

ASPECTOS PRAGMÁTICOS E DOGMÁTICOS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

*Pierpaolo Cruz Bottini**

Resumo: *O artigo trata dos aspectos doutrinários e políticos da proposta de monitoramento eletrônico. O monitoramento eletrônico é a forma de controle dos movimentos dos condenados ou dos réus em processo penal, através de instrumentos atrelados ao corpo, que emitem sinais que possibilitam sua localização. Discute-se a natureza jurídica do monitoramento eletrônico e sua adoção como sanção ou como medida cautelar penal, e as conseqüências da opção legislativa em um ou outro sentido. Trata-se de assunto atual, diante da iminência de aprovação de projeto de lei sobre o tema pelo Congresso Nacional e da adoção do instituto por alguns juizes de execução penal no Brasil.*

Palavras-chave: *Processo penal. Penal. Monitoramento eletrônico. Medidas cautelares. Prisão preventiva.*

Abstract: *The paper is about the doutrinary and political aspects of the eletronic devices of fiscalization in penal processo or penal execution. This devices control the movements of the accused or the condemned by instruments linked in the body of the person. The paper discuss the juridic nature of the electronic fiscalization and its adoption as a penalty or as an assecuratory instrument of processual guarantee, and the consequences of choosing each option. The subject is important because the approval imminence of a law project about the eletronic fiscalization.*

Keywords: *Criminal procedure. Criminal law. Eletronic fiscalization. Assecuratory instruments. Preventive prision.*

* Mestre e doutor em Direito Penal pela USP; professor de Direito Penal da USP; advogado; ex-Secretário Geral da Reforma do Judiciário - Emenda Constitucional n.º 45

Introdução

O monitoramento eletrônico consiste na utilização de dispositivos de controle e acompanhamento do movimento de pessoas, ligados ao corpo, com a finalidade de identificar sua localização.

Ao que consta, a idéia de utilizar dispositivos eletrônicos para vigilância de pessoas, atribuída ao juiz Jack Love, de Albuquerque, Novo México, teve inspiração em história do homem-aranha, em que mecanismo semelhante era utilizado para rastrear os movimentos de um dos personagens¹. Aplicado pioneiramente por este mesmo magistrado em 1984, o monitoramento teve utilização crescente nos Estados Unidos, sendo que, em 1988 existiam 2.300 condenados monitorados e, em 1998, este número chegou à marca de 95.000². Em outros países, o monitoramento também foi adotado como modelo de sucesso para acompanhamento de condenados pela prática de determinados delitos, ou para investigados ou réus com processo em andamento, como na Inglaterra, Austrália, Portugal e Argentina.

A crescente utilização do monitoramento eletrônico nestes países, e as notícias exitosas sobre a experiência, trouxeram o debate sobre o instituto ao Brasil. Estudos acadêmicos, pareceres administrativos, congressos e seminários foram realizados sobre este modelo de vigilância indireta, e o próprio Poder Legislativo iniciou reflexões sobre o tema, com a apresentação de uma série de proposituras de regulamentação do instituto, dentre as quais podemos destacar o projeto de lei 1.288/2007, em tramitação na Câmara dos Deputados, com pareceres favoráveis das duas Comissões pelas quais passou.

A polêmica sobre a utilização do modelo de monitoramento eletrônico faz-se presente em acaloradas discussões dogmáticas e políticas, sobre sua legitimidade, vantagens ou desvantagens, e formas concretas de implementação. Juristas, operadores do sistema penitenciário, parlamentares e gerenciadores de políticas públicas, debatem os prós e contras do monitoramento.

No entanto, e muitas vezes, algumas questões cruciais sobre este sistema passam ao largo, questões estas que em muito contribuiriam para

¹ KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico**: a sociedade do controle. Boletim Ibccrim, 170, janeiro 2007. MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico**: liberdade vigiada, DEPEN, p.4

² MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico**: liberdade vigiada, DEPEN, p.4

a racionalidade e a serenidade de um embate que se revela crucial para o futuro da política criminal no país.

1. Natureza jurídica do monitoramento eletrônico

A primeira questão a ser analisada é a natureza jurídica da imposição do monitoramento eletrônico. Para tal, é preciso ter clareza que esta forma de vigilância impõe que seja atrelado ao corpo de um cidadão mecanismo que permite a identificação de sua localização, seus movimentos e trajetos, bem como a hora em que os mesmos são realizados, e envia esta informação às autoridades públicas competentes para o monitoramento. Por mais que não importe em restrição física da liberdade de locomoção, o monitoramento reduz a autonomia do indivíduo, afetando seu direito fundamental à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X). A possibilidade de ir e vir a qualquer lugar, sem rastreamento ou identificação, sem intervenção estatal sobre estes atos, faz parte do rol de liberdades individuais. A preservação da intimidade impede que o Estado controle ou vigie a movimentação do indivíduo, da mesma forma que protege as conversas telefônicas, a correspondência e o domicílio.

