

A tecnologia como instrumento a serviço do sistema penal¹

Rogério Greco

Procurador de Justiça na Procuradoria Especializada em Crimes contra a Vida. Mestre em ciências penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e doutor pela Universidade de Burgos (Espanha). Membro fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos em um mundo no qual a tecnologia está dominando todos os setores. Muitos “profetas” anunciaram que a tecnologia traria desemprego à classe trabalhadora, principalmente porque, na época em que foram antevistas essas demissões, a sociedade vivia um momento industrial muito importante. A fumaça das fábricas poluía alegremente o meio ambiente. Os automóveis começavam a ser fabricados a todo vapor. Tinha início a era Ford, ou seja, Henry Ford deu início à chamada “linha de montagem”, na qual era construído um carro a cada 98 minutos, pagando a seus operários, em 1914, um salário alto para a época, vale dizer, cinco dólares por dia de trabalho.

Com o surgimento das novas tecnologias, os operários foram, aos poucos, substituídos por computadores, que faziam o serviço com muito mais precisão, a um custo bem menor. A tecnologia, portanto, era considerada a grande vilã dos trabalhadores, que nela viam o grande algoz.

No entanto, o tempo foi passando, e a tecnologia começou a fazer parte do dia a dia da sociedade, cada vez mais acostumada com ela. O computador, que há trinta anos ocupava andares inteiros, agora pode ser carregado no bolso.

A sociedade, em vez de repelir a tecnologia, passou a depender dela. Os telefones celulares surgiram como uma novidade inicialmente inatingível para a maioria das pessoas. Hoje, é comum encontrar alguém portando dois ou mesmo três aparelhos.

Os satélites passaram a controlar a nossa vida. Não importa onde estejamos, podemos ser vistos por alguém que se encontra do outro lado do mundo. Um simples ajuste num satélite e a nossa intimidade terá sido desvendada. Automóveis de passeio, caminhões que transportam cargas, enfim, qualquer um de nós pode ser monitorado por alguém, em qualquer lugar.

Essa tecnologia pode ser usada tanto para o bem quanto para o mal. Um *hacker*, por exemplo, pode transferir verdadeiras fortunas para milhares de contas espalhadas pelo mundo; pode praticar um homicídio, ingressando na rede de um hospital e alterando as prescrições médicas para certo paciente. Os delitos praticados via informática, portanto, passaram a preocupar o mundo globalizado. Mata y Martín (2006, p. 140), com autoridade, esclarece que “a necessidade de cooperação internacional para o caso destes delitos vinculados à informática (criminalidade informática), que transcendem com grande facilidade os limites nacionais, se tornou evidente”.

A internet produziu uma verdadeira revolução tecnológica.

Originalmente, a internet teve uma utilização militar. A ideia de uma rede interligada surgiu em 1962, durante a Guerra Fria, e foi desenvolvida, segundo esclarece Rossini (2004, p. 26), “para proteger a rede de computadores do governo norte-americano após um ataque nuclear. Planos detalhados foram apresentados em 1967, tendo sido criada a Arpanet em 1968, estabelecendo-se o germe do que é hoje a internet”, concebida, entre outros, por Paul Brand, da empresa Rand Corporation, também com a finalidade de suprir as deficiências e fragilidades da rede telefônica AT&T, utilizada, ainda, nos anos 80 e 90, como meio de comunicação científica interuniversitária.

A internet, dentro de um mundo considerado globalizado, transformou-se em uma necessidade da modernidade, de que agora já não podemos abrir mão. Nunca as pesquisas foram tão velozes. Bibliotecas inteiras podem ser resumidas a um comando no computador. Mas toda essa modernidade informática traz consigo os seus problemas.

Como alerta Castillo Jiménez:

Internet é um sonho para seus usuários e um pesadelo para os práticos do Direito. Por um lado, permite concluir transações com empresas e consumidores situados em qualquer lugar do planeta, agiliza a comunicação entre as pessoas. Representa a liberdade mundial de informações e de comunicação; é um sonho transformado em realidade. Por outro lado, todo conjunto de atividades sociais precisa de uma regulamentação; as legislações nacionais avançam com muito atraso com relação às novas tecnologias. Isto dificulta as respostas legais aos numerosos litígios que podem suscitar as operações na Internet. Por isso, é também um pesadelo jurídico. (CASTILLO JIMÉNEZ, 2001, p. 39-40)

Com a utilização da internet, delitos considerados tradicionais, a exemplo do estelionato, podem ser praticados sem que a vítima conheça se-

quer o rosto do autor; nossa vida pessoal pode ser completamente devassada e colocada à disposição de milhões de pessoas; nossa intimidade, enfim, estará disponível com apenas um toque no computador.

As penas cruéis, desumanas, degradantes fizeram parte de um passado não muito distante, que exigiu, com a chegada do século XIX, uma alternativa que preservasse a dignidade do ser humano. Essa alternativa foi um avanço para sua época. Como dizia Foucault, deixaram em paz o “corpo” do ser humano e passaram a exigir sua “alma”. O homem passou, contrariamente à sua natureza, a ser aprisionado, a ver-se privado de sua liberdade, seu bem mais importante depois da vida.

Essa pena de privação de liberdade tomou rumos inesperados. Aquilo que fora inicialmente concebido para proteger a dignidade do ser humano passou a ser, na maioria dos países, o seu maior algoz. Ela não conseguiu cumprir as funções para as quais havia sido criada. Instalou-se, portanto, uma crise a esse respeito.

Hoje, mesmo vivendo em um tempo em que ainda necessitamos da aplicação da pena de privação de liberdade, chegou o momento, tal como aconteceu no século XVIII, de encontrar alternativas que visem a garantir a dignidade do indivíduo. Essas alternativas estão na aplicação da tecnologia “a serviço da Justiça penal”.

A partir de agora, passaremos a analisar como a tecnologia poderá substituir, gradativamente, a pena de privação de liberdade, permitindo a quem que praticou uma infração penal, por mais grave que tenha sido, cumprir sua pena sem que, para tanto, abra mão de sua dignidade.

2 ALTERNATIVAS TECNOLÓGICAS À PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NO SISTEMA PRISIONAL

A tecnologia, como não poderia deixar de ser, já está a serviço da Justiça penal. Hoje, é comum a

¹ Texto extraído do livro: GRECO. *Sistema Prisional* – colapso atual e soluções alternativas. São Paulo: Ed. Impetus, 2016.

identificação de pessoas por meio da leitura do globo ocular, da comparação das impressões digitais constantes de um banco de dados no qual se encontram cadastrados milhões de pessoas e da realização de exames de DNA. As audiências já são realizadas por videoconferência, evitando-se, em muitas situações, o temerário e perigoso deslocamento do preso, permitindo que seja inquirido e que delas participe, em tempo real, do local onde se encontra recolhido.

A prova pericial, em virtude da utilização das mais modernas tecnologias, tornou-se ainda mais confiável. Os exames passaram a ter uma precisão quase incontestável, permitindo ao julgador maior segurança ao proferir sua decisão.

As penitenciárias estão cada dia mais avançadas no uso da tecnologia. As pessoas estão sendo substituídas por computadores, que executam praticamente todas as tarefas realizadas no sistema prisional. Portas de celas se abrem no horário previsto, sinais são emitidos avisando que o tempo destinado ao lazer está terminando, chuveiros são ligados e desligados automaticamente, sempre no mesmo horário; enfim, a tecnologia está tomando conta do sistema penitenciário.

A meta, agora, com a utilização de todo esse recurso tecnológico, é levar aquele que praticou a infração penal a cumprir sua pena de privação de liberdade extramuros, ou seja, embora limitado o seu direito de liberdade, poderá cumprir sua pena fora do ambiente pernicioso do cárcere, mantendo-se, dessa forma, junto de seus pares. Isso fará com que o processo de ressocialização seja, finalmente, atendido.

Como dissemos anteriormente, é um contrassenso falar em ressocialização retirando o condenado da sociedade na qual se encontra inserido. Seria o mesmo que ensinar alguém a jogar futebol retirando a bola do jogo.

Assim, as alternativas tecnológicas servirão para que o condenado cumpra a pena devida, mas com observância ao princípio da dignidade do indiví-

duo, permitindo, assim, que o seu retorno completo ao convívio em sociedade seja o menos traumático possível.

Com isso, a utilização das alternativas tecnológicas impedirá o problema, hoje crônico, da chamada superlotação carcerária, fazendo com que somente os que praticaram crimes considerados mais graves, extremados, que requeiram um tratamento mais rigoroso, possam, enquanto não surgir alternativa, ser segregados nos centros penitenciários.

Cumprir frisar que o uso de tecnologias permite uma economia nos gastos públicos, pois os custos para a realização do controle daqueles que ficam a ela submetidos são inferiores àqueles necessários à sua manutenção dentro do sistema prisional, a exemplo do que ocorre com o chamado monitoramento eletrônico, como veremos em seguida.

2.1 Monitoramento eletrônico

Entre as novas tecnologias utilizadas como alternativas ao cumprimento de uma pena de privação de liberdade, podemos destacar o chamado monitoramento eletrônico.

Antes de estudarmos propriamente o monitoramento eletrônico, é preciso fazer as seguintes perguntas: o que se pretende, realmente, com a aplicação de uma pena de privação de liberdade? A finalidade é punir aquele que descumpriu uma norma de natureza penal? A pretensão é de, tão somente, impedi-lo de praticar novos crimes? Temos esperança de ressocializá-lo? A punição do condenado servirá como exemplo para que os demais membros da sociedade deixem de praticar o mesmo ato? Enfim, são perguntas que estão intimamente ligadas às funções que se atribuem às penas, vale dizer, ao caráter retributivo, bem como à sua natureza preventiva (geral e especial).

Ainda devemos nos fazer mais uma pergunta: há necessidade de que alguém se veja inserido no sis-

tema prisional, sendo, constantemente, atingido em sua dignidade, para que essas funções atribuídas às penas sejam cumpridas? A esta última indagação somente podemos responder negativamente.

Podemos, com a ajuda da tecnologia, fazer com que a pena cumpra, de fato, suas funções, sem que para tanto o homem seja retirado do seu meio social. Exemplo disso é o que ocorre com nossos filhos. Quando os corrigimos, não os retiramos de casa, não os levamos a um local distante, mantendo-os isolados de seus irmãos. Na verdade, nós os colocamos em um lugar onde, embora dentro de sua própria casa, saberão que estarão privados de uma série de “direitos”, que lhes seriam naturais caso não tivessem desobedecido a seus pais.

O castigo, mesmo dentro de casa, funciona. Se retirássemos nossos filhos e os levássemos para um local fora do seu ambiente familiar, isso certamente os traumatizaria. É o que acontece com os presos que são retirados do seu meio social e levados a conviver com pessoas estranhas, hostis, sem falar no fato de que passam a se isolar de seus familiares.

A tecnologia é o presente. Ela já chegou e está à disposição de todos, para inúmeras finalidades. A cada dia se descobre algo novo, uma evolução que, certamente, deverá ser utilizada pelo sistema penal.

