

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Arthur Corrêa da Silva Neto

MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO ÂMBITO PENAL,  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS:  
UMA ANÁLISE COMPARADA DOS PARÂMETROS E LIMITES  
CONSTITUCIONAIS DA UTILIZAÇÃO DO MECANISMO TECNOLÓGICO

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Político-Jurídicas com Menção em  
Direito Constitucional orientada pela Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

Fevereiro de 2020

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

**Arthur Corrêa da Silva Neto**

**MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO ÂMBITO PENAL, PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
UMA ANÁLISE COMPARADA DOS PARÂMETROS E LIMITES CONSTITUCIONAIS  
DA UTILIZAÇÃO DO MECANISMO TECNOLÓGICO**

**ELECTRONIC MONITORING IN CRIMINAL MATTERS,  
PROPORTIONALITY PRINCIPLE AND FUNDAMENTAL RIGHTS:  
A COMPARED ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL PARAMETERS AND LIMITS  
OF USING THE TECHNOLOGICAL MECHANISM**

**Dissertação De Mestrado Científico Em Ciências Político-Jurídicas Com Menção  
Em Direito Constitucional Orientada Pela Professora Doutora Suzana Tavares Da  
Silva.**

Coimbra, 2020

## **DEDICATÓRIA**

Ao amor da minha vida, Alessandra Lima Silva, você me traz luz e alegria para sempre avançar, este mestrado de Coimbra é um sonho que sonhamos juntos, assim divido contigo essa dissertação, já almejando e sonhando a concretização de planos futuros.

A minhas filhas Lorena, Gabriela e Isabella, vocês são minha fonte inesgotável de inspiração, um trio de beleza e simpatia, que concitam em mim o sentido de sempre me tornar uma pessoa melhor.

A minha mãe, meu pai, irmão e irmãs, muitíssimo obrigado pelo apoio e palavras de incentivo que me motivam a seguir adiante.

## **AGRADECIMENTOS**

A Defensoria Pública do Estado do Pará pela liberação para participar do mestrado, bem como por me propiciar a um só tempo exercer uma atividade profissional e me tornar um ser humano melhor.

A Universidade de Coimbra e, em especial, à sua Faculdade de Direito por me possibilitar, a partir de seu quadro de professores e colegas com quem tive convívio, de verticalizar o conhecimento permitindo-me aprender tanto em tão pouco tempo. Tenho orgulho e sou grato por poder dizer que fui aluno dessa Instituição pela qual já passaram grandes nomes e que continua a formar outros tantos nomes que contribuem com a sociedade na qual vivem. O saber haurido e os dias felizes vividos nas suas dependências certamente constituíram ferramentas importantes para novos voos.

A Sotora Suzana Tavares da Silva, minha diletta orientadora que entregou-me balizas seguras nos caminhos dirigidos pela teoria dos direitos fundamentais, meus mais efusivos agradecimentos pela orientação do presente trabalho.

Ao Sotor Fernando Alves Correia e as Sotoras Maria João Antunes e Cláudia Cruz Santos pelos ensinamentos ministrados, por certo este trabalho contém partes desenvolvidas a partir dos conteúdos respectivamente lecionados.

A minha esposa Alessandra Lima Silva, com quem partilhei diversos pensamentos, os quais posteriormente se traduziram em diversas linhas presentes neste texto.

Aos amigos Ednan Galvão, Lucas Madeiros e Carlos Nogueira com quem tive a oportunidade de trocar diversas ideias nas pessoas de quem estendo meus agradecimentos a todos os amigos e amigas de minha turma.

## RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo investigar se as leis de monitoração eletrônica dos Estados Unidos que tratam da monitoração após o cumprimento da pena para a vida toda de pessoas que tenham praticado crimes sexuais, a lei portuguesa que regula a monitoração eletrônica e as leis brasileiras que normatizam o tema, observam os parâmetros do princípio da proporcionalidade e os limites relativos aos direitos fundamentais estabelecidos nas respectivas ordens constitucionais, assim como, em perspectiva analisar a (in)viabilidade de possíveis transplantes normativos. Para tanto, utilizou-se a metodologia do direito constitucional comparado, a fim de compreender o instituto da monitoração eletrônica a partir das matizes próprias do ordenamento em que está inserido, assim como possibilitar a análise de possíveis transplantes normativos tão comuns no momento atual do mundo globalizado. No que tange a análise pelo princípio da proporcionalidade, o respectivo conteúdo foi desenvolvido sob a assimilação dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, utilizando-se amplas fontes doutrinárias e jurisprudências, assim, a partir do respectivo suporte teórico e dos contributos advindos de aportes criminológicos foram analisadas as legislações de monitoração eletrônica eleitas como objeto de verificação-experimentação no que concerne a observância dos parâmetros desenhados pelo princípio da proporcionalidade. De igual modo, quanto ao ponto atinente aos limites fixados pelos direitos fundamentais para o poder estatal de monitorar pessoas, brevemente se fez uma contextualização do desenvolvimento destes, passando-se as visões da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos estadunidense, europeu e brasileiro, além de se estudar o direito à vida privada e familiar e a cláusula *ex post facto*, todos estes direitos que estão sob tensão quando realiza-se a monitoração eletrônica. Nesse ensejo, logrou-se identificar a necessidade de as legislações analisadas se compatibilizarem a ordem constitucional dos respectivos países, assim como de ser evitado transplantes normativos de leis que não possuam harmonia com a vivência constitucional do país para o qual será transplantada.

**Palavras-chave:** Monitoração Eletrônica de Pessoas. Princípio da Proporcionalidade. Diálogo entre o Direito Constitucional e a Criminologia. Direitos Fundamentais da Pessoa Monitorada Eletronicamente. Limites ao Poder Estatal de Monitorar Eletronicamente no Âmbito Penal.

## SUMMARY

This dissertation aims to investigate whether the electronic monitoring laws of the United States that deal with lifetime monitoring of persons who have committed sexual crimes, the Portuguese law that regulates the electronic monitoring and the Brazilian laws that regulate the subject, observe the parameters of the principle of proportionality and the limits relative to the fundamental rights established in the respective constitutional orders, as well as, in perspective to analyze the (in)feasibility of possible normative transplants. To this end, the methodology of comparative constitutional law was used in order to understand the institute of electronic monitoring from the nuances proper to the order in which it is inserted, as well as to enable the analysis of possible normative transplants so common in the current globalized world. Regarding the analysis by the principle of proportionality, the respective content was developed under the assimilation of the tests of adequacy, necessity and proportionality in the strict sense, using broad sources of doctrine and case law, thus, from the respective theoretical support and contributions from criminological contributions, the electronic monitoring legislation elected as object of verification-experimentation was analyzed with respect to compliance with the parameters designed by the principle of proportionality. In the same way, regarding the limits set by the fundamental rights for the state power to monitor people, a contextualization of their development was briefly made, passing on the visions of the dignity of the human person in the American, European and Brazilian legal systems, besides studying the right to private and family life and the ex post facto clause of all these rights that are under tension when the electronic monitoring is carried out. In this opportunity, it was possible to identify the need for the analyzed legislations to be compatible with the constitutional order of the respective countries, as well as to avoid normative transplants of laws that do not have harmony with the constitutional experience of the country to which it will be transplanted.

**Keywords:** Electronic Monitoring of People. Principle of Proportionality. Dialogue between Constitutional Law and Criminology. Fundamental Rights of the Monitored Person Electronically. Limits to the State Power to Monitor Electronically in the Criminal Scope.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CPPB	Código de Processo Penal do Brasil
CPP	Código Penal Português
EP	Estabelecimento Prisional
GPS	Sistema de Posicionamento Global
LEP	Lei de Execução Penal
ME	Monitoração Eletrônica
p.e.s.e	Proporcionalidade em Sentido Estrito
RF	Rádio Frequência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
TCFA	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
TCP	Tribunal Constitucional Português
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

## ÍNDICE

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
Capítulo I	<b>MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS EM CONFLITO COM A LEI PENAL: uma perspectiva geral .....</b>	<b>14</b>
1.1	<b>Breve histórico e desenvolvimento do recepcionamento da tecnologia alusiva a monitoração eletrônica de pessoas pela Justiça Criminal no cenário mundial .....</b>	<b>14</b>
1.2	<b>Os Sistemas de Monitoração Eletrônica a partir da análise das Gerações Tecnológicas de Localização de Pessoas em Conflito com a Lei Penal .....</b>	<b>27</b>
1.3	<b>Modalidades de Monitoração Eletrônica.....</b>	<b>32</b>
1.4	<b>Monitoração eletrônica: questão penal vs. Questão de segurança pública.....</b>	<b>35</b>
Capítulo II	<b>APORTES CRIMINOLÓGICOS COMO CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE REALIZADA POR MEIO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS LEIS QUE REGULAM A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS EM CONFLITO COM A LEI PENAL: UM DIÁLOGO ENTRE A CRIMINOLOGIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>40</b>
2.1	<b>Criminologia, Abolicionismo penal e Monitoração Eletrônica: (im) possibilidade de ressignificação do tratamento das pessoas em conflito com a lei penal.....</b>	<b>40</b>
2.2	<b>O Princípio da Proporcionalidade.....</b>	<b>45</b>
2.3	<b>Parâmetros da Monitoração Eletrônica de pessoas em conflito com a lei penal sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade.....</b>	<b>79</b>
2.3.1	<i>As leis de Estados dos Estados Unidos que fixam para as pessoas que praticaram crimes sexuais a monitoração eletrônica para a vida toda .....</i>	<b>79</b>
2.3.2	<i>Monitoração eletrônica em Portugal por meio da Rádio Frequência: RF e o teste da necessidade no âmbito do princípio da</i>	<b>83</b>

	<i>proporcionalidade</i> .....	
2.3.3	<i>A aplicação da monitoração eletrônica no Brasil nas saídas temporárias</i> .....	86
Capítulo III	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA MONITORADA ELETRONICAMENTE: limites ao poder estatal de monitorar</b>	95
3.1	<b>Breve contextualização dos direitos fundamentais</b> .....	95
3.2	<b>Perspectivas do conceito de dignidade da pessoa humana</b> .....	102
3.2.1	<i>Visão Estadunidense da dignidade humana</i> .....	103
3.2.2	<i>Visão Europeia da dignidade humana</i> .....	105
3.2.3	<i>Visão Brasileira da dignidade humana</i> .....	107
3.2.4	<i>Transplantes Normativos: (Im) Possibilidade de Inserção no Âmbito Europeu e Brasileiro de Comandos Legais nos Termos das Leis Estadunidenses sobre Monitoração Eletrônica de Pessoas para Vida Toda que Tenham Praticado Crimes Sexuais</i> .....	108
3.3	<b>O direito à vida privada e familiar: reflexos no delineamento da monitoração eletrônica de pessoas</b> .....	109
3.3.1	<i>Leis Estadunidenses sobre Monitoração Eletrônica de Pessoas para Vida Toda que Tenham Praticado Crimes Sexuais: (In) Violabilidade da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América</i>	125
3.4	<i>A Cláusula Ex Post Facto e as leis estadunidenses de monitoração eletrônica de forma vitalícia para criminosos sexuais</i> .....	131
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	135
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	138

## INTRODUÇÃO

A monitoração eletrônica de pessoas em conflito com a lei penal surgiu nos Estados Unidos, sendo que foram implantados os primeiros programas no início da década de 1980, e devido sua ampla aceitação se expandiu rapidamente nos diversos Estados daquele país. Já na década de 1990, inicia sua trajetória na Europa se irrompendo para todos os continentes do mundo.

São diversos os aspectos que permitiram o avanço da monitoração eletrônica de pessoas em nível mundial, mas dois acabam ficando em evidência, tal como ser medida alternativa ao enfrentamento da superlotação carcerária e de diminuição de custos com a gestão do aprisionamento, dificuldades enfrentadas pelos países em nível global.

Portanto, a monitoração eletrônica é mecanismo tecnológico utilizado em todos os continentes do globo, isto por si, já atrai interesse em pesquisar essa ferramenta de política criminal e penitenciária.

Por outro lado, justifica-se também o presente estudo em razão de que os materiais bibliográficos sobre o assunto o tratam majoritariamente pela perspectiva do direito penal, processual penal e criminologia, trazendo de forma tangente a análise pelo viés constitucional.

Não obstante, quando se vai as legislações dos países, nomeadamente a daqueles que se escolheu como objeto de estudo, quais sejam as leis de monitoração eletrônica dos Estados Unidos que tratam da monitoração após o cumprimento da pena para a vida toda de pessoas que tenham praticado crimes sexuais, a lei portuguesa que regula a monitoração eletrônica e as leis brasileiras que normatizam o tema, percebe-se diversos pontos de tensão entre estas e o princípio da proporcionalidade, assim como em relação aos direitos fundamentais das pessoas monitoradas estabelecidos nas respectivas ordens constitucionais.

A evolução tecnológica nos equipamentos de monitoração eletrônica, a partir do aprimoramento do Sistema de Posicionamento Global (GPS) fez surgir novos campos de utilização com objetivos diversos da motivação original mencionada, com isso também tais inovações criaram pontos de questionamento em relação ao respeito de parâmetros estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade e limites garantidos pelos direitos

fundamentais, é exemplo do que aqui se aponta as leis estadunidenses que possibilitam após o cumprimento da pena a monitoração eletrônica para a vida toda de pessoas que tenham praticado crimes sexuais, entre outras situações estabelecidas.

Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico do GPS igualmente acarretou a redução dos custos para a absorção dessa tecnologia permitindo se conceber a possibilidade de substituição da tecnologia de Rádio Frequência (RF), primeira geração da monitoração eletrônica que apenas permite a localização da pessoa em local certo e determinado, assim tal perspectiva faz emergir debate acerca da opção do Estado por uma ou outra tecnologia e a interferência que a respectiva escolha impacta em relação a pessoa monitorada, portanto este fato assume contornos de interesse para o presente estudo, tendo em vista que o Estado Português de modo geral adota a tecnologia da RF, apenas utilizando o GPS no âmbito de aplicação da violência doméstica.

Nessa medida, a presente pesquisa visa verificar se as legislações de monitoração eletrônica eleitas como objeto de verificação-experimentação observam os parâmetros do princípio da proporcionalidade e os limites relativos aos direitos fundamentais estabelecidos nas respectivas ordens constitucionais.

Ressalte-se, que o estudo do respeito dos parâmetros do princípio da proporcionalidade se deu a partir de aportes criminológicos, ensejando, portanto, na realização de um diálogo entre o direito constitucional e a criminologia.

Do mesmo modo, será feita uma análise das legislações de monitoração eletrônica a partir da ótica do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais pela metodologia do direito constitucional comparado<sup>1</sup>.

A adoção desta metodologia no presente texto teve o condão de permitir ser analisado criticamente o instituto da monitoração eletrônica a partir do viés histórico-cultural do sistema de cada país que se elegeu para estudo, assim como respectivas doutrinas e jurisprudência dos Tribunais, nessa medida foi verificado a função que o mencionado instituto cumpre no âmbito do sistema que se insere, mas também observado-se quanto ao igual cumprimento em outros ordenamentos e quais as (des)vantagens que

---

<sup>1</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 15-80.

poderiam ocorrer de transposições de utilizações da monitoração eletrônica para o âmbito das legislações dos aludidos Estados Nacionais.

Nessa senda, como forma de desenvolver o tema, a pesquisa foi construída com a abordagem inicial no capítulo I, de uma perspectiva geral da monitoração eletrônica de pessoas em conflito com a lei penal, a fim de trazer a luz mesmo que de maneira breve as origens do instituto e seu desenvolvimento no cenário mundial, os sistemas tecnológicos utilizados no uso da ferramenta, as modalidades de realização da Monitoração Eletrônica. Nesse ponto foi anotado quem são as pessoas sujeitas a essa medida consoante as legislações existentes, bem assim no último item foi consignado um dilema pelo qual vem passando a utilização da tecnologia quanto ao seu enquadramento no ordenamento jurídico, se medida de caráter penal ou de segurança pública.

A discussão possui relevo no âmbito constitucional mesmo a partir do entendimento de que, por regra, tal comparação não seria viável, face a compreensão até então de que o conceito de segurança pública estaria alocado dentro da lógica de equilíbrio com os direitos fundamentais e a partir do próprio direito penal, pois a contraposição dos valores de liberdade e segurança se desenvolvia nessa quadra, todavia no atual contexto a significação de segurança pública vem desenvolvendo autonomia a tal ponto de fazer ser concebida legislações de monitoração eletrônica com a proeminência do caráter de segurança e descolado da inserção no sistema de direitos fundamentais e da dogmática do direito penal.

Destarte, após a análise do panorama geral, passou-se ao Capítulo II, no qual se desenvolveu as diversas elaborações do princípio da proporcionalidade e o respectivo diálogo com a criminologia a fim de que esta forneça contributos para a interpretação pelo princípio da proporcionalidade, colaborando assim, para o enfrentamento de problemas relativos aos parâmetros da Monitoração Eletrônica no âmbito da tensão com os direitos fundamentais.

No capítulo III, foi realizado o estudo dos direitos fundamentais da pessoa do monitorado eletronicamente, dando-se ênfase ao confronto das legislações de monitoração eletrônica com o princípio da dignidade da pessoa humana, direito a vida privada e familiar e a (In) Aplicação da Cláusula *Ex Post Facto*.

Nesse contexto, a pesquisa desenvolvida foi implementada a partir de estudos da legislação, jurisprudência e doutrina concernentes a monitoração eletrônica de pessoas em conflito com a lei penal e referente ao princípio da proporcionalidade e aos direitos fundamentais das pessoas monitoradas eletronicamente.

Assim, procurou-se deixar como contribuição conclusões críticas a partir do olhar constitucional em relação: a) as leis de monitoração eletrônica dos Estados Unidos que tratam da monitoração após o cumprimento da pena para a vida toda de pessoas que tenham praticado crimes sexuais; b) a lei portuguesa que regula a monitoração eletrônica, assim como quanto a opção tecnológica adota por Portugal; e c) as leis brasileiras que normatizam o tema. Com isso, foi possível tecer reflexões acerca de direcionamentos e redirecionamentos quanto ao funcionamento da monitoração eletrônica nesses países.

Outro ponto em que se pretendeu contribuir com a doutrina constitucional atual, se deu em relação ao diálogo entre criminologia e o direito constitucional, nomeadamente a partir de aportes criminológicos no âmbito da interpretação desenvolvida pelo princípio da proporcionalidade.

## CAPÍTULO I MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS EM CONFLITO COM A LEI PENAL: uma perspectiva geral.

### 1.1 Breve histórico e desenvolvimento do recepcionamento da tecnologia alusiva da monitoração eletrônica de pessoas pela Justiça Criminal no cenário mundial.

Registram-se tecnologias que utilizavam dispositivos de monitoração eletrônica em diversos campos práticos da vida humana anteriores ao uso e pensamento de aplicação para monitorar pessoas em conflito com a lei penal, sendo exemplo a utilização de sinais de rádio pela *American Army Signal Corps* (1919), com o fim de localizar aeronaves e navios; pesquisas médicas que implantaram pequenos transmissores buscando detectar mudanças físicas (1961), entre outras<sup>2</sup>.

Malgrado esta observação, a utilização da expressão monitoração eletrônica (doravante abreviadamente, ME), no presente texto, terá o condão de expressar - *electronic monitoring* (EM) ou *electronic tagging* (terminologia inglesa) ou *surveillance électronique* (terminologia francesa) ou vigilância eletrônica (nomenclatura utilizada em Portugal) – tecnologia usada no âmbito de políticas públicas ou programas direcionados a pessoas presas processualmente, portanto, anteriores ao julgamento, a pessoas presas por sentença penal condenatória que estão realizando respectivo cumprimento e aquelas para as quais houve aplicação após o cumprimento da pena, como forma de ser substitutiva a prisão, mas mantendo-se controle intensivo sobre a pessoa monitorada, consistente em, a partir de aparato tecnológico, ter-se a distância a respectiva localização e/ou outras informações alusivas ao consumo de álcool, drogas ou funções fisiológicas, sendo estes dados enviados eletronicamente a uma central de monitoração<sup>3</sup>. Desse modo, não será

---

<sup>2</sup> Kenneth Russell, **Electronic Monitoring Equipment**, 4 Y.B. L. Computers & Tech. 139 (1989), p. 139.

<sup>3</sup> Aludindo definições acerca do controle eletrônico aplicado no sistema penal conferir BLANQUÉ, Cristina Gonzalés. **El control electrónico em el sistema penal**. Disponível em: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5092/cgb1de1.pdf?sequence=1>> Acesso em 10.09.2018, p. 4. Em sentido mais genérico conferir também MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe. **Prison Technologies: an appraisal of Technologies of political control**. Net, Luxembourg, July, 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2000/289666/DG-4-JOIN\\_ET\(2000\)289666\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2000/289666/DG-4-JOIN_ET(2000)289666_EN.pdf)>. Acessado em: 28.06.2018, p. 26. Por outro lado, MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe, *ibid*, p. 26, trazem importante distinção entre ME e a ME aplicada no âmbito de prisão domiciliar. Aduzem estes autores que enquanto ME aplicada no âmbito de prisão domiciliar consiste em uma sentença ou uma medida restritiva da liberdade imposta por uma autoridade pública obrigando o indivíduo monitorado a viver em uma dada localização, a ME é apenas o método técnico usado para

objeto da presente pesquisa monitoração de e-mails ou outros tipos de monitoração eletrônica.

Destarte, a possibilidade de monitoração eletrônica de pessoas com a finalidade de funcionar como um mecanismo penal tem suas origens remotas nos Estados Unidos, em 1964, a partir das experiências de Ralph Schwitzgebel e William S. Hurd, os quais projetaram e patentearam um protótipo eletrônico relativo a um sistema de monitoramento em Cambridge, Massachusetts (Harvard Law Review, 1966; Schwitzgebel, Schwitzgebel, Pahnke e Hurd, 1964)<sup>4</sup>.

O experimento consistiu em os adolescentes em conflito com lei serem monitorados dentro de áreas geográficas prescritas onde havia o receptor (determinadas estações foram localizadas).

Assim, quando o indivíduo com o transmissor ativado estava na referida área, o aparelho que lhe estava acoplado enviava sinais a estação receptora, que indicava sua localização em um mapa iluminado na estação base.

Alguns anos depois, Ralph Schwitzgebel e seu irmão gêmeo Robert Schwitzgebel, um professor na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA) e depois em *Claremont Graduate University*, licenciaram um experimento, uma estação de rádio que apoiou uma modificação do sistema protótipo capaz de enviar sinais tácteis e com permissão de duas vias de comunicação codificada (Schwitzgebel, 1969; Schwitzgebel & Bird, 1970)<sup>5</sup>.

---

garantir que a sentença ou medida seja respeitada. Sob a compreensão também de haver essa distinção, BLANQUÉ, Cristina Gonzalés, op. cit., p. 5, assinala que a aplicação da monitoração eletrônica se dá como instrumento de controle acessório a outra medida penal, principal e maioritariamente de prisão domiciliar. Não obstante, o entendimento de Cristina Gonzalés Blanqué parecer ser o predominante, ou seja, de a monitoração sempre ser uma medida acessória, que decorre de uma medida penal principal. Tem-se no momento nos Estados Unidos importante debate constitucional no âmbito das cortes estaduais e federais, o qual ainda não foi pacificado pela Suprema Corte daquele país, relativo a se as leis estaduais que criaram programas de ME consistente em aplicar a infratores sexuais ME após o cumprimento da pena e para a vida toda são leis de caráter penal, portanto, não retroagem para alcançar fatos ocorridos no passado ou constituem leis que estabelecem programas civis, desse modo, podendo ser aplicadas a partir da sua vigência para todos os casos que constituem seu objeto independentemente se os fatos aconteceram no passado. O estudo dessas leis estadunidenses a luz da perspectiva do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais da pessoa do monitorado será realizado no capítulo II e III respectivamente, mas para logo demonstra ser controverso considerar a ME medida acessória a outra medida penal principal.

<sup>4</sup> GABLE, Ralph Kirkland; GABLE, Robert S. **Electronic Monitoring: Positive Intervention Strategies**, 69 Fed. Probation 21 (2005), p. 21.

<sup>5</sup> Ibid, p.21.

Não obstante, sistemas de transmissor/receptor de radiofrequência eram relativamente caros e eletronicamente primitivo para os padrões contemporâneos. Desse modo, a respectiva execução se mostrou de difícil realização.

Porém, a idealização de aplicação da monitoração eletrônica a partir da utilização da internet ou via satélite no âmbito jurisdicional teve início em 1977, por meio do Juiz estadunidense de Albuquerque, Estado do Novo México, de nome Jack Love<sup>6</sup>.

Este magistrado teve como inspiração o interesse em técnicas de localização eletrônica de animais, além de situação inusitada que decorreu de ficar intrigado ao ler revista em quadrinho do homem aranha na qual o vilão utilizou um bracelete colocado no punho do super-herói para saber onde o homem-aranha estava.

De igual forma, se motivou a pensar na possibilidade de utilização da monitoração eletrônica no âmbito da justiça criminal face o estabelecimento prisional de sua jurisdição está superlotado<sup>7</sup>.

Nos 4 (quatro) anos que se seguiram, o Juiz Jack Love trabalhou o convencimento da administração judiciária de Albuquerque – para o fim de utilizar aparelho receptor com o objetivo de controlar pessoas em conflito com a lei penal – assim como, a fabricantes de computadores para elaborarem equipamentos capazes de viabilizar a vigilância eletrônica de pessoas que tenham praticado delito e estivessem cumprindo medida ou sanção penal, tendo obtido sucesso nesses dois níveis de articulação.

Personagem importante também nesse momento histórico de surgimento da monitoração eletrônica foi o executivo de empresa de computadores Michael Gross, o qual acreditando na potencialidade da proposta do magistrado Jack Love fundou a *National Incarceration Monitor and Control Services* (NIMCOS) primeira empresa de monitoração eletrônica de seres humanos, a qual desenvolveu o bracelete eletrônico para monitorar pessoas que cumpriam *probation*<sup>89</sup>.

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: A Prisão Virtual**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27-28, cf. também NELLIS, Mike «Imaginar a Vigilância Electrónica como uma prática penal progressiva», *In: CAIADO, Nuno Franco, CORREIA, Luís M., LEITE, André Lamas, LOPES, Teresa, NELLIS, Mike. Vigilância Electrónica*. col. Direito e Avesso, Lousã: Labirinto de Letras, 2017, p. 31.

<sup>7</sup> U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Criminal Justice, New Technologies, and the Constitution, OTA-CIT-366 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, May 1988, p. 34.

<sup>8</sup> Trata-se a *probation* de palavra de origem inglesa que sintetiza uma forma de liberdade condicional alternativa ao encarceramento, pode ser concedida em substituição a prisão preventiva, assim se expressa no cumprimento de uma medida penal implementada na comunidade, a partir do acompanhamento de agentes dos serviços de reabilitação e inclusão social em que a pessoa em conflito com a lei penal se

Por oportuno, vale ressaltar, que de modo bastante incomum, no ano de 1983, o supramencionado Juiz estadunidense testou em si mesmo por três semanas o bracelete, para então, após a mencionada experiência determinar a colocação do respectivo equipamento em quatro pessoas que haviam praticado delitos e cumpriam *probation*.

Ainda no ano de 1983, por volta de 20 jurisdições em 13 Estados estadunidenses passaram a utilizar o dispositivo de monitoração eletrônica no âmbito da *probation* e da *parole*<sup>10 11</sup>, em programas de saída para o trabalho ou prisão domiciliar.

---

obrigada por um dado período a efetivar determinados requisitos estipulados normativamente e determinados pelo Juiz. (Para aprofundamento acerca do instituto da *probation* nos Estados Unidos cf. Probation, 41 Ann. Rev. Crim. Proc. 797 (2012)). No continente Europeu o Conselho da Europa no âmbito das suas competências editou resolução - *Resolution (65) 1 on suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment*, e recomendação - *Recommendation CM/Rec(2010)1 on the Council of Europe Probation Rules*, a fim de que os Estados Membros incorporem em seus regimentos o constante na resolução e recomendação, valendo destacar que tal qual nos Estados Unidos o instituto visa evitar o aprisionamento antes do julgamento definitivo, mas também estabelecer de modo geral o cumprimento de sanções e medidas em comunidade imposta por uma autoridade judicial ou administrativa, e qualquer medida tomada antes ou em vez de uma decisão sobre uma sanção, bem como formas de fazer cumprir uma sentença de prisão fora de um estabelecimento prisional. No Brasil há a previsão de medidas cautelares diversas da prisão, porém são realizadas sem o suporte de equipes de assistência social.

<sup>9</sup> Segundo Nuno Caiado a *probation* basicamente se desenvolve a partir de duas diretrizes que se realizam em simultâneo: a) ajuda e b) controle. (cf. CAIADO, Nuno Franco, «A Vigilância Electrónica em Portugal – contributos para a História do primeiro ciclo da Vigilância Electrónica (2002-2005)», In: CAIADO, Nuno Franco, CORREIA, Luís M., LEITE, André Lamas, LOPES, Teresa, NELLIS, Mike. **Vigilância Electrónica**. col. Direito e Avesso, Lousã: Labirinto de Letras, 2017, p. 97).

<sup>10</sup> Trata-se a *parole* de palavra de origem inglesa que consiste em uma modalidade de liberdade condicional, a qual antecipa a soltura do custodiado mediante a observação de alguns requisitos por este, seu início se dá durante o cumprimento da pena como uma antecipação da liberdade e pode sê-lo pelo período restante da sanção penal fixado na sentença condenatória, sendo a respectiva supervisão realizada por um Conselho, o qual mediante o devido processo legal pode revogar a medida (Para aprofundamento acerca do instituto da *parole* nos Estados Unidos cf. Parole, 41 Ann. Rev. Crim. Proc. 866 (2012)). No continente Europeu o Conselho da Europa no âmbito das suas competências editou recomendação - *recommendation Rec(2003)22 on conditional release (parole)*, a fim de que os Estados Membros incorporem em seus regimentos o que fora recomendado, valendo destacar que tal qual nos Estados Unidos o instituto visa antecipar a liberdade antes do cumprimento completo da pena constante na sentença, outrossim, aludida recomendação no seu apêndice definiu a *parole* como a libertação antecipada de prisioneiros condenados sob condições pós-liberação individualizadas, aduz ainda que anistias e perdões não estão incluídos nesta definição, de igual forma consigna que libertação condicional é uma medida comunitária e sua introdução na legislação e aplicação a casos individuais estão cobertos pelas normas europeias sobre sanções e medidas na comunidade contidas na recomendação n. R (92) 16, bem como pela recomendação Rec (2000) 22 sobre a melhoria da aplicação das regras europeias em matéria de sanções e medidas da comunidade. No Brasil há a previsão de Liberdade Condicional (Livramento Condicional) durante o cumprimento da pena, como forma de antecipação da liberdade mediante o cumprimento de requisitos, porém são realizadas sem o suporte de equipes de assistência social.

<sup>11</sup> Por oportuno, é interessante ainda distinguir uma terceira modalidade de liberdade condicional nos Estados Unidos, estabelecida por meio da *Sentencing Reform Act of 1984*, concernente a Liberação Supervisionada, a qual acontecerá por ocasião de delitos graves em que o Tribunal pode determinar a inclusão de uma exigência relativa a que o réu seja colocado em um período de liberdade supervisionada após a prisão, nestas circunstâncias o Tribunal deve expedir um mandado de libertação supervisionada. (cf. Probation, 41 Ann. Rev. Crim. Proc. 797 (2012), p. 817). Segundo Avlana K. Eisenberg esta modalidade, realizada com

O número de programas de monitoração eletrônica nos Estados Unidos irrompeu vertiginosamente, tornando difícil a contagem. Em dezembro de 1986, o *National Institute of Justice* (NIJ) informou que 45 programas operavam em 20 Estados<sup>12</sup>.

Analisando pela perspectiva filosófica Rodríguez-Margariños compreende não ter sido casual o surgimento da monitoração eletrônica nos Estados Unidos, senão muito ao contrário, foram os postulados empíricos utilitaristas<sup>13</sup> que a patrocinaram. A sociedade e seus dirigentes demandaram mecanismos mais rápidos, precisos e econômicos, sendo a monitoração eletrônica uma consequência deste contexto<sup>14</sup>.

Assinala, em outra via, Mike Nellis que os precursores na ficção científica (cita autores e obras, entre eles: Robert Sheckley – *Watchbird* (1953); Larry Niven – *Cloak of Anarchy* (1972); Robert Magroff’s – *The Ring* (1968) funcionaram também como motor propulsor para o desenvolvimento da monitoração eletrônica, na medida em que

---

a adição de utilização da monitoração eletrônica e para a vida toda, a qual será melhor estudada mais adiante, está presente em 12 Estados dos Estados Unidos, os quais editaram leis normatizando programas de monitoração eletrônica para as finalidades mencionadas. Destacam-se como Estados que adotam a regulação em comento Califórnia, Florida, Geórgia, Kansas, Louisiana, Maryland, Michigan, Missouri, North Carolina, Oregon, Rhode Island, e Wisconsin. **CAL. PENAL CODE** § 3004(b) (West 2016); **FLA. STAT.** § 948.012(4) (2016); **GA. CODE ANN.** § 42-1-14(e) (2016); **KAN. STAT. ANN.** § 22-3717(u) (2016); **LA. REV. STAT. ANN.** § 15:560.3(A)(3) (2016); **MD. CODE ANN., CRIM. PROC.** § 11-723(d)(3)(i) (LexisNexis 2016); **MICH. COMP. LAWS** § 750.520n (2016); **MO. REV. STAT.** § 217.735(4) (2016); **N.C. GEN. STAT.** § 14-208.40 (2016); **OR. REV. STAT.** §§ 137.700, 144.103 (2016); **11 R.I. GEN. LAWS** § 11-37-8.2.1 (2016); **WIs. STAT.** § 301.48 (2016), cf. Avlana K. Eisenberg, **Mass Monitoring**, 90 S. Cal. L. Rev. 123 (2017), p. 125-126). Na Europa, a *Recommendation CM/Rec (2014) 4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring* admite a possibilidade de aplicação da monitoração eletrônica para supervisão de determinados condenados em certos tipos de delitos após o cumprimento de sentença, todavia, explicita a necessidade de definição de duração da medida, tendo em conta a consideração de se ter em vista o impacto global que tal aplicação possui na pessoa do ex-recluso, familiares e terceiros, deste modo, apresenta diferença sensível em relação as leis estadunidenses, como mais a frente se detalhará. No Brasil não há nenhuma previsão legal nesse sentido.

<sup>12</sup> U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Criminal Justice, New Technologies, and the Constitution, OTA-CIT-366 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, May 1988, p. 34, nota de rodapé 15).

<sup>13</sup> Segundo Michael Sandel, o fundador da doutrina do utilitarismo Jeremy Bentham, assimilava como ideia principal consistir o princípio máximo da moralidade na maximização da felicidade, o equilíbrio geral entre prazer e dor. Menciona que para Bentham, “a coisa certa a fazer é aquela que maximize a utilidade. Por «utilidade» refere-se àquilo que produz prazer ou felicidade, e àquilo que evita a dor ou o sofrimento” (Justiça – Fazemos o que Devemos? p. 43). Mais adiante, ainda declina que Bentham “propôs uma série de projetos destinados a tornar a política penal mais eficiente e humana” (Justiça – Fazemos o que Devemos? p. 44). Como se vê, inclusive, pelo cenário acima traçado possui total pertinência a análise subscrita por Rodríguez-Margariños.

<sup>14</sup> RODRÍGUES-MARGARIÑOS, Faustino Gudín. **Cárcel electrónica para la creación del sistema penitenciário del siglo XXI**. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/58906562.pdf> > página 3, do arquivo em PDF, Acessado em 05/06/2018.

alimentaram “uma ansiedade liberal”, não tanto pelas tecnologias existentes à época, mas pela transformação que poderia se suceder em um futuro próximo<sup>15</sup>.

Nessa perspectiva, inclusive, Mike Nellis salienta e traz a lembrança das origens da monitoração eletrônica ter sido inspirada parcialmente na história de quadrinhos do homem aranha, que Jack Love deu entre outros papéis, a Michael Gross, lhe concitando a elaborar um protótipo de equipamento de monitoração<sup>16</sup>.

Nesse sentido, Hector López Bofill declina acerca da capacidade que tem o literato de se antecipar a seu tempo “Primeiro, pronuncia-se a arte e depois se move a roda do corpo social”<sup>17</sup>.

Destarte, fixado os fatos históricos, sociológicos, filosóficos, literários que marcaram as origens da inserção da monitoração eletrônica no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos mister destacar, como é cediço, que referido instituto se irradiou para outros países do mundo.

Na Europa, Estados de matriz da *common law* e da *civil law* absorveram a monitoração eletrônica nos respectivos ordenamentos jurídicos<sup>18</sup>.

No continente Europeu os primeiros países a implantar programas de monitoração foram Inglaterra e País de Gales, Suécia e Holanda, sendo os respectivos adventos no início e em meados da década de 1990.

Inglaterra e País de Gales entre 1989 e 1990, foram os primeiros a implantarem programas experimentais, os quais se consolidaram e, em 1999 a monitoração eletrônica tornou-se uma sentença autônoma, disponível ao nível nacional, como uma forma de libertação antecipada da prisão, modalidade de aplicação que em geral não integravam o trabalho social<sup>19</sup>.

Por outro lado, em 1996, Suécia e Holanda já tinham estabelecido nos seus ordenamentos jurídicos nacionais a monitoração eletrônica engendrada nos seus serviços de *probation* e de trabalho social, portanto, de forma diversa do modelo inglês.

---

<sup>15</sup> NELLIS, Mike, op. cit., 2017, p. 29-30 e 33.

<sup>16</sup> Ibid, p. 33.

<sup>17</sup> HÄBERLE, Peter; BOFILL, Hèctor López. **Um diálogo entre poesia e direito constitucional**. tradução de Grácia Batista de Oliveira Mendes. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 25.

<sup>18</sup> LEITE, André Lamas. «Algumas observações e propostas sobre a Vigilância Eletrónica em Portugal». In: CAIADO, Nuno Franco, CORREIA, Luís M., LEITE, André Lamas, LOPES, Teresa, NELLIS, Mike. **Vigilância Eletrónica**. col. Direito e Avesso, Lousã: Labirinto de Letras, 2017, p. 54.

<sup>19</sup> NELLIS, Mike, op. cit., p. 35-36.

Pelo modelo Sueco a monitoração eletrônica se dá acompanhado de supervisão intensiva das pessoas em conflito com a lei penal, na qual o agente encarregado a qualquer hora do dia ou da noite, procura entrar em contato com o condenado, visando efetuar verificações necessárias sobre ocorrências anormais e nos casos de violação da obrigação de permanência na residência fixa, pode a comissão responsável optar pela decisão de determinar a prisão. Outro dado relevante é que os sentenciados devem participar de programas comportamentalistas e possuem a necessidade de terem ou procurarem emprego ou estudo, enquanto submetidos a prisão domiciliar.

A utilização da ME se dá para o cumprimento de penas inferiores ou iguais a 3 meses, sendo aplicada geralmente para condenados por uso de drogas e por dirigir após consumo de álcool.

São requisitos para aplicação da monitoração: busca ou exercício de atividade profissional ou de estudo; depósito de quantia fixada em lei, a fim de participar das despesas concernentes ao uso do equipamento, domicílio fixo e uma linha telefônica.

Outra informação relevante, diz do fato de que as pessoas que cumprem prisão domiciliar com monitoração eletrônica na Suécia, tem somente 46 horas livres por semana<sup>20</sup>.

Na Holanda, o direcionamento da política se dá como complemento de um trabalho em favor da comunidade e como uma nova modalidade de acompanhamento do regime aberto.

São requisitