi exposto sobre o problema do déficit de vagas no Sistema Prisional. Sua atual estruturação, frente ao contingente carcerário, não viabiliza a vazão esperada, seja nas penitenciárias (para o cumprimento do regime fechado), seja nas colônias agrícolas ou industriais (para o semiaberto), ou nas casas de albergado (para o aberto). Com isso, a execução se dá em locais inadequados, situação que parece ignorar o princípio da legalidade, pois viola a legislação que dispõe sobre os espaços específicos para cada regime e força o condenado a permanecer em regime mais gravoso, mesmo diante de possíveis progressões.

Além disso, a realidade sobre o **Egresso criminal** teve especial destaque e demonstrou as dificuldades enfrentadas por aquele, que, do dia para a noite, se vê diante de uma vida extramuros novamente e diante dos olhares tortos da sociedade. As adversidades enfatizadas até então (em destaque, p. ex., as violências vividas na prisão, certas anulações de autodeterminação e baixa autoestima desenvolvidas no sujeito) perpassam os efeitos físicos da prisão, atingindo o psicológico do preso. Inclusive, as rotinas prisionais denotam aquilo identificado como “mortificação” do sujeito, que pode implicar nas (ausências de) expectativas para o pós-cárcere. Questões sobre o estigma associado à figura do egresso criminal também denotaram as consequências subjetivas (como vergonha) e objetivas, referente às oportunidades de trabalho ao egresso – é sabido que o trabalho é parte essencial na ressignificação do homem e, sobretudo, no seu processo de reintegração social.

Deste modo, não serve como justificativa, mas como possível alternativa, portanto, a ideia de que o Monitoramento Eletrônico aplicado em substituição ao cárcere possibilitaria que o indivíduo continuasse inserido – com os limites necessários – na movimentação que o mundo apresenta hoje, permitindo que continuasse atualizado e sem carregar as experiências do cárcere em suas entrevistas de emprego, por exemplo.

Finalmente, no **Capítulo III**, o olhar voltou-se para a ideia do Monitoramento Eletrônico como pena alternativa à prisão. Intencionalmente, buscou-se interligar o tema com as considerações realizadas sobre o 3º elemento da Teoria Quadripartida da Pena, além de abordar o contexto histórico do instrumento de controle pelo mundo. Por isso, neste último passo da dissertação foi realizado um estudo de Direito Comparado, utilizando as legislações de quatro diferentes países como objetos comparativos. Os tipos de vigilância disponíveis no mercado, as consequências e os efeitos práticos da sua

aplicação, seja como medida alternativa (no Brasil) ou como pena autônoma (legislação internacional) também contribuíram para a construção da proposta de *lege ferenda* exposta ao final da pesquisa.

A publicação das **Leis Federais de 2010 e 2011** estabeleceu o desígnio principal do Monitoramento no Brasil, qual seja, abrandar a população carcerária, sem, contudo, permitir a diminuição da vigilância estatal sobre os apenados. Com base nisso, naturalmente, críticas foram iniciadas, as quais, apesar de relevantes (p. ex.: ideia de *plus* punitivo, técnica de gerenciamento do sistema penal ou efeito *net-widening*) perdem sua força diante do desrespeito ao princípio da legalidade frente ao déficit de vagas. Isto pode ser evidenciado a partir do estudo realizado na Vara de Execução de Porto Alegre, organizado pela Prof.^a Dra. Vanessa Chiari, que expôs a conduta de juízes da execução quando da aplicação do monitoramento como pena alternativa à prisão domiciliar, apesar de inexistente legislação neste sentido. A necessidade atrelou-se ao imbróglio insuperável da falta de vagas no semiaberto e aberto, situação em que o condenado era penalizado com um tempo de cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o previsto.

As decisões que, inegavelmente, afrontavam o princípio da legalidade, na verdade tentavam sanar outra ilegalidade, qual seja, a negligência do poder executivo gaúcho. Mas, afinal, qual das ilegalidades mencionadas é mais perigosa? – Entendo que os subsídios colhidos apontam para aquela relacionada ao peso das falhas estruturais/operacionais do Estado depositado sobre as costas do condenado. Não à toa, aliás, a elaboração da **Súmula Vinculante nº 56, do STF**, que passou a dispor sobre o assunto, inclusive dispondo sobre os parâmetros do RE 641.320/RS, dentre os quais está justamente a possibilidade do preso “beneficiar-se” com a saída antecipada do regime com falta de vagas⁸¹⁴, com o propósito de fazer vagar espaços nos regimes menos onerosos, buscando-se ver respeitado, inclusive, o disposto no artigo 185, da LEP.

Chegado ao **Direito Comparado**, dentre outros pormenores, verificou-se que a aplicação do Monitoramento Eletrônico nos outros Países, seja para casos determinados e restritos (de menor gravidade), seja para os crimes mais graves, é geralmente

⁸¹⁴ A Súmula Vinculante 56 estabelece como critério que a “antecipação da progressão” seja destinada àqueles presos que estão, de fato, mais próximos da progressão legal, tornando possível a abertura de vagas no regime em que está para outro preso que acaba de progredir. Assim sendo, da maneira como a Súmula foi estabelecida, nenhum dos dois presos do exemplo seria prejudicado e as garantias constitucionais da individualização da pena, da legalidade e da dignidade homem permaneceriam resguardadas.

associada aos sistemas de *arresto* domiciliar ou de localização permanente, aplicados como penas ou medidas de segurança autônomas. Notou-se, de imediato, a disparidade daquelas aplicações em relação à realidade brasileira, visto que no Brasil a monitoração não é designada como pena autônoma, mas em restritas etapas do cumprimento da PPL ou na execução de medidas cautelares.

Neste ponto, vale esclarecer sobre a motivação da escolha dos Países estudados, iniciando pelos EUA que, na verdade, não se tratou de uma escolha, mas de uma necessidade, pois a ausência da legislação do País onde o Monitoramento Eletrônico foi idealizado certamente implicaria no enfraquecimento da pesquisa. Já os demais países, de fato, foram escolhidos: Argentina, por se tratar de País próximo ao Brasil e por ter sido o primeiro País da América Latina a implementar a aplicação do controle eletrônico na seara penal (especificamente na detenção de presos provisórios em prisão domiciliar); Espanha e Portugal, por considerá-los países que retratam bem o contexto do Monitoramento Eletrônico na Europa.

Sobre os **Estados Unidos da América**, seu pioneirismo foi destacado, pois já em meados de 1984, ainda em fase de experimentação, foi iniciado o Programa de Confinamento Domiciliar na Flórida, a partir da ideia de *home confinement*. A aplicação não ultrapassava os quatro meses e vinculava-se aos crimes domésticos. Em dois anos, mais de 32 Estados implementaram-no, não mais relacionando-se somente aos delitos intrafamiliares, mas também aos crimes de trânsito e de patrimônio. Também ficou evidente que o objetivo era controlar o contingente carcerário, lógica esta que serviu para utilizá-lo como um tipo simples de punição ou como um componente de programas de supervisão comunitária, denominada *probation*, inicialmente voltada aos agentes de baixo risco ou não violentos. O resultado disso apresentou bastante variação, nomeadamente sobre o crime praticado, as características do preso e o tempo de monitoração. Por lá, os bons frutos geralmente são associados à curta duração da medida, algo que guarda relação com os custos do equipamento repassados ao usuário.

Sobre a **Argentina**, também foi destacado seu pioneirismo na América Latina, a partir do Programa de Controle de Prisão Domiciliar, desenvolvido em 1997. Anos depois, a Resolução nº 808/2016 serviu de atualização humanitária sobre as pulseiras eletrônicas no país. O país também prevê a prisão domiciliar monitorada, junto de uma série de requisitos, tal como uma ordem de prioridade prevista no Protocolo de Atribuição de Prioridades do Dispositivo de Controle Eletrônico e o necessário

consentimento dos envolvidos. De modo geral, o desenvolvendo do monitoramento na Argentina passou pelas fases de aplicação mais restrita (somente para autores de crimes sem violência), seguida da aplicação em idosos ou doentes graves, até alcançar as penas privativas de liberdade de curta duração ou as prisões preventivas de longa duração. A ligação do monitoramento na Argentina com o universo feminino também foi um ponto de destaque, incluindo dispositivos específicos da LEP Argentina em acordo com as Regras de Bangkok da ONU, em especial a de nº 64.

Sobre a **Espanha**, a implantação do Monitoramento Eletrônico se iniciou praticamente no mesmo período que o Brasil. Todavia, as primeiras experiências por lá já se destinavam aos presos do regime aberto e previam a permanência dos monitorados em suas casas pelo período das vinte e duas horas da noite até às oito horas da manhã do dia seguinte. A Instrução 13/2001, da Direção Geral de Instituições Penitenciárias, regulamentou o procedimento, recomendando seu uso em casos específicos, tais como para propiciar condições especiais de trabalho; mais tarde, o procedimento foi ampliado para os agressores domésticos. Com o Real Decreto 515/2015, as pulseiras poderiam ser aplicadas como uma pena, não mais limitando-se a atuar como substitutivo. A Lei Orgânica 5/2010 passou a prever o Monitoramento Eletrônico como pena autônoma, passando a retratá-la como medida de segurança em liberdade vigiada. Tal dispositivo, diferente de tudo o que foi visto até aqui, é aplicável no pós-prisão de condenados por terrorismo e agressão sexual. A medida, como já esperado, é objeto de fortes críticas sobre a expansão ilimitada do controle estatal.