O direito à intimidade, no entanto, não é absoluto. Como todos os demais direitos fundamentais, sofre limitações diante de outros preceitos equivalentes, de maneira a garantir uma sistematização harmônica das normas vigentes. Porém, a violação autorizada do direito à intimidade é pautada pelos princípios da necessidade, utilidade, legalidade e pela reserva jurisdicional. Os mesmo parâmetros que revestem e limitam a restrição ao sigilo telefônico, a violação da intimidade domiciliar, e dos demais direitos à privacidade, são cabíveis e devem ser observados para o monitoramento eletrônico, como forma de privação temporária de direito fundamental.

Enquanto restrição à intimidade, o monitoramento eletrônico mitiga a dignidade humana, protegida pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, e definida como capacidade de autodeterminação do indivíduo no seu modo e forma de vida. Por isso, sua aplicação deve ser direcionada apenas a situações necessárias, como último patamar da intervenção estatal para obtenção do controle social. Apenas em casos extremos de condutas desvaloradas, capazes de afetar o funcionamento da sociedade, será legítima a supressão relativa do direito à intimidade, ou seja, somente diante de comportamentos com relevância penal esta medida será possível.

Ações ilícitas no plano civil e administrativo são prevenidas ou reprimidas por sanções ou medidas distintas, que não apelam para a

redução da dignidade humana, em geral de caráter pecuniário. Desta forma, medidas ou penas voltadas para a restrição da liberdade ou da intimidade devem ser reservadas para aquelas condutas revestidas de caráter delituoso, com todas as conseqüências daí advindas. O monitoramento eletrônico, desta forma, somente é legítimo se for aplicado para cidadãos acusados ou condenados por ilícitos penais. É uma medida que pode ter o caráter de pena ou de medida assecuratória, mas, em qualquer hipótese, terá natureza penal de restrição de direitos, portanto, somente poderá ser utilizada no curso de processo, investigação ou execução penal.

A natureza penal do monitoramento eletrônico traz conseqüências práticas importantes. Em primeiro lugar, a necessidade de previsão legal para sua utilização. O sistema penal se atém ao princípio da reserva legal, e qualquer medida neste terreno exige norma produzida pelo regular processo legislativo. Ademais, por se tratar de intervenção direta em direito fundamental, de natureza penal, faz-se presente a cláusula de reserva de jurisdição, pela qual apenas a autoridade judicial pode determinar sua aplicação. Por fim, todos os demais princípios estabelecidos pela Constituição para o uso de medidas penais devem ser respeitados quando da determinação do monitoramento eletrônico. Cuida-se, como já exposto, de medida de restrição da intimidade, e, como tal, não se trata de mero expediente administrativo, mas de intervenção estatal controlada pelo Poder Judiciário. A utilização desmesurada do mecanismo, ou sua aplicação sem a ponderação judicial sobre sua utilidade ou necessidade, levaria à exacerbação do controle estatal sobre a vida dos cidadãos, constituindo-se, como aponta KARAM, em um sistema panóptico a céu aberto³.

2. Limites intransponíveis ao monitoramento eletrônico

Enquanto medida de natureza penal de restrição da intimidade, o monitoramento eletrônico deve ser aplicado de maneira a respeitar os limites construídos para a intervenção repressiva estatal, como a subsidiariedade, a proporcionalidade, a razoabilidade, e a legalidade, dentre outros.

A subsidiariedade determina que o direito penal e as medidas repressivas, embora sejam necessárias para a vida em sociedade, serão

³ KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico**: a sociedade do controle. Boletim Ibccrim, 170, janeiro 2007

sempre a *ultima ratio*, a última medida imposta pelo Estado sobre o cidadão. O direito penal será sempre o último recurso para a promoção do controle social, inaplicável sempre que houver outro mecanismo apto a alcançar os resultados pretendidos com a medida repressiva. O direito penal somente é empregado legitimamente quando todos os outros mecanismos de controle social, como o direito civil e o administrativo, falham ou mostram-se incapazes de exercer tais funções. O direito penal somente atua quando não houver outro meio para evitar a conduta.

Assim, as medidas penais surgem apenas quando todos os demais meios de contenção social falham ou são insuficientes. O caráter simbólico da intervenção penal, seja pelas sanções, seja por medidas assecuratórias, não tem o condão de, isoladamente, justificar a aplicação da pena, sob pena da perda da eficácia do próprio instrumento repressivo. A força preventiva da norma penal decorre do fato de sua vinculação aos comportamentos mais graves e socialmente danosos, portanto, a banalização da utilização da pena ou das medidas penais acarreta no desgaste de sua ostentação simbólica.

A aplicação do princípio da subsidiariedade ao monitoramento eletrônico exige que sua utilização seja restrita aos casos em que nenhuma outra intervenção estatal menos grave surta efeitos. Sempre que o legislador ou o interprete entender cabível outro meio de controle, menos agressivo, este terá precedência sobre o acompanhamento em análise. É evidente que a discussão aqui se torna menos técnica e mais política, pois a determinação das hipóteses em que se faz necessário este ou aquele mecanismo de intervenção nas liberdades será sempre o resultado do embate de discursos provenientes das mais diversas camadas sociais. Mas é importante pautar o debate pela racionalidade e pela compreensão que o monitoramento, por ser um braço ostensivo do sistema penal, deve ser aplicado com parcimônia e bom senso, sob pena de banalização e de afronta à racionalidade exigida pela Constituição Federal.