González Rus (1994, p. 71) preleciona, com precisão, que esse fantástico desenvolvimento tecnológico, principalmente da eletrônica e da informática, permite que sejam utilizadas formas de vigilância extensivas e intensivas até então desconhecidas, possibilitando um controle que pode ser exercido sobre todas as pessoas de modo geral ou, ainda, especificamente sobre determinado grupo. No que diz respeito ao sistema penal propriamente, entre essas formas a mais desenvolvida é a custódia em domicílio, sob vigilância eletrônica, que teve um grande desenvolvimento teórico e prático, sobretudo nos Estados Unidos e no Canadá e cuja aplicação, hoje generalizada, pode determinar consequências relevantes sobre as formas de controle social e penal.

O monitoramento eletrônico foi criado com a finalidade de não retirar o condenado, abruptamente, do seu meio social. Muitos dos seus direitos, como acontece com nossos filhos quando os corrigimos, passam a ser limitados; no entanto, o convívio em sociedade continua. O condenado não é dessocializado, mas sim educado a não mais praticar o ato que o levou a ter suspensos alguns desses direitos.

Segundo preleciona Oliveira:

a partir de suas primeiras experiências na América do Norte, no início dos anos 80, até sua operacionalização na Europa, no meado dos anos 90, o monitoramento eletrônico é louvado por suas propriedades singulares de individualização da pena (Laville & Lameyre, 2003, p. 370-374). Ele evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento – principalmente para os delinquentes primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados a pequenas ou médias penas, a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as más condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões. Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma associado ao encarceramento, assegurando a continuação de uma vida “normal” aos olhos do empregador e junto da família. (OLIVEIRA, 2007, p. 9-10)

O sistema de monitoramento eletrônico é feito por meio de um sinalizador GPS. Mas o que vem a ser GPS? Trata-se de um acrônimo: é a sigla, em inglês de *global positioning system*, que em português significa sistema de posicionamento global. Com a utilização de um GPS, é possível saber a nossa localização exata no planeta.

Esse método foi iniciado, há cerca de trinta anos, pelo governo dos Estados Unidos, mais precisamente pelo Departamento de Defesa. Foram lançados em órbita vários satélites, com o objetivo

de ultrapassar os limites dos sistemas de localização que eram utilizados até aquele momento. Esses antigos sistemas eram terrestres e utilizavam ondas de rádio para obter uma localização. Eles ainda são utilizados, mas recorre-se cada vez mais ao GPS. Ele foi sendo constantemente melhorado e, hoje, conta com 24 satélites em órbita, sendo 12 em cada hemisfério, e seis estações de controle em terra.

Em que pesem as origens do monitoramento eletrônico serem atribuídas aos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, que realizaram as primeiras experiências em 1964, nos Estados Unidos, com 16 jovens reincidentes, podemos apontar o juiz Jack Love, do estado do Novo México, como o precursor da ideia que atualmente vem sendo utilizada em vários países.

O mais interessante é que o juiz Jack Love se inspirou numa edição de “Amazing Spider-Man” de 1977, na qual o rei do crime havia prendido um bracelete ao Homem-Aranha a fim de monitorar seus passos pelas ruas de Nova Iorque. Após ler a história, o juiz Jack Love achou que a ideia poderia, efetivamente, ser utilizada no monitoramento de presos, razão pela qual procurou seu amigo Mike Gross, técnico em eletrônica e informática, a fim de persuadi-lo a produzir os receptores que seriam afixados nos pulsos, tal como havia visto na história em quadrinhos.

Em 1983, após ter realizado, durante três semanas, testes em si mesmo com o bracelete, ele determinou o monitoramento de cinco delinquentes na cidade de Albuquerque, a maior do Novo México. Nascia, também, naquele momento, conforme nos esclarece Oliveira (2007), a National Incarceration Monitor and Control Services, a primeira empresa a produzir instalações eletrônicas destinadas ao controle de seres humanos.

Atualmente, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico, que podem ser adaptadas à pessoa em forma de: a) pulseira; b) tornozeleira; c) cinto; e d) microchip (implantado no corpo). Nas quatro a utilização pode ocorrer

de maneira discreta, permitindo que o condenado cumpra sua pena sem sofrer as influências nefastas do cárcere.

É de se observar, no entanto, que não podemos permitir o monitoramento eletrônico em todos os casos de infração penal, mas somente naqueles em que seja viável a permanência do condenado fora da prisão.

Existem, como sabemos, casos graves que por enquanto, requerem uma resposta mais severa do Estado. Não se pode, por exemplo, admitir que chefes de organizações criminosas, membros de células terroristas, traficantes de drogas etc. permaneçam monitorados na própria residência, pois, com quase toda certeza, continuariam a praticar seus crimes, agora com o aval do próprio Estado.

Em determinados casos, porém, que não tenham gravidade extrema, seus autores podem ficar limitados espacialmente a um local predeterminado pela Justiça penal, sem que lhes seja imposta a privação de liberdade dentro do sistema carcerário. Da mesma forma, poderá o monitoramento eletrônico ser utilizado, também em algumas hipóteses, em substituição a prisões cautelares.

O sistema de monitoramento permite que os encarregados da fiscalização do cumprimento da pena pelo condenado monitorado saibam exatamente, onde ele se encontra, uma vez que é possível constatar, com precisão, se a área delimitada está sendo obedecida.

Em caso de desobediência, isso é, se o condenado demonstrar que o sistema de monitoramento não está surtindo os efeitos esperados pela Justiça penal, que a ele deu essa alternativa, a solução será o seu confinamento no sistema prisional.

No Brasil, a Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, alterando a Lei de Execução Penal, determinou, expressamente, que a violação comprovada dos deveres impostos ao condenado – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas

orientações e abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça (art. 146-C da LEP) – poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: a) a regressão do regime; b) a revogação da autorização de saída temporária; c) a revogação da prisão domiciliar; d) advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas anteriores.