Sobre **Portugal**, encontrou-se a previsão do monitoramento como alternativa à prisão preventiva, estabelecida em 1998. No País, o cumprimento da monitoração se dá na casa do próprio preso, assim como observado nas demais legislações. Mas o que se destacou, aqui, foi a figura do técnico de reinserção social, que pode se deslocar até o domicílio do monitorado sempre que entender necessário, algo que demonstra a preocupação que há por trás da Política Criminal Portuguesa no que diz respeito à finalidade preventiva da pena e ao efetivo alinhamento do monitoramento com outros programas de reintegração social.

Dois aspectos de grande semelhança foram observados nos países mencionados:

1. Necessidade de consentimento do monitorado e dos que convivem com ele na casa onde cumprirá a pena (algo que não se verifica no Brasil);
2. Exigência de condições/requisitos mínimos sobre o domicílio do preso para que esteja venha a ser

“contemplado” com o controle. O ápice das críticas é focado no último ponto, pois entende-se que a questão está ligada à violação do princípio da igualdade, uma vez exigido do condenado um local bem estruturado, com energia elétrica, linha telefônica e boa localização, algo que ignora as possibilidades econômicas de grande parte da população carcerária. Trata-se de artimanha legal que serve de combustível discriminatório, pois constrange o sujeito a comprovar, inclusive, subjetividades relacionadas ao seu ambiente familiar.

De maneira geral, o estudo de Direito Comparado demonstrou que, em relação ao Brasil, outras nações adotam uma aplicação mais progressiva do Monitoramento Eletrônico. Enquanto isso, as previsões legais brasileiras ainda denotam de certa timidez para com as possibilidades de monitoração, além de, até o presente momento, apenas servirem como instrumentos substitutivos de penas, e não propriamente como pena autônoma. Fica evidenciado, assim, que o potencial do monitoramento eletrônico não está sendo suficientemente explorado em nosso país.

Isto posto, foi possível concluir que: **Nº 1** – Os melhores resultados, no que diz respeito aos Direitos Fundamentais e à efetiva Reintegração Social, são verificáveis quando cumulado o controle eletrônico aos programas de acompanhamento social, uma vez constatado que o monitoramento puro do preso, independentemente da configuração, não é capaz, por si só, de alcançar todos os objetivos da LEP. **Nº 2** – Apesar da legislação tratá-lo como medida cautelar na execução penal, a alteração do texto legal, prevendo-o como modo de execução da pena diversa da prisão, limitados aos regimes estudados, promoveria efetiva alternativa ao cárcere. Ademais, o controle eletrônico proporcionaria a expansão do senso de responsabilidade do próprio monitorado.

Assim, o Monitoramento Eletrônico pode ser um meio capaz de atuar na retribuição da ação ou omissão delituosa do delinquente – já que, embora fora do cárcere físico, não permite que o indivíduo fique livre da punição necessária –, bem como na prevenção de novos crimes, uma vez tendo conquistado considerável espaço de credibilidade nos últimos anos no Brasil, por ser capaz de capturar todos os passos do preso com a tornozeleira eletrônica. Por último, mas com caráter essencial, parece ser capaz de atuar na ressocialização do indivíduo, já que a ele é possibilitado a volta ao convívio social, de maneira cuidadosa.

Com isso, as hipóteses levantadas inicialmente sobre os problemas de pesquisa não foram completamente confirmadas, nitidamente no que se refere à questão principal. Entendeu-se, pois, pela possibilidade de aplicar o Monitoramento Eletrônico como pena alternativa à prisão, ao menos quando confirmada a falta de vagas nos regimes aberto e semiaberto. Obviamente, a validade de tal aplicação só seria possível após a alteração legislativa sugerida no último tópico da pesquisa. O intuito seria adicionar dois novos incisos no artigo 146-B, da LEP, cujo texto faria previsão expressa do monitoramento eletrônico – sem necessariamente estar aliado à outra medida – nos casos de falta de vagas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. v. 34, n. 1. p. 241-270, jan./jun. Fortaleza/CE. 2013. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11846/1/2013_art_jclbalbuquerque.pdf Acesso em: 14 dez. 2020.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. Revisão técnica e notas por Sílvio Luiz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Diferenças do monitoramento eletrônico em Portugal**. p. 1. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-fev-08/funciona-monitoramento-eletronico-portugal-aqui-perdas-ganhos> Acesso em: 17 fev. 2021

ALVES, Eduardo Khoury; RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Monitoramento Eletrônico de pessoas: desencarcerados ou encarcerados fora do cárcere? *In: I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito*. Coordenadores: Guilherme Augusto Portugal Braga, Enio Luiz de Carvalho Biaggi e Lícia Jocilene das Neves. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/6rie284y/t3m9n6k4/qAS5Y9o7v43xOtM0.pdf> Acesso em: 29 out. 2020.

ANTONINI, Lisliê Carvalho. **Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da personalidade da pena**. Orientador: Paulo Vinícius Sporleder de Souza. 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil). *In: Sistema Penal & Violência* – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. AZEVEDO, Rodrigo G. de. vol. 2. n. 2. p. 75-89. Porto Alegre, julho/dezembro 2010.