Uma vez identificada a necessidade e a utilidade do monitoramento, pela discussão democrática, é indispensável sua previsão em lei federal, em observância ao princípio da legalidade. Como medida penal, a matéria é de competência privativa da União (CF, art.22, I), sendo inconstitucionais as normas estaduais que dispuserem sobre o tema. É bem verdade que o art. 24 da Constituição Federal estabelece que assuntos penitenciários serão legislados concorrentemente entre Estados e a União. Desta forma, se considerarmos o monitoramento como instituto atrelado ao direito penitenciário, a competência concorrente tornaria legítima sua

regulamentação por norma estadual, na ausência de norma geral federal sobre o assunto, nos termos do §3º do dispositivo citado.

No entanto, o monitoramento, enquanto dispositivo de vigilância que afeta a intimidade tanto daquele que está no sistema prisional quanto daquele situado fora dele, como, por exemplo, aqueles submetidos a penas restritivas de direito ou a prisão domiciliar, não pode ser caracterizado como instituto exclusivo do direito penitenciário. É, em verdade, intervenção penal autônoma, que pode ser aplicada a cidadãos presos ou não presos, de acordo com a regulamentação estabelecida. Logo, trata-se de assunto referente ao direito penal, como as penas restritivas de direitos, e não matéria de direito penitenciário, e a competência para legislar sobre o tema será privativa da União, que somente poderá ser objeto de regulamentação pelos Estados mediante delegação expressa do Congresso Nacional efetuada por lei complementar específica.

Ademais, a o monitoramento deve respeitar o princípio da humanidade das penas (CF, art. 5º, XLVII). Assim, uma vez adotada e regulamentada esta forma de intervenção estatal de caráter penal na intimidade do cidadão, sua utilização deve respeitar a dignidade humana, e o dispositivo utilizado para a vigilância não poderá ser ostensivo ou visível aos demais cidadãos. Do contrário, além de restringir sua privacidade, a medida violaria sua imagem e honra perante os demais membros da comunidade, atingindo desnecessariamente esfera de direitos não prevista pelo legislador e inútil para os fins propostos.

3. Monitoramento-sanção

O fato de o monitoramento ser medida de caráter penal não significa que ele tenha natureza de pena propriamente dita. O sistema de vigilância pode apresentar-se como sanção ou como medida assecuratória processual. Enquanto sanção penal, ou como medida assecuratória do cumprimento da sanção penal, o monitoramento somente poderá ser aplicado após o trânsito em julgado da sentença penal, em respeito à presunção de inocência. Já enquanto medida cautelar processual, o monitoramento definir-se-ia como instrumento para assegurar a regular instrução criminal, a colheita de provas, a eventual reparação do dano e a aplicação das sanções em caso de condenação, ou seja, para preservar a ordem do processo, pelo que sua aplicação não exigiria o trânsito em julgado do feito.

Desta forma, o monitoramento pode ser incorporado ao ordenamento

jurídico como sanção penal (ou como medida assecuratória da sanção penal), como medida assecuratória do processo, ou como ambas. Porém, é importante destacar que a opção do parlamentar, em qualquer destas hipóteses, terá conseqüências práticas e dogmáticas importantes.

Em primeiro lugar, tratemos do monitoramento com natureza de pena ou de medida assecuratória do cumprimento da pena: o monitoramento-sanção, que se contrapõe ao monitoramento processual, que será analisado a seguir.

Em sendo sanção, a imposição deste modo de vigilância deverá observar e respeitar, antes de mais nada, o principio da presunção de inocência, logo, o monitoramento-sanção somente terá aplicação quando da, ou após a condenação definitiva do réu. Não é objeto deste trabalho a análise da legitimidade da execução provisória de pena, mas, certamente, as considerações a respeito deste debate terão reflexos para a aplicação do monitoramento-sanção. A utilização excepcional do monitoramento-sanção na pendência de recursos, antes do trânsito em julgado final da ação, será possível apenas se o intérprete entender cabível a execução provisória das demais espécies de pena.

O monitoramento-sanção, por sua própria natureza, não deve ser aplicado isoladamente, independente de outras restrições. Mesmo que a literatura aponte a possibilidade do monitoramento-vigilância, em que a medida é utilizada apenas para manter vigilância continua sobre o individuo, sem restrição à sua movimentação⁴, não parece que esta seja uma prática comum, ou que esta hipótese seja frequentemente prevista nas legislações que tratam do tema. Se o magistrado determina, no momento da condenação, a vigilância eletrônica do condenado, é porque este está proibido de freqüentar determinados lugares ou de sair de sua residência ou de qualquer outro local indicado. Assim, tal medida sempre vem acompanhada de outras limitações de direitos, sendo descabida sua execução sem imposição de restrições outras de liberdade.