O art. 146-D da Lei de Execução Penal, também introduzido pela Lei nº 12.258, determina ainda que a monitoração eletrônica poderá ser revogada: I – quando se tornar desnecessária ou inadequada; II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

No país, as hipóteses previstas pela referida lei, inseridas no art. 146-B da Lei de Execução Penal, que possibilitam a fiscalização por meio da monitoração eletrônica são: saída temporária no regime semiaberto (inciso I) e prisão domiciliar (inciso IV).

O julgador, quando de sua decisão, deverá analisar um conjunto de situações que o levem a crer que o monitoramento será suficiente para que a pena possa cumprir suas funções repressivas e preventivas. Assim, os antecedentes penais, a conduta social, a personalidade do agente, a gravidade da infração etc. deverão ser levados em conta para efeitos de concessão do cumprimento de pena extramuros, via monitoramento eletrônico.

Merece destaque, ainda, a inovação trazida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que, ao definir o elenco de medidas cautelares diversas da prisão, no inciso IX do art. 319 do Código de Processo Penal, inseriu a monitoração eletrônica.

Dessa forma, a monitoração eletrônica passou a ser possível antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que evita a desnecessária segregação cautelar do acusado,

possibilitando, assim, que responda à ação penal em liberdade.

Em 25 de novembro de 2011, foi publicado o Decreto nº 7.627, que dispôs sobre a regulamentação do monitoramento eletrônico.

A tendência é de que o monitoramento eletrônico fique cada vez mais imperceptível por outras pessoas que não aquela que o utiliza. Quem não se recorda do tamanho inicial dos telefones celulares? Hoje são multifuncionais e minúsculos. Da mesma forma, em um futuro muito próximo, em vez de pulseiras, tornozeleiras ou cintos, o monitoramento poderá ser feito por intermédio de um aparelho contido no relógio de pulso daquele que se viu beneficiado com sua utilização, por exemplo.

O microchip subcutâneo já é uma realidade e impede qualquer visualização por parte de terceiros, podendo, inclusive, conter todas as informações necessárias relativas ao cumprimento da pena do condenado que dele se utiliza.

Enfim, chegamos à era tecnológica e temos de utilizá-la em benefício do homem, que, em um futuro próximo, verá implodir os muros das penitenciárias que durante séculos o aprisionaram. Esse “novo homem” do futuro olhará para trás e não acreditará que seus semelhantes, há poucos séculos, eram enjaulados como animais ferozes, tratados de forma indigna e cruel.

Embora o sistema de monitoramento eletrônico permita o cumprimento das finalidades atribuídas às penas, ou seja, reprovar e prevenir a prática de infrações penais, parte da doutrina iniciou um movimento contra a sua utilização, como esclarece Luzón Peña (1994, p. 58), alegando que, em princípio, essa modalidade de cumprimento de pena era demasiado benigna aos condenados, não tendo, assim, o necessário efeito intimidante, característico da teoria retributiva. Da mesma forma, continua Luzón Peña (1994, p. 58), no que diz respeito à ressocialização, os opositores do monitoramento eletrônico afirmam que a sanção se centra somente no controle do condenado e de-

dica pouco ou mesmo nenhum esforço ao seu tratamento ressocializante.

Ademais, dizem que não há estudos suficientemente amplos e rigorosos que tenham por finalidade apontar se, de fato, existe uma eficácia preventiva especial da sanção daqueles que foram submetidos ao citado monitoramento, em comparação aos condenados que cumpriram suas penas inseridos no sistema prisional. Ou seja, para eles não se pode dizer, com a necessária precisão, que permitir o cumprimento monitorado de pena extramuros diminua o índice de reincidência.

Com todo o respeito que merecem os opositores do monitoramento eletrônico, não se pode negar que os benefícios de um cumprimento de pena monitorado fora do cárcere são infinitamente superiores aos prejuízos causados ao agente que se vê obrigado a cumprir sua pena intramuros.

Ressalta Luzón Peña (1994, p. 59) que as acusações de que o monitoramento eletrônico é por demais benigno ao condenado, além de ter pouca ou nenhuma eficácia intimidante, têm sido rebatidas com o correto argumento de que ele é reservado somente a casos de infrações penais de pouca gravidade, a exemplo dos delitos de trânsito, das subtrações patrimoniais não violentas, do consumo de drogas etc., e só excepcionalmente delitos que envolvam alguma forma de violência, como pode ocorrer com lesões corporais. Além disso, o prognóstico que se faz do condenado lhe é favorável, ou seja, tudo leva a crer que o cumprimento da pena monitorado extramuros exercerá sobre ele os necessários efeitos, evitando a prática de futuras infrações penais.

Por mais que, aparentemente, mostre-se benigna ao condenado, essa forma de cumprimento de pena poderá exercer sua função preventiva (geral e especial), pois, para a sociedade, ficará demonstrado que o Estado, por meio do Direito penal, cumpriu com sua missão protetiva de bens jurídicos, fazendo com que o autor da infração penal fosse por ela responsabilizado, com uma pena correspondente ao mal por ele praticado.