ARGENTINA. Decreto nº 118/2019. **Código Procesal Penal Federal**. Disponível em: Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm> Acesso em: 13 jan. 2021.

ARGENTINA. Ministerio de Justiça y Derechos Humanos. **Resolución 808 - E/2016**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-808-2016-265542/texto> Acesso em: 16 fev. 2021.

ARGENTINA. **Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP)**. Ministerio da Justiça y Derechos Humanos. Disponível em: <http://datos.jus.gob.ar/dataset/sneep/archivo/5fd7ce53-c741-4837-9850-d2879fec8a6b>
Acesso em: 13 jan. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. ed. 18, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O Monitoramento Eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Orientador: Rodrigo G. de Azevedo. 2013. 203 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. Parecer técnico: Alternativas penais. *In*: **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)**. 2014. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Alternativas-penais.pdf> Acesso em: 18 fev. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Sociologia e justiça penal**: teoria e prática de pesquisa sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**: parte general. 3. ed. Madrid, España: Akal, 1994.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do direito penal**: introdução à sociologia do Direito penal. 2. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. *In*: **Revista dos tribunais (727)**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Edição de Harlem, Livorno, 1766.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Atena, 1959.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Walter Barbosa. **A relevância do erro sobre a punibilidade nas causas de liberação da pena.** Orientador: Prof. Fabrício Pozzebon. 2014. 246 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. vol. 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLAYA PÉREZ, Marcelo. O castigo do crime versus o crime do castigo. *In: Revista de Direito alternativo (2).* São Paulo: Acadêmica, 1993.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal:** análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Lei Anticrime.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 2011. **Lei das Cautelares.** Alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e deu outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Lei dos Juizados Especiais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. **Lei do Monitoramento Eletrônico.** Alterou o Código Penal e a Lei de Execução Penal, para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 11 mai. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372> Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> Acesso em: 21 jun. 2019.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *In: Revista Polis e Psique*. 3(3): 143-164. 2013.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula Vinculante 56**. p. 1-6. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/55173274/sumula-vinculante-56> Acesso em: 10 dez. 2019.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CONEPA (Congresso Nacional de Alternativas Penais). **Alternativas penais: a construção de uma política pública**. Campo Grande – MS. 19, 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: http://biblioteca.mp.sp.gov.br/PHL_IMG/Doutrina/VII%20Conepa%202011.pdf Acesso em: 18 fev. 2020.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

DE BLASIS, Giovanni Battista. E alla fine siamo arrivati anche a Striscia Notizia. **Polizia Penitenziaria: Società Giustizia & Sicurezza**. Roma: Itália, 2009. Acesso em: 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.poliziapenitenziaria.it/author/giovanni-battista-de-blasis/page/13/> Acesso em: 10 fev. 2021.

DE CAMPOS, Nuno. **O Estado e os menores de conduta anti-social**. Orientador: Osni de Medeiros Regis. 1978. 86 fls. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais – especialidade: Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 1978. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106065/321127.pdf?sequence=1>
Acesso em: 04 nov. 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Merecimento de pena e necessidade de pena como elementos do conceito material de crime e sua relevância para o sistema dogmático**. Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza. 2015. fls. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). Ministério da Justiça. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. Brasília: 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/thaina.vieira/Downloads/RelatrioMonitoraoEletrnica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/thaina.vieira/Downloads/RelatrioMonitoraoEletrnica%20(1).pdf) Acesso em: 04 nov. 2020.

DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). Ministério da Justiça. **Nota técnica n.º 21/2020/COMAP/DIRPP/DEPEN/MJ**. Disponível em: file:///C:/Users/thaina.vieira/Desktop/DISSERTA%C3%87%C3%83O/copy2_of_NotaTcnica212020monitoraoelettronica.pdf Acesso em: 31 out. 2020.

DIAS FILHO, Zaferino. **A (in)eficácia da tornozeleira eletrônica nos crimes de colarinho branco**. Orientador: Prof. Lucilo de Freitas Macedo Filho. 2017. 70 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Mato Grosso. Cuiabá – MT, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/38373014/A_IN_EFIC%C3%81CIA_DA_TORNOZELEIR_A_ELETR%C3%94NICA_NOS_CRIMES_DE_COLARINHO_BRANCO Acesso em: 10 dez. 2020.

EISENBERG, Avlana K. **Mass Monitoring**. Southern California Law Review. vol. 90. Disponível em: https://southerncalifornialawreview.com/wp-content/uploads/2017/01/90_123.pdf Acesso em: 17 fev. 2021.

ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: **Penas alternativas a la prisión**, de CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena (Coord.). Barcelona: Bosh, 1997. Disponível em: file:///C:/Users/thaina.vieira/Downloads/Los_monitores_electronicos_puede_ser_el.pdf Acesso em: 20 jan. 2021.