Esta acessoriedade necessária do monitoramento-sanção, no entanto, não afasta o caráter penal do instituto, não o transforma em mera medida administrativa complementar da pena. A vigilância monitorada, como já aduzido, é intervenção estatal na esfera de direitos fundamentais do cidadão, da restrição à sua intimidade, da limitação à sua dignidade, de sua autodeterminação. Ora, esta espécie de interferência não tem caráter

⁴ MARIATH, Carlos Roberto, **Monitoramento eletrônico**: liberdade vigiada, Acessado em 8/01/2008, em: <http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes.htm>

administrativo, nem é regida pelos princípios ou regras do direito administrativo, mas tem necessariamente natureza penal e deve respeitar os limites constitucionais e legais estabelecidos para o exercício do *ius puniendi*, como já disposto.

Uma coisa é a determinação judicial para que o condenado não frequente determinados lugares, ou não deixe sua residência, sem o monitoramento. Neste caso, há restrição do direito de liberdade, unicamente. Outra coisa é a mesma determinação judicial acompanhada da imposição do monitoramento eletrônico, em que, ademais da liberdade de locomoção, fica mitigada a intimidade do condenado, pois o poder público estará ciente de todos os seus movimentos, mesmo aqueles não afetados pela restrição de liberdade. O monitoramento não é simples instrumento de fiscalização administrativa, atinge outros direitos fundamentais (intimidade) além daqueles cerceados pela restrição da liberdade. É, em verdade, medida penal de caráter restritivo de direitos, e como tal insere-se no sistema penal e na dogmática jurídica.

Em conclusão, o monitoramento eletrônico é medida penal, mas, apesar disso, não se presta à aplicação isolada, pois sua função é justamente complementar e assegurar o cumprimento de outras sanções impostas.

O monitoramento-sanção poderia, em tese, ser aplicado com a pena privativa de liberdade, com a pena restritiva de direitos, ou com a pena de multa.

Em relação à pena de prisão, a cumulação com a pena de monitoramento seria possível apenas em relação aos regimes aberto e semi-aberto, pois evidente e desarazada sua utilização com o regime fechado. O monitoramento poderia ser determinado já no momento da aplicação da pena em concreto, quando o magistrado fixasse o tempo e as condições da prisão em regime aberto ou semi-aberto, ou durante a execução penal, nos casos de progressão de regime, nas hipóteses de saída temporária ou de trabalho externo, de livramento condicional ou de suspensão condicional da pena, sempre mediante determinação expressa do magistrado de execução penal.

Já a utilização do monitoramento-sanção cumulado com as penas restritivas de direito seria possível apenas em relação àquelas em que se faz necessário o acompanhamento dos movimentos do condenado, como a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (CP, art.43, IV), a interdição temporária de direitos, em alguns casos (CP, art. 43, V) ou a limitação de final de semana (CP, art. 43, VI). No que concerne à prestação pecuniária (CP, art. 43, I) e à perda de bens e valores (CP,

art.43, II), o monitoramento não seria adequado, pois tais penas não exigem o controle dos movimentos do condenado.

Em relação à acumulação do monitoramento-sanção e a pena de multa, o mesmo raciocínio delineado para as duas últimas espécies de penas restritivas de direitos se faz válido. Não há, nem pode haver relação de complementariedade entre a imposição do dever de pagar determinado valor a título de multa e o monitoramento. A multa é cumprida em um único ato, sendo desnecessário o controle dos movimentos ou a vigilância do condenado pelo poder público.

Assim, a aplicação do monitoramento-sanção poderia ser feita em conjunto com a pena de prisão em regime aberto ou semi-aberto, e com algumas penas restritivas de direitos, mas não com a pena de multa ou com as sanções restritivas de ato único, como o pagamento ou a perda de bens e valores.

Importante destacar que, dada a natureza de medida penal do monitoramento, não seria adequado ao princípio da culpabilidade nem da subsidiariedade a aplicação automática do monitoramento-sanção a todas as hipóteses cabíveis descritas (regime aberto, semi-aberto, livramento condicional, suspensão da pena e penas restritivas de liberdade), independentemente da análise concreta do contexto fático do crime e do criminoso. Como mecanismo de restrição de direitos que agrava a pena, sempre será necessária a análise judicial sobre a necessidade e utilidade da medida e sobre o merecimento da restrição, sempre fundamentada. A personalidade do agente, as circunstâncias do delito e outros fatores de ordem objetiva e subjetiva podem fundamentar a determinação do monitoramento, mas sua imposição sem motivação expressa implicaria grave violação ao princípio da necessária justificação das decisões judiciais, bem como ao princípio da culpabilidade e da individualização das penas (CF, art. 5º, XLVI), que impede a imposição de medidas repressivas (mesmo que com caráter assecuratório) sem a análise do caso concreto, para aferir a medida da culpa e a necessidade da intervenção.

Como bem asseverou o deputado FLÁVIO DINO, em parecer oferecido à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, sobre o projeto de lei 1.288/2007, que dispõe sobre o monitoramento eletrônico:

(...) refutamos a obrigatoriedade da aplicação do dispositivo (monitoramento eletrônico). Satisfaz o princípio constitucional da igualdade material permitir que o juiz aprecie, no caso concreto e

conforme juízo de proporcionalidade, em que hipóteses deve ser deferida a liberdade vigiada. Não se deve tratar de forma análoga os desiguais (...) A diligência não deve representar um ônus a condenados que dela não necessitam.

A necessidade de fundamentação também se impõe em respeito ao contraditório e à ampla defesa. O condenado poderá questionar em grau de recurso a imposição do monitoramento-sanção, alegando a razoabilidade e a proporcionalidade de sua utilização. Nesse sentido, questão interessante de ordem processual é o cabimento de *habeas corpus* para discutir o monitoramento-sanção. Como se trata de medida complementar a outras sanções, a possibilidade de utilização de tal remédio constitucional dependerá da regulamentação deste mecanismo penal de fiscalização. Se a norma dispuser que o rompimento ou a violação do mecanismo de vigilância implica em regressão de regime ou em conversão para pena em privativa de liberdade, será cabível o *habeas corpus*, pois presente a ameaça de restrição do direito de ir e vir. Caso a norma penal não faça menção a tais conseqüências, o remédio não será adequado, pois não se presta à proteção do direito à intimidade.

4. Monitoramento processual

Outra possibilidade é a adoção do monitoramento eletrônico não como sanção penal, mas como medida assecuratória do processo penal.

Regulamentar o monitoramento como medida cautelar processual dispensa a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para sua aplicação, sem que isso macule o princípio da presunção de inocência. Isso porque, neste caso, o sistema de vigilância não teria a natureza de pena, mas de mecanismo assecuratório do andamento da persecução penal e da aplicação da pena. Não estaríamos diante do monitoramento-sanção, mas do monitoramento processual.

Porém, cumpre observar, que a utilização dos sistemas de monitoramento processual, justamente por não ostentarem natureza de pena, não podem representar a antecipação da condenação, e somente será cabível sua determinação em caso de demonstrada e evidente necessidade de resguardar a instrução penal.

Observe-se que, mesmo em caráter assecuratório, o monitoramento em si não tem utilidade alguma, se não vier acompanhado de medida de restrição de liberdade, seja a imposição da permanência em determinado

local, seja a vedação de frequência a outros. Portanto, o monitoramento cautelar, sempre cumulado com medidas restritivas outras, impõe limitações a direitos fundamentais, como a intimidade e a liberdade, pelo que deve seguir os parâmetros e princípios que envolvem tais medidas, como a subsidiariedade e a proporcionalidade.

Diante disso, o monitoramento cautelar processual pode assumir duas naturezas: substituição à prisão preventiva ou medida cautelar autônoma.

Em relação à primeira hipótese, o monitoramento somente seria legítimo se presentes os requisitos para a aplicação da prisão preventiva, ou seja, daquelas situações identificadas no art. 312 do Código de Processo Penal. Como não se trata de pena, mas de coação para guardar a ordem processual, caberia ao magistrado avaliar a medida mais adequada e eficaz para preservar o interesse público, diante dos comportamentos que demonstrem a intenção de tumultuar o andamento da instrução. É evidente que, em determinadas situações, a prisão continuará sendo necessária, como é o caso do réu que ameaça testemunhas, em que o monitoramento de nada adiantará, pois tais atos podem ser perpetrados por telefone, sem que o processado se movimente.

Por outro lado, nos casos em que a prisão foi decretada por suspeita de fuga ou de não submissão aos efeitos da sentença, ou pela necessidade de evitar que o réu se dirija a local em que existem documentos e provas necessários à instrução, a substituição da prisão pelo monitoramento é perfeitamente cabível, com vantagens para o réu, para a administração penitenciária e sem prejuízos para o andamento da persecução.

No que concerne à segunda hipótese, a medida de monitoramento seria mais uma medida assecuratória, que não substituiria a prisão, mas atuaria sobre aqueles cidadãos que, apesar de turbarem de alguma forma o andamento do processo, respondem em liberdade, por entender o Judiciário que a prisão seria medida desproporcional ou descabida. Nestes casos, a vigilância não seria uma alternativa à prisão, mas uma medida cautelar a mais, prevista no Código de Processo Penal, para salvaguardar o andamento do feito.

Independentemente da natureza do monitoramento, é importante destacar que, em nome da proporcionalidade, e da regra de hermenêutica que dispõe que os meios não podem ser mais gravosos que os fins, a utilização do monitoramento cautelar para processos em que o réu, se condenado, evidentemente não sofrerá sanção mais grave que a pena de prisão ou de monitoramento cumulado com outras, não se faz legítima. A medida cautelar não pode ser mais grave que a potencial pena em abstrato,

aplicável ao processado. Desta forma, se o réu é acusado de delito sobre o qual recairá pena de multa ou apenas pena restritiva de direitos de ato único, sem a possibilidade, nem potencial ou abstrata de imposição da pena de prisão ou de monitoramento, não se faz coerente nem razoável a imposição do acompanhamento eletrônico cautelar, seja substituto da prisão, seja autônomo.

5. Conveniência político criminal do monitoramento

A análise anterior demonstra que é possível tecnicamente a incorporação do monitoramento eletrônico no sistema penal brasileiro, seja como sanção, seja como medida cautelar processual, desde que respeitados os princípios constitucionais e legais do direito penal, pois se trata de medida restritiva do direito à intimidade, e, como tal, de natureza eminentemente penal. A técnica legislativa a ser adotada pode, inclusive, cumular a previsão do monitoramento como sanção e como medida cautelar processual. Esta dupla função do instituto não seria inédita nem excepcional em nosso sistema penal, vez que a própria prisão assume caráter de pena e de medida assecuratória processual, de acordo com o momento e com as finalidades com que é decretada.

No entanto, a par da análise técnica, faz-se necessária uma outra ponderação sobre o instituto do monitoramento eletrônico, talvez mais importante e pertinente: a avaliação da viabilidade e da pertinência político criminal da utilização deste instrumento dentro do sistema penal brasileiro. Ainda que seja constitucional e dogmaticamente possível, a introdução de um novo instituto no sistema exige uma reflexão sobre as vantagens e desvantagens ideológicas e práticas de sua utilização e das formas mais eficazes de sua incorporação no ordenamento. Experiências bem sucedidas no exterior, em outros países, são excelentes indicadores, mas nem sempre são replicáveis sob condições sociais, políticas e culturais diferenciadas. Faz-se necessário um diagnóstico dos problemas próprios do Brasil, para, posteriormente, identificar se a solução do monitoramento é adequada à nossa realidade.

O sistema penal brasileiro conta com inúmeros problemas, desde aqueles relacionados à sistemática da legislação penal material, até dificuldades relacionadas à morosidade processual e óbices para a correta aplicação e execução das penas que levam ao descrédito qualquer programa de política criminal e penitenciária, mormente aqueles voltados à ressocialização ou à humanização das penas. Os sistemas penitenciários

e de segurança pública nacionais não tem capacidade nem estrutura para lidar com o crescente contingente de condenados e presos provisórios submetidos à sua custódia. Dados recentes apontam para o número de 420.000 presos no país e apenas 290.000 vagas no sistema penitenciário nacional. A percepção deste déficit que se agrava de contabilizados os cerca de 300.000 mandados de prisão ainda não cumpridos e o crescimento anual de 11% da população carcerária, não acompanhado pela criação concomitante de vagas para abrigar este número⁵.

Diante deste lamentável quadro, surge o questionamento sobre os rumos da política criminal no Brasil. A análise desta problemática deve preceder à discussão sobre a implantação de qualquer novo instituto penal, dentre os quais o monitoramento eletrônico. Queremos ampliar e expandir o poder punitivo ou queremos buscar maior racionalidade e efetividade, especialmente no que se refere à pena privativa de liberdade? Trata-se de uma opção política, de uma escolha de fundo ideológico, que apontará, a depender da alternativa desenhada, caminhos diversos para a regulamentação do monitoramento eletrônico.

Por um lado, encontram-se aqueles que defendem que o monitoramento eletrônico deve ser utilizado como mecanismo voltado à redução da população carcerária, detida por condenação definitiva ou por determinação cautelar, mediante a substituição da intervenção prisional pela vigilância do cidadão investigado ou condenado. Nesse caso, a aplicação do monitoramento teria o escopo principal de diminuir o número de presos.

Para isso, de nada adiantaria a utilização do monitoramento como forma de controle daqueles que já estão fora do sistema penitenciário, em regime aberto, em livramento condicional, em suspensão condicional da pena ou cumprindo pena restritiva de direitos. O monitoramento-sanção deveria ser utilizado como condição para o desencarceramento, como, por exemplo, através da previsão de que o monitorado em regime aberto seria dispensado do recolhimento durante o período noturno e nos dias de folga, ou da ampliação das atuais hipóteses de prisão domiciliar, de penas restritivas de direitos, de progressão de regime, permitindo o controle sobre aqueles que hoje se encontram detidos. Assim, o monitoramento seria efetivamente uma alternativa à prisão, uma medida de substituição à privação da liberdade, que incidiria exclusivamente sobre aqueles custodiados pelo sistema prisional brasileiro.

⁵ MARIATH, Carlos Roberto, **Monitoramento eletrônico**: liberdade vigiada, Acessado em 8/01/2008, em: <http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes.htm>

Essa política seria mais evidente no caso do monitoramento processual. Este não teria o caráter de medida cautelar autônoma, que se somaria à prisão preventiva, afetando aqueles que atualmente se encontram em liberdade, mas teria natureza substitutiva em relação à prisão, utilizado para transformar a custódia processual em liberdade vigiada. O monitoramento processual substitutivo da prisão, teria o condão de reduzir o número de detidos provisoriamente, desafogando o sistema e preservando a liberdade de parcela significativa dos processados.

Nestas situações, seria requisito do monitoramento a concordância do condenado ou do réu, que voluntariamente ofereceria a integridade de seu direito à intimidade em troca da liberdade de locomoção sob custódia, e, evidentemente, o descumprimento das condições acarretaria na conversão da medida em privação e liberdade, ou na regressão de regime, ou na decretação da prisão provisória.

A adoção do monitoramento sob esta perspectiva significa utilizar este instrumento como política de diminuição do número dos encarcerados, de redução da lotação de presídios e penitenciárias. Enfim, trata-se de uma opção pela redução da gravidade das penas e das medidas cautelares e da intensidade do *ius puniendi* estatal.

Efetivamente, parece que esta opção é a mais adequada. Os efeitos deletérios da prisão são evidentes, e dispensam comentários. A privação de liberdade, seja definitiva, seja provisória, é a intervenção mais grave do Estado na dignidade humana, e qualquer instrumento voltado para sua restrição é digno de apreço. A utilização do monitoramento como método de vigilância estatal em substituição à prisão significa a compreensão das desvantagens sociais da submissão de um contingente tão grande de cidadãos aos efeitos nefastos do sistema carcerário brasileiro, e a crença na possibilidade de reintegrar estas parcelas da população por meios menos cruéis e agressivos.

Os índices de reincidência demonstram a incapacidade do sistema penal atual de reintegrar aqueles submetidos à sua custódia, se é que este sistema algum dia se propôs seriamente a tal tarefa e/ou foi moldado com alguma intenção de cumpri-la. No entanto, a exemplo do que se percebe nos resultados decorrentes das aplicações de penas restritivas de direitos no país, as medidas alternativas à prisão, como seria o caso do monitoramento substitutivo, tem maior eficácia na incorporação dos condenados à sociedade, seja pelos efeitos menos estigmatizantes destas, seja pela distância com que guardam do ambiente estruturalmente dessocializador das instituições totais. A possibilidade do convívio com a

família e com a comunidade, de manutenção do emprego ou das atividades produtivas, são fatores que contribuem com a progressiva incorporação do condenado à vida social, e certamente produzem mais efeitos benéficos que a prisão.

Ademais, ainda que este não seja o principal argumento, é importante ressaltar que os gastos com os dispositivos de monitoramento eletrônico são menores do que as despesas com o encarceramento, o que reforça a racionalidade em sua adoção, também sob a perspectiva econômica.

Por outro lado, estão aqueles que defendem a aplicação do monitoramento como um sistema de fiscalização do cumprimento de pena ou de medidas cautelares dos réus ou condenados que não foram submetidos à privação de liberdade. No que se refere ao monitoramento-sanção, pugnam por sua aplicação àqueles condenados às penas restritivas de direitos que estabeleçam restrições de horários ou a frequência a determinados lugares, ao regime aberto, semi-aberto ou à prisão domiciliar, para garantir que cumpram com as condições impostas pela sentença ou decisão judicial. Nesta linha, o monitoramento também seria utilizado para fiscalizar o cumprimento das condições da liberdade condicional e da suspensão condicional da pena.

No que se refere ao monitoramento como medida cautelar, sua natureza não seria de substituição à prisão preventiva. Opta-se, aqui, pelo monitoramento como instrumento cautelar autônomo, já discutido, que não teria o condão de afetar aqueles detidos, impondo-lhes a liberdade vigiada, mas atingiria aqueles que respondem ao processo em liberdade. Nesse caso, não haveria qualquer possibilidade de determinar a liberdade monitorada daqueles cuja custódia cautelar se faz necessária, sob a justificativa de que “*a prisão preventiva visa resguardar a investigação e apuração de determinados crimes de uma possível influência do acusado, como coação de testemunhas, destruição de provas, etc. A aplicação de vigilância indireta nestes casos permitiria ao acusado, mesmo monitorado, usar de artifícios que inviabilizem a apuração de crimes que por ventura tenha cometido*”⁶.

Esta posição é legítima, mas fundamenta-se em outra concepção de política criminal, que acredita que a intervenção do Estado deve ser mais ampla do que a atual, e que somente desta forma serão superados os

⁶ Parecer da deputada RITA CAMATA, apresentado à Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados, sobre o projeto de lei nº 1.288/2007, que trata do monitoramento eletrônico

problemas de segurança pública que assolam o país. O monitoramento eletrônico não seria, nesta hipótese, alternativa à prisão, mas simples medida de acréscimo à restrição de direitos sob a justificativa de fiscalização ou acompanhamento do cumprimento da pena. Nesse caso, o monitoramento seria apenas mais uma pena restritiva criada pelo legislador, e não integraria o rol de mecanismos destinados à enfrentar os problemas prisionais atuais.

Este discurso em prol do monitoramento eletrônico como meio de vigilância indireta daqueles que cumprem medidas penais alternativas à prisão pode apoiar-se em diversas justificativas, como a necessidade de acompanhamento eficaz de tais determinações judiciais, ou a crença de que tais dispositivos inibirão comportamentos delituosos durante o cumprimento da pena, mas jamais pode utilizar, como argumentação válida, em defesa do monitoramento, seus benefícios para o desafogamento do sistema penitenciário, ou na economia que promove ao reduzir o número de presos.

Conceber o monitoramento eletrônico como mero instrumento de vigilância para aqueles que não estão submetidos à privação de liberdade, evidentemente, não diminuirá o número de presos, mas, ao contrário, ampliará o contingente de cidadãos submetidos à intervenção estatal. E, necessário frisar que, sempre que o poder punitivo ou cautelar do Estado é ampliado, aumentam seus custos e a estrutura necessária para sua manutenção. A utilização dos dispositivos de monitoramento não representará economia para os cofres públicos, pois estes continuarão a arcar com as volumosas despesas com o sistema prisional e, ademais, com a compra e manutenção de mecanismos de vigilância eletrônica para cidadãos que não integram aquele sistema.

É possível que, do conflito entre as propostas político criminais descritas, surja uma regulamentação sintética e dúbia, que abrigue as duas vertentes. Seria um sistema híbrido em que o monitoramento poderia ser utilizado como fator de desencarceramento ou de fiscalização da população não submetida a medidas de restrição de liberdade. Seria, ao final, e como com cada vez mais frequência ocorre, a jurisprudência que determinaria a política criminal mais adequada, sob seu ponto de vista, para a utilização do monitoramento eletrônico.

Considerações finais

Independentemente da posição adotada, a instituição do monitoramento eletrônico deve ser realizada com cuidado e prudência.

Em todos os países em que foi adotado, o ingresso desta forma de vigilância dos cidadãos foi precedida de experiências piloto, de análises cuidadosas, para depois ser ampliada com a correção necessária de rumos. Como afirma REIS, “*A história da expansão do monitoramento eletrônico de prisioneiros é uma história de aprendizado com as experiências progressas. Conforme afirma Withfield, é uma história composta, via de regra, pelos programas experimentais, pelos esquemas nacionais e pela posterior ampliação das aplicações anteriores*”⁷. Desta forma, a aplicação do monitoramento no Brasil deve ser realizada por etapas, antes de maneira experimental, para, posteriormente, de posse das análises dos resultados da prática, traçar planos de expansão e replicação, com uma estratégia cuidadosa de diagnóstico dos sucessos e fracassos da medida em cada região.

Outra questão pertinente é que a introdução do monitoramento, seja como sanção, seja como medida cautelar deverá ser realizada com o cuidado necessário a fim de evitar problemas de sistematização legislativa material e processual, como aqueles verificados quando da introdução das novas regras atinentes às penas restritivas de direitos (Lei 9.714/1998). O conflito normativo deve ser evitado, e as principais questões devem ficar resolvidas, como, por exemplo, os critérios e parâmetros para a determinação do monitoramento, as conseqüências dos atos de violação aos dispositivos de vigilância, e os mecanismos recursais cabíveis para seu questionamento.

Por fim, é fundamental que a execução da pena ou medida de monitoramento eletrônico seja a menos degradante possível, de maneira a seguir adequada aos cânones do Estado Democrático de Direito e à afetação mínima da dignidade humana. Desta forma, o dispositivo de monitoramento deve permanecer em local não visível do corpo, como no tornozelo ou nos pulsos, e seu controle deve ser realizado pelo Poder Público. Ainda que o fornecimento dos equipamentos de vigilância seja privado, a efetivação do controle, o armazenamento das informações e dados sobre os locais visitados e os trajetos do controlado, e a análise dos mesmos, é atribuição exclusiva do Estado, do detentor do *ius puniendi*, sendo inviável seu gerenciamento por outra instituição.

⁷ REIS, Fábio André Silva. **Monitoramento eletrônico de prisioneiros**. Acessado em 8/01/2008, em: <http://www.mj.gov.br/depend/publicacoes.htm>

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.288/2007**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/491986.pdf>
Acesso em: 10 de janeiro de 2008.

GARIBALDI, Gustavo E. L. **Prisión domiciliar controlada mediante monitoreo electrónico**: aplicación práctica. Trabalho apresentado no seminário internacional “Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão?” promovido pelo Ministério da Justiça e realizado em Brasília nos dias 25 e 26 de outubro de 2007. p. 1-2

KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle**. Boletim Ibccrim, 170, janeiro 2007.

MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe. **Prison technologies: an appraisal of technologies of political control**. *Net*, Luxembourg, July 2000. Disponível em: <<http://www.grip.org/bdg/pdf/g1772.pdf>>.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**, Texto de estudo do Departamento Penitenciário Nacional, p.4

REIS, Fábio André Silva. **Monitoramento eletrônico de prisioneiros**. Acessado em 8/01/2008, em: <http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes.htm>

VIANNA, Túlio Lima. La era del control: introducción crítica al Derecho penal cibernético. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, v.6, p. 487-497, 2003.