Segundo esclarecimentos de Iglesias Ríos e Pérez Parente (2005, p. 409), na maioria dos países a prisão domiciliar com vigilância eletrônica não se contempla como medida única. Com vistas à consecução de expectativas ressocializadoras, o controle telemático se insere em um amplo programa de execução diário no qual, a par da permanência obrigatória no domicílio ou em um lugar concreto, permitem-se saídas predeterminadas para trabalhar ou participar de sessões de terapia; realizam-se visitas não anunciadas por funcionários competentes (na parte da tarde, noite, fins de semana, dias festivos), ou com um aviso com antecedência de 30 minutos; e o sujeito tem de submeter-se várias vezes por semana a análise de sangue, de urina ou de ar aspirado para detectar o consumo de álcool ou drogas várias vezes por semana, o que é feito por pessoal médico especializado ou por algo conectado ao próprio aparato de vigilância (como ocorre na Suécia) e cujos resultados são informatizados e recebidos por rede telefônica.

2.1.1 Tecnologias de controle de primeira, segunda e terceira geração

As tecnologias de controle podem ser divididas em primeira, segunda e terceira geração.

A) A primeira geração de mecanismos de controle inclui o sistema ativo (vigilância eletrônica ativa) e o sistema passivo (vigilância eletrônica passiva), ainda quando se tem implantado também o sistema misto, que combina ambos os modelos.

A vigilância eletrônica ativa, que é a mais frequente, é, basicamente, de acordo com as lições de González Rus (1994, p. 72), integrada por três elementos, a saber: um transmissor em miniatura, que é fixado ao condenado, de modo que não possa por ele ser removido, a exemplo, como dissemos anteriormente, das pulseiras e tornozeleiras, cuja finalidade é transmitir um sinal, permitindo a aferição do local onde se encontra; um receptor/transmissor, instalado no domicílio ou no local onde

se tenha determinado que o condenado deverá permanecer submetido à vigilância, e que tem por finalidade receber o sinal do transmissor nele colocado, que envia, a seu turno, um sinal ao terceiro componente do sistema, que normalmente é um computador central, conectado por via telefônica com o receptor/transmissor, que controla o processo e registra tudo o que ocorre com a vigilância – ou seja, se o condenado está cumprindo aquilo que lhe foi determinado na sentença ou se houve algum descumprimento, como sair do local permitido etc.

Por meio dessa vigilância eletrônica ativa confirma-se, portanto, a presença do condenado em sua casa ou em outro local determinado pela Justiça, bem como as horas previstas para certos comportamentos ou, pelo contrário, sua ausência do local previamente estabelecido, o que acarretará consequências a seu desfavor.

Esse controle, consoante esclarece Luzón Peña (1994, p. 56), nos Estados Unidos, é feito pelos funcionários encarregados do sistema de prova, que, em caso de descumprimento pelo condenado, propõem as medidas punitivas correspondentes ou a aplicação de uma sanção mais dura. Além disso, têm a obrigação de manter contato periódico com o condenado, com a finalidade de inspecionar os dispositivos de transmissão (pulseira, tornozeleiras etc.).

Por vigilância eletrônica passiva podemos entender aquela que é realizada por intermédio de um sistema aleatório de chamadas telefônicas – feitas por um computador programado para isso – para os locais onde os condenados se encontram submetidos a essa modalidade de vigilância. Nesse caso, ao ser realizada a ligação, os condenados devem atender pessoalmente o telefone. Como esclarece González Rus (1994, p. 72), em situações como essa é comum que se adapte ao aparelho telefônico um identificador de voz, evitando que o sistema seja burlado pelo condenado, que bem poderia pedir a alguém que respondesse a cha-

mada em seu lugar. É importante frisar que tanto as chamadas quanto as respostas do condenado permanecem registradas em um sistema informatizado, que está programado para produzir um alerta caso venha a ocorrer qualquer incidente.

Iglesias Ríos e Pérez Parente (2005, p. 414) aduzem que a principal vantagem do sistema passivo com controle de voz ou mecanismos digitalizados é sua menor estigmatização pública e, em certos casos, a prescindibilidade da instalação de transmissores no domicílio do vigiado. Como desvantagens, apontam a possível perturbação que as chamadas telefônicas, especialmente no horário noturno, causam aos demais moradores ou a possibilidade de o sujeito não ouvir a chamada por estar no banho, escutando música etc.

B) A tecnologia de segunda geração foi implantada, inicialmente, nos Estados Unidos, a partir do ano 2000, sendo adotada, posteriormente, no Canadá e na Grã-Bretanha, onde é utilizado o equivalente europeu – denominado sistema Galileo. Ele foi concebido, desde o início, como um projeto civil, em oposição ao GPS (americano), ao Glonass (russo) e ao Compass (chinês), que são de origem militar, tendo várias vantagens, como maior precisão, maior segurança e menos sujeição a problemas.

Esse sistema de segunda geração não somente tem capacidade para controlar a permanência, em determinado lugar, da pessoa que está sendo objeto do monitoramento como também detecta, milimetricamente, sua presença fora do local que lhe havia sido delimitado, apontando precisamente o lugar em que esteve e o horário.

Para tanto, o vigiado deve portar um transmissor similar ao utilizado na vigilância eletrônica ativa, que tem por finalidade enviar os dados de seus movimentos à central, fazendo com que seja disparado um alarme sempre que o vigiado se distanciar do perímetro no qual foi confinado.

C) Por último, segundo esclarecem Iglesias Ríos e Pérez Parente (2005), na tecnologia de terceira geração, além do controle de permanência ou presença por GPS que os sistemas anteriores possibilitam, agrega-se a possibilidade de que a central de vigilância receba informações como frequência de pulsação e ritmo respiratório, que possibilitam, por exemplo, inferir o nível de agressividade de um delinquente violento ou da libido em delinquentes sexuais, e outros sinais que identifiquem alterações psicológicas perigosas em cleptômanos e psicopatas. Assim, ante qualquer descumprimento das obrigações acordadas judicialmente, algumas versões têm capacidade para realizar uma intervenção corporal no vigiado por meio de descargas elétricas programadas, que repercutem diretamente no sistema nervoso central, ou por meio da abertura de uma cápsula que lhe injeta um tranquilizante ou outra substância, para o caso de neuróticos agressivos, esquizofrênicos ou adeptos do álcool.

Esse drástico procedimento ainda não se implementou em prisão domiciliar com vigilância eletrônica porque constitui um castigo físico atentatório à dignidade humana; ademais, não leva em conta distintas situações de necessidade – urgência médica, incêndio na casa, um acidente –, nas quais o vigiado se vê obrigado a abandonar o lugar e, então, a suportar injustificadamente tais descargas elétricas (IGLESIAS RÍOS; PÉREZ PARENTE, 2005, p. 415).

2.1.2 Monitoramento versus direito à intimidade

A par da utilização da tecnologia no cumprimento da pena, vieram as discussões a respeito de sua possibilidade. Como é comum quando surge uma novidade no mundo jurídico, sempre se levantam vozes contra e a favor. No caso do monitoramento eletrônico de presos, juristas de escol começaram a defender a tese da impossibilidade de sua utilização com o argumento de que o monitoramento levaria a uma indevida exposição do condenado,

uma vez que todos saberiam que estava cumprindo pena sob essa nova modalidade de vigilância, o que atentaria contra a sua dignidade.

Assim, segundo esclarece Luzón Peña (1994, p. 60), tem-se discutido sobre o fato de a vigilância eletrônica ser ou não uma intromissão excessiva e intolerável nos direitos fundamentais do condenado ou mesmo de um preso provisoriamente, principalmente no que diz respeito à sua dignidade, aqui representada pelo seu direito à intimidade.

Embora todo raciocínio que tente preservar a dignidade do ser humano seja louvável, não podemos esquecer que não existe direito absoluto, a não ser, como se tem afirmado, o direito de não ser torturado ou escravizado. Não podemos, ainda, agir com ingenuidade na defesa de certos princípios fundamentais, sob pena de inviabilizarmos quaisquer comportamentos, mesmo os benéficos ao indivíduo.

No caso do monitoramento, entendemos que em vez de colocar o condenado num sistema falido que, em vez de ressocializá-lo, fará com que retorne completamente traumatizado ao convívio em sociedade, com toda certeza será preferível o seu controle pelo Estado em algum local extramuros, previamente determinado. Esse local poderá ser a sua própria residência ou outro qualquer que viabilize a execução da pena, com o seu perfeito controle.

Tudo será realizado da maneira mais discreta possível, ou seja, a utilização da tornazeleira, da caneleira ou do cinto ou a implantação do microchip será feita de modo a não ofender a dignidade do condenado, evitando sua desnecessária exposição. Assim, seria inviável, por exemplo, o uso de aparelhos que envolvessem o pescoço do monitorado ou de algum outro que o expusesse de forma excessiva.

O direito à intimidade, cuja possibilidade de violação se atribui ao monitoramento eletrônico, encontra-se no rol dos direitos da personali-

de. Esta, a seu turno, pode ser apontada como decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, significando, em resumo, a capacidade de todo ser humano de ter direitos e obrigações.

Stolze Gagliano e Pamplona Filho, dissertando sobre o tema, asseveram:

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros. (STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 150)

Trata-se, segundo nosso posicionamento, de um direito inato de todo ser humano. Nos países modernos, é inconcebível afirmar que alguém não tenha personalidade; mas nem sempre foi assim. Em um passado não muito distante, os escravos, por exemplo, eram similares às coisas. Podiam ser comprados, vendidos, trocados, açoitados; enfim, eram objeto de negociação e uma ferramenta de trabalho. O mesmo aconteceu, em proporções menores, com as mulheres, que eram entendidas como uma classe intermediária entre os homens e os animais.

Carrejo, comentando o tema, esclarece que:

na linguagem jurídica atual a expressão direitos da personalidade tem significado particular, referido a alguns direitos cuja função se relaciona de modo mais direto com a pessoa humana, pois se dirigem à preservação de seus mais íntimos e imprescindíveis interesses. Com efeito, esses direitos constituem um mínimo para assegurar os valores fundamentais do sujeito de direito; sem eles, a personalidade ficaria incompleta e imperfeita, e o indivíduo, submetido à incerteza quanto aos seus bens jurídicos fundamentais. (CARREJO apud SILVA, 2003, p.8)

Existem direitos que nascem com todo ser humano, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, religião, a exemplo do que ocorre com o direito à vida, à liberdade sexual, à integridade física, à honra, à intimidade etc., e que dele não podem ser retirados. No entanto, como afirmamos acima, não existem direitos absolutos, mesmo os considerados personalíssimos. Cite-se, como exemplo, o direito que todas as pessoas têm à liberdade. Mas se o agente vier a praticar um fato passível de condenação a uma pena privativa de liberdade, esse seu direito cederá no caso concreto. Assim, somente poderemos considerar absolutos os direitos à personalidade no sentido de serem oponíveis *erga omnes*, e não no que diz respeito à sua intangibilidade.

Embora tenhamos nos posicionado no sentido de que os direitos inerentes à personalidade são inatos, isso é, já nascem com todo ser humano e são antecedentes a qualquer disposição normativa, sendo, outrossim, considerados direitos naturais, tal posição não é pacífica. No sentido oposto à escola jusnaturalista dos direitos à personalidade, encontra-se a posição entendida como positivista, que parte do pressuposto de que somente haverá direito quando este for reconhecido formalmente pelo Estado, por meio de seus estatutos legais. É a lei, segundo essa corrente, a encarregada de reconhecer e proteger direitos que foram selecionados por meio de um critério político, que se modifica ao longo dos anos. Novas situações vão surgindo e novos conflitos acontecendo, levando o legislador a despertar para a existência de novos direitos, que podem ser considerados personalíssimos, fazendo parte, dessa forma, da personalidade do ser humano.

Em que pese a força do raciocínio positivista, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento de novos direitos da personalidade, que vão surgindo de acordo com a própria evolução da sociedade, há determinados grupos de direitos cuja existência não se pode atribuir ao formal reconhecimento da lei, a exemplo, como já o dissemos, do direito à vida, à integridade pessoal, à honra, à intimidade etc.

Os direitos de personalidade têm características que lhes são peculiares, que os distinguem dos demais. Além de serem considerados absolutos, no sentido de serem oponíveis *erga omnes*, os direitos da personalidade gozam das características de generalidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e vitaliciedade.

Mello e Fraga, comentando sobre as mencionadas características, esclarecem:

Generalidade, no sentido de que todos os seus titulares estão protegidos dos direitos da personalidade. Extrapatrimonialidade, os direitos da personalidade não são aferidos objetivamente por um critério econômico. Intransmissibilidade e irrenunciabilidade [...] para os direitos da personalidade, significa que estes não podem sofrer mutação subjetiva e não podem ser abdicados, recusados ou rejeitados pelo titular do direito, respectivamente. Imprescritibilidade está ligada à inexistência de prazo para o seu efetivo exercício. Impenhorabilidade, característica intrínseca à indisponibilidade, significa que o direito não pode ser abarcado por penhora. Vitaliciedade, ou seja, são inatos e permanentes à pessoa. (MELLO; FRAGA, 2005, p. 105)

Verifica-se, portanto, que, de acordo com a sua natureza, bem como com as características que lhes são peculiares, os direitos de personalidade fazem parte do rol pertencente à dignidade humana.

Há controvérsia doutrinária quanto ao uso das expressões direitos humanos e direitos de personalidade. Para uma primeira corrente, direitos humanos seriam aqueles positivados no texto constitucional – ou mesmo em algum outro diploma infraconstitucional –, oponíveis contra o próprio Estado. Seriam, assim, utilizados como escudo contra a prepotência e o autoritarismo do Estado. Dessa forma, os direitos humanos se amoldariam na categoria de direitos públicos. Por outro lado, os direitos de personalidade seriam aqueles regulados pelo Direito Civil, na es-

fera dos direitos privados, que dizem respeito às relações entre particulares.

Como bem observado por Silva:

Sob o aspecto do direito público, os chamados direitos humanos não reclamam simples abstenção do Estado quanto a respeitar e não praticar arbitrariedades contra os direitos fundamentais do homem. Mais do que isso, deve o Estado assegurar a todos, pelos mecanismos específicos do Direito Constitucional e do Direito Penal, o livre gozo das liberdades fundamentais. Os órgãos do Estado destinados à contenção da delinquência e da criminalidade, à apuração de responsabilidades no âmbito penal, desempenham o papel de proteger toda a coletividade em seus interesses fundamentais de segurança e tranquilidade, dando a todos condições para o cumprimento da natural vocação ao progresso e ao desenvolvimento.

A tutela pública é conferida em atenção ao corpo social como um todo e não a cada indivíduo em particular. Nisto reside a diferença entre tutela pública e tutela privada, entre direitos humanos e direitos privados de personalidade.

Mas não é só. Quando ganham a Constituição, como acontece modernamente, os direitos fundamentais do homem constituem restrição ao poder legislativo do Estado, porquanto as leis infraconstitucionais não poderão restringir, suprimir ou se colocar em conflito com o texto maior, sob pena de invalidade. (SILVA, 2003, p. 21-22)

Hoje em dia, não se pode mais discutir se o direito à intimidade faz parte dos chamados direitos de personalidade, que, consequentemente, dizem respeito à dignidade humana.

As Constituições modernas, a exemplo da brasileira, estabelecem expressamente não só o princípio da dignidade humana como também os direitos que lhe são decorrentes, como acontece com o direito à intimidade, segundo se verifica pela leitura do art. 5º, X, que diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a

imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A intimidade, portanto, é um direito fundamental assegurado constitucionalmente, devendo o Estado protegê-lo de todo e qualquer ataque.

Conceituar direito à intimidade não é tarefa das mais fáceis. É extremamente difícil, na verdade, não somente conceituá-lo como também traçar os seus exatos contornos, fazendo uma distinção entre o público e o privado.

São três as principais teorias que disputam o tratamento do direito à intimidade. A primeira delas, denominada teoria objetiva, adota a chamada teoria das esferas, do direito alemão, em que podemos visualizar, figurativamente, vários círculos concêntricos, encontrando-se, no centro, aquilo que existe de mais íntimo, reservado; ao redor, a intimidade familiar; e, por último, na sua face mais externa, a área destinada à esfera pública. É claro que essa definição não é absoluta, mas sim mera representação teórica.

A segunda teoria, conhecida como subjetiva, como a própria denominação está a sugerir, entende que somente a pessoa, e mais ninguém, pode determinar o que é ou não íntimo, ou seja, só a ela cabe determinar os limites entre o particular e o público.

Modernamente, assevera Delgado, surgiu a chamada teoria do mosaico, como uma necessidade de proteção da intimidade do indivíduo:

frente às ameaças que de forma genérica os novos engenhos tecnológicos e em concreto a informática supõem. Foi formulada por Madrid Conesa, que entende que a “teoria das esferas não é válida, haja vista que hoje os conceitos de público e privado são relativos, pois existem dados que *a priori* são irrelevantes desde o ponto de vista do direito à intimidade, mas que unidos uns com os outros podem servir para configurar uma ideia praticamente completa de qualquer indivíduo, tal como ocorre

com as pequenas pedras que formam um mosaico, que em si não dizem nada, mas quando unidas podem formar conjuntos plenos de significado”. (DELGADO, 2004, p. 38-39)

Assim, embora seja complexa a sua definição, podemos entender como direito à intimidade aquela porção, inerente ao nosso direito de personalidade, que compete única e exclusivamente a nós e que deve, de acordo com nossa vontade, ser subtraída do conhecimento público, ou, segundo as lições de Silva (2003, p.51), “o direito à intimidade deve compreender o poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada que, segundo um senso comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva”.

Esse direito à intimidade deve ceder no caso concreto, quando estivermos diante da possibilidade de monitoramento eletrônico. Na verdade, essa limitação ao direito à intimidade é levada a efeito em benefício do próprio condenado, uma vez que, sujeitando-se ao monitoramento eletrônico, ficará livre do ambiente pernicioso do cárcere.

O sistema prisional, com toda certeza, não seria o melhor ambiente para o cumprimento da pena aplicada ao condenado em muitos países da América Latina, onde se eliminaria a sua personalidade.

Assim, por mais que tenhamos de proteger o direito à intimidade daqueles que foram condenados pela Justiça penal, para nós, a submissão do autor da infração penal ao monitoramento eletrônico deve ser entendida em seu benefício, mesmo que venha a causar pequenos transtornos.

Por isso é que Rodríguez-Magariños propõe a criação de um sistema penitenciário em que a privação de liberdade das pessoas passe de regra geral a exceção, reservando-se, outrossim, os estabelecimentos prisionais àqueles reincidentes contumazes, que praticam crimes graves, demonstrando, dessa forma, desprezo

pelos direitos de seus concidadãos. Como, acertadamente, afirma o renomado autor, a “vigilância eletrônica nem é a varinha mágica nem é a panaceia, nem cobre – e menos hoje em dia – todos os desejos, mas indubitavelmente

é o princípio do fim de um sistema penitenciário baseado em um axioma absurdo: encarcerar, dessocializar um indivíduo para fazer dele o homem apto para viver em sociedade”. (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2007, p. 170-171)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección de datos*. Madrid: Dykinson, 2004.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Control electrónico y sistema penitenciario. In: JORNADAS PENITENCIARIAS ANDALUZAS, 8., 1991, La Rábida. [Anais...] Sevilha: Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994.

GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. In: PAREDES, Santiago A. Bello; VILLAR, Alfonso Murillo. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos, España, Universidad de Burgos, 2005.

CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta. Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información. *Derecho y conocimiento*, España, Universidad de Hueva, v. 1, p. 35-48, 2001.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión. In: JORNADAS PENITENCIARIAS ANDALUZAS, 8., 1991, La Rábida. [Anais...] Sevilha: Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994.

MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. *Direito civil*: introdução e parte geral. [S.I]: Impetus, 2005.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. Perspectivas sobre la protección penal del software. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *El cibercrimen*: nuevos retos jurídicos-penales, nuevas respuestas político-criminales. España: Granada, 2006. cap. 4, p. 97-153.

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

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica*: bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

ROSSINI, Augusto. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

Possibilidade da antecipação da prova no processo penal militar com base no Código de Processo Civil

Cícero Robson Coimbra Neves
Membro do Ministério Público da União, no Ministério Público Militar, lotado em Fortaleza (CE). Mestre em direito Pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

INTRODUÇÃO

Desde há muito, identifica-se uma crise no processo penal brasileiro, marcada por avanços e retrocessos próprios de uma reformulação fatiada, de reformas pontuais que, por melhor intenção que tenham, perdem a visão de conjunto, não sendo raras mudanças que emendem uma situação específica e, ao mesmo passo, desarranjem outra não vislumbrada.

Há uma incessante busca pelo alinhamento das leis processuais penais, em sua relevante maioria anteriores a 1988 – a exemplo do Código de Processo Penal (CPP), de 1941, e do Código de Processo Penal Militar (CPPM), de 1969 –, à Constituição federal, com a intenção de se criar um processo penal constitucional.

O ideal, a bem da verdade, seria a proposição de novos códigos de processo penal comum e militar ou, talvez, um único código aplicável à Justiça comum e à Justiça Militar, com capítulos específicos para esta, mas a morosa movimentação legislativa – não apenas por culpa do Poder Legislativo, frise-se – impede que essa tarefa seja executada em tempo razoável, de sorte que a solução por uma reforma fatiada, com leis que alterem pontos específicos, tem sido a resposta encontrada.

Essa realidade, deve-se notar, tem um fator complicador no processo penal militar, vez que as alterações do CPP, com muita frequência, não alcançam o CPPM, gerando um descompasso evidente, muitas vezes sem nenhum pressuposto lógico para a distinção.

Em alguns casos, a compreensão diversa do processo surge sem nem mesmo haver a alteração legislativa, apenas por uma interpretação da regra diante de princípios constitucionais que indicam a prevalência de determinado entendimento.

A verdade é que, cada vez mais, o processo penal torna-se poroso, suscetível a alterações legislativas pontuais ou a interpretações constitucionais que podem afastar a literalidade da regra, em um movimento para alguns pernicioso e para outros indicador do caráter dinâmico e histórico do direito.

Muito comum, então, é o fato de o processo penal “beber de outras fontes”, buscar em outras cercanias a solução mais adequada ao caso concreto na integração da norma processual penal, a iniciar, claro, por um cotejo constitucional, mas também permitindo-se que haja o traslado de regras aplicáveis no processo penal comum para o processo penal militar – e vice-versa, embora haja resistência maior –, ou mesmo do processo civil,