ESPANHA. **Ley Orgánica 5/2010**. Alterou a Ley10/1995 (Código Penal Espanhol). Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953> Acesso em: 17 dez. 2020

ESPANHA. Ley Orgánica 1/1979. **General Penitenciaria**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23708-consolidado.pdf> Acesso em: 12 nov. 2020

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del garantismo penale. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su diritto e ragione. *In: Le ragioni del garantismo*: discutindo com Luigi Ferrajoli. Torino: Gappichelli, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: a história da violência nas prisões. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. *In: Revista dos Tribunais – Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143/2018. p. 221-244. Maio/2018.

GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARST, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *In: Revista da Defensoria Pública RS*. ed. 17. Porto Alegre, 2017.

GOVERNO DA CALIFÓRNIA (EUA). *California Department of Corrections and Rehabilitation. Electronic Monitoring*. Disponível em: <https://www.cdcr.ca.gov/parole/electronic-monitoring/> Acesso em: 10 fev. 2021.

GRECO, Rogério. “**Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.**” São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162

GRECO, Rogério. **Monitoramento eletrônico**. 2013. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819870/monitoramento-eletronico> Acesso em: 03 fev. 2021.

GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. **Cárcel Electrónica y Sistema Penitenciario del Siglo XXI**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/58906562.pdf> Acesso em: 17 fev. 2021. p. 51-86. AFDUA, 2005

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ISER (Instituto de Estudos da Religião). **Imparcialidade ou cegueira**: Um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Comunicações do ISER – n. 70, ano 35 - 2016. ISSN 0102-3035. Publicação sazonal do Instituto de Estudos da Religião. Rio de Janeiro, dez. 2016. Disponível em: http://www.iser.org.br/site/wp-content/uploads/2017/01/REVISTA_ISER_70_web03JAN-1.pdf Acesso em: 18 fev. 2020.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., 1997.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Galegari; Colaboração: Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. 3. vol. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KOFMAN, Ava. *Digital Jail: How Electronic Monitoring Drives Defendants Into Debt*. In: **The New York Times Magazine**. jul./2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/07/03/magazine/digital-jail-surveillance.html> Acesso em: 10 fev. 2021.

LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte.

In: **Revista Transgressões – Ciências Criminais em debate**. v. 4. n. 1. mai/2016.

LIBRELOTTO, Gicélia. **Dignidade da pessoa humana**: reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito. Orientador: Thadeu Weber. 2017. 107 fls. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

LÍGIA, Mori Madeira. **Trajetórias de homens infamantes**: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil. 265 p. ed. 1. Curitiba: Appris, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e conformidade Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOTUFO, Renata Andrade. Direitos fundamentais das mulheres encarceradas. In: **Revista do Tribunal Regional da Terceira Região**, n. 116, 2013. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/EDICOES_DA_REVISTA/revista_edicao_116.pdf Acesso em: 16 fev. 2021.

LOW GROUP. *Shouse California – Electronic Monitoring in California Criminal Cases*. Disponível em: <https://www.shouselaw.com/ca/defense/laws/electronic-monitoring/> Acesso em: 10 fev. 2021.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico**: liberdade vigiada, 2007.

Disponível em:

<http://observatoriodeseguranca.org/files/Monitoramento%20Eletr%C3%B4nicoCarlosMariath.pdf> Acesso em: 17 fev. 2021. p. 7

MATTE, Luiza. **A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua positivação e sua influência na prática jurídica**. Orientador: Cezar Saldanha Souza Junior. 2000. 183

fls. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2000.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática – de acordo com a Lei nº 9.714/98. São Paulo: Atlas, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. A política de monitoração eletrônica. **Nota técnica nº 21/2020**. COMAP; DIRPP; DEPEN; MJ. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-tecnicas/diversos/A%20politica%20de%20Monitoracao%20Eletronica.pdf> Acesso em: 16 jan. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**. Título original: L'Esprit des lois. Publicado originalmente em 1748. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf Acesso em: 27 ago. 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2001. Disponível em: https://www.academia.edu/35444794/_Introduccion_Al_Derecho_Penal_Francisco_Mu%C3%B1oz_Conde?auto=download Acesso em: 28 ago. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. tir. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Alicia Rodriguez. **Fórmulas para la ressocialización del delincente en la legislación y el sistema penitenciario españoles**. Barcelona: UNED.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. **O monitoramento eletrônico na justiça criminal**: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo. 2011. 188 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

OLIVEIRA, Janaína Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. *In*: **Revista Brasileira de Segurança Pública**. ano 5. ed. 9. São Paulo, ago/set 2011.

PASSOS, Iara Cunha. Controle de Riscos e Seletividade Penal: Avaliação de Risco no Sistema de Justiça Criminal dos EUA. *In: Revista Contraponto*. Edição Especial. VIII Seminário Discente (2019). v. 7. n. 2. 2020. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/contraponto/article/view/108719/59037> Acesso em: 05 fev. 2021.

PELEGRINO, Flávia Werneck; FREITAS, Cláudia Regina Miranda. **Anotações sobre o monitoramento eletrônico de presos no Brasil**. Soc. Nat. Uberlândia/MG. v. 23. n. 1. p.86-112, jan./abr. 2018. ISSN 1982-4513. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/35888> Acesso em: 03 fev. 2021.

PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. Coord. Victor Martins Pimenta. Brasília, 2015. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/relatrio-monitocao-eletrnica-2015.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

PINZON, Natalia Gimenes. **Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho. 2003. 205 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 51/2011. **Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais**. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1317&tabela=leis&so_miolo= Acesso em: 13 jan. 2021.

PORTUGAL. Lei 155/2009. **Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis#:~:text=1%20%2D%20Ap%C3%B3s%20o%20tr%C3%A2nsito%20em,A%20do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo Acesso em: 13 jan. 2021.

PORTUGAL. **Lei 59/1998**. Alterou o Código de Processo Penal Português. Disponível em: https://www.igf.gov.pt/leggeraldocs/LEI_059_98.htm#ARTIGO_9 Acesso em: 26 out. 2020.

POZZEBON, Fernanda Sporleder de Souza. **Egresso do Sistema Penitenciário: A trajetória de um estigma e o papel da FAESP**. 2001. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.

PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Constituição e Direitos humanos: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2009.

PRADO, Luiz Régis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *In: Revista dos Tribunais Online*. vol. 776. Jun. 2000. Disponível em: <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Apontamentos%20sobre>

e%20a%20punibilidade%20e%20suas%20condicionantes%20positiva%20e%20negativa.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019.

RITTER, Paula Uglione. **Vivências dos apenados nas oficinas profissionalizantes dos presídios gaúchos: aprendizagem e trabalho.** Orientador: Milton P. Madeira. 1998. 117 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1998.

ROCHA, Marina Dias. **A eficácia do uso das tornozeleiras eletrônicas para o monitoramento dos presos no regime semiaberto** – A experiência de Porto Alegre. 2018. p. 13-14 Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/marina_rocha.pdf Acesso em 05 fev. 2021.

RODRIGUES; Anabela Miranda. Controlar e punir – O Direito Penal em mudança? *In: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade.* FIDES, Natal, v. 8., n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/324> Acesso em: 13 jan. 2021

RODRIGUES, Viviane Isabela. **Entre grades invisíveis: A (des)proteção social do egresso prisional.** Orientadora: Berenice Rojas Couto. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUIVO, Marcelo Almeida. Aproximação à teoria da pena nos crimes empresariais. *In: Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro.* LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [Orgs.]. 1. reimp. p. 407-419. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

RUIVO, Marcelo Almeida. Penas Infamantes no Direito Penal empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade. Posfácio. *In: Análise crítica às shame sanctions: humilhação e perda da reputação,* de JEUKEN, Julia Magalhães. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.* v. 121, ano 24, p. 163-190. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2016.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Introdução ao Direito Penal: Propedêutica Política Criminal** Principiológica. Recife: Linceu, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. ed. 9, rev., atual. tir. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. *In: Crítica à execução penal*, de CARVALHO, Salo de (coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 1º semestre de 2020 (jan./jun.). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2015%2F10%2F2020,penitenci%C3%A1rio%20brasileiro%20%C3%A9%20de%20759.518>. Acesso em: 05 jan. 2021.

SLONIAK, Marcos Aurélio. **Trabalho prisional no regime fechado**: Entre a Lei de Execução Penal e a Realidade Vivenciada. Juruá Editora. 2015.

SOUZA FREITAS, Gláucia. **O monitoramento eletrônico pode reduzir o tempo do encarceramento na execução da pena privativa de liberdade?** Um estudo sobre a adaptação à liberdade condicional em Portugal. Prof.^a orientadora: Josefina Castro (sob orientação do Prof. André Lamas Leite). 2018. 113 f. Dissertação (Mestrado em Criminologia). Universidade do Porto – Faculdade de Direito, Portugal. 2018.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de.; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*, jan./abr. 2017. v. 17. n. 1. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur-CESUMAR_v.17_n.01.09.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017v17n1p213-233>

SOUZA, Rafaelle Lopes; CORREA, Marina A. P. C.; RESENDE, Juliana. A monitoração eletrônica no regime aberto e a inclusão no mercado de trabalho. *In: Argumentum*. v. 7, n. 1, p. 221-233, jan./jun. Vitória (ES). DOI: <http://dx.doi.org/10.18315/argumentum.v7i1.8177>. 2015.

STEPHEN, Gies. **GPS Supervision in California: One technology, two contrasting goals**: Two studies with very different results show that GPS technology may be used to help prevent crime in various ways. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/248778.pdf> Acesso em: 17 fev. 2021.

TANTIN, Edmara. **Estatística aplicada à Monitoração Eletrônica de presos**. Disponível em: <https://docplayer.com.br/17446720-Estatistica-aplicada-a-monitoracao-eletronica-de-presos.html> Acesso em: 10 dez. 2020.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo. *In: Revista Direito & Práxis*. [online]. 2018, vol. 9, n. 1, p. 394-416. ISSN 2179-8966. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2179-89662018000100394&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 16 fev. 2021.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del derecho penal en España por Quintiliano Saldaña. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, s.a., 1999.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1993.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução penal comentada**. ed. 2. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema pena. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria. *In: Le Ragioni del garantismo*: discutindo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZACKSESKI, Cristina. Pulseiras e botões: o universo dos controles eletrônicos de liberdade na Argentina. *In: 42º Encontro anual da ANPOCS*. SPG08 Dinâmicas do encarceramento contemporâneo: reflexões sobre a justiça criminal e seus efeitos. 2018. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-3/spg-5/spg08-5/11447-pulseiras-e-botoes-o-universo-dos-controles-eletronicos-de-liberdade-na-argentina/file> Acesso em: 02 dez. 2020.

ZACKSESKI, Cristina; MACIEL, Welliton Caixeta. Vigilância eletrônica e mecanismos de controle de liberdade: elementos para reflexão. *In: Revista EMERJ*. v. 18. n. 67, p. 459-466. Rio de Janeiro, jan./fev. 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_459.pdf Acesso em: 30 abr. 2019.

ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Coberlini. Monitoramento Eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *In: Revista Destaques Acadêmicos*. vol. 5, n. 2. CCHJ/ UNIVATES. 2013.

ZYLBERSZTEJN, Evani Dulce. **Uma contribuição ao estudo da individualização da pena e a implantação do centro de observação criminológica.** Orientadora: Rejane Beatriz Grillo Martins. 1990. 50 f. Especialização em Criminologia. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990.

ANEXOS

ANEXO A – Gráfico comparativo do valor do equipamento de monitoração eletrônica em cada Estado Membro – Ministério da Justiça e Segurança Pública – Nota técnica nº 21/2020.

SEI/MJ - 10901974 - Nota Técnica

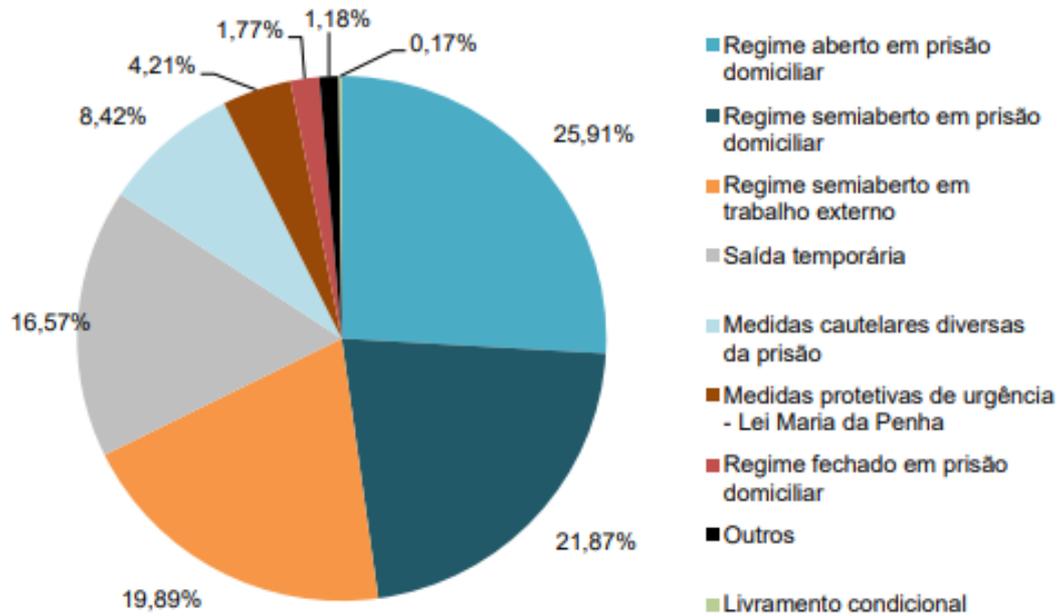


ANEXO B – Exemplo de custo efetivo médio de funcionamento da Central de Monitoração Eletrônica – Ministério da Justiça e Segurança Pública – Nota técnica nº 21/2020.

SEI/MJ - 10901974 - Nota Técnica



ANEXO C – Gráfico do estudo quantitativo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – fev. a jul./2015.

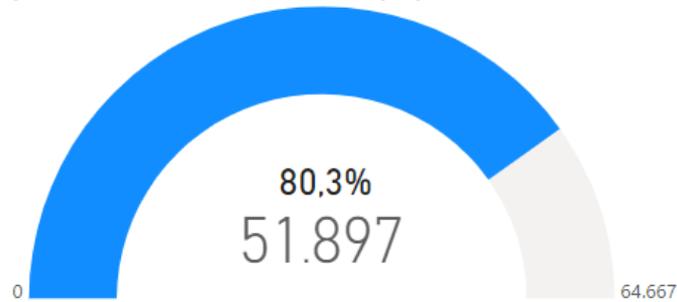


ANEXO D – Gráfico da população prisional em monitoramento eletrônico – jan. a jun./2020 (SISDEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

| | | |
|------------------------|----------------------------|---------------|
| População Total | | |
| 51.897 | | |
| Fechado | Semiaberto | Aberto |
| 3.471 | 28.617 | 5.632 |
| Provisórios | Medida de Segurança | |
| 14.167 | 10 | |

ANEXO E – Gráfico da quantidade de equipamentos existentes em cada Estado Membro – jan. a jun./2020 (SISDEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

Capacidade Contratada x Equipamentos Utilizados



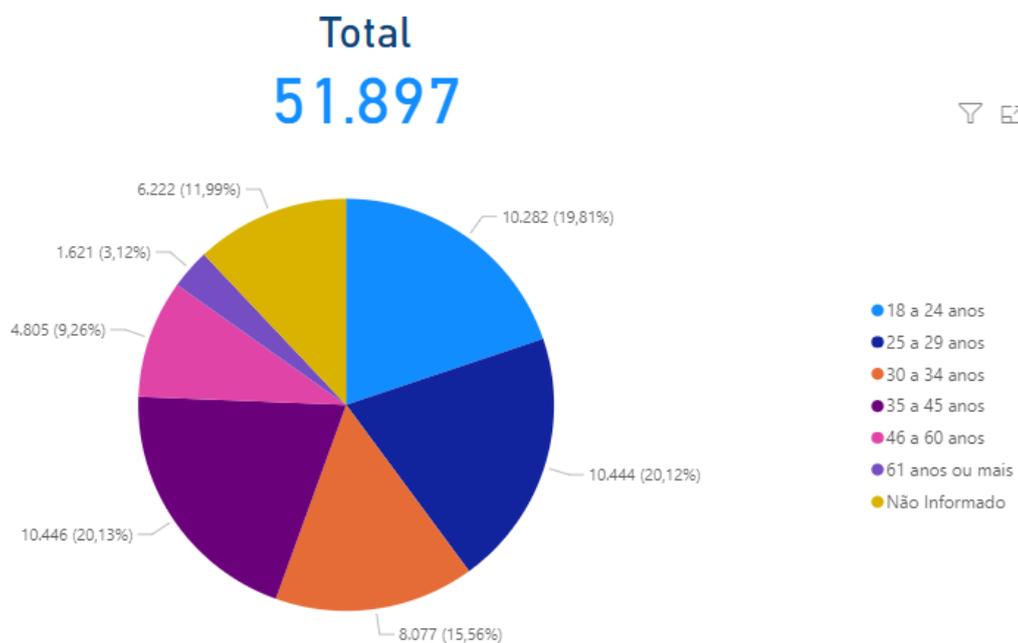
População por Gênero

| Masculino | Feminino |
|-----------|----------|
| 45.511 | 6.386 |

Obs1: AL e RS utilizam equipamentos sob demanda, não possuem estoque.

Obs2: SP possui contrato para semi-aberto, os presos saem durante o dia e retornam a noite para a unidade. Dessa forma, esse gráfico mostra apenas os presos que cumprem pena fora do estabelecimento prisional, conforme ordem judicial.

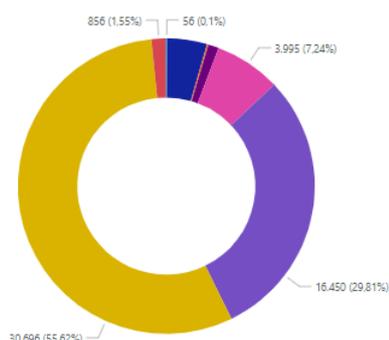
ANEXO F – Gráfico das faixas etárias relacionadas observadas na aplicação da monitoração eletrônica – jan. a jun./2020 (SISDEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.



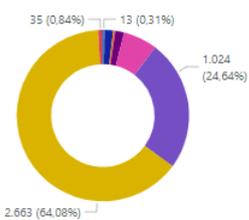
ANEXO G – Gráfico dos tipos penais observados na aplicação da monitoração eletrônico – jan. a jun./2020 (SISDEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

Total por Categoria: Quantidade de Incidências por Tipo Penal

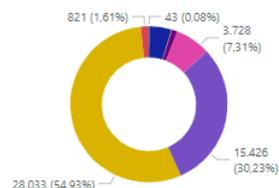
- Contra a Administração Pública
- Contra a Dignidade Sexual
- Contra a Fé Pública
- Contra a Paz Pública
- Contra a Pessoa
- Contra o Patrimônio
- Drogas (Lei 6.368/76 e 11.343/06)
- Legislação Específica (Outros)
- Particular contra a Adm. Pública



Feminino



Masculino



Total
55.187

Feminino
4.156

Masculino
51.031

ANEXO H – Gráfico da performance da aplicação do monitoramento eletrônico – jan. a jun./2020 (SISDEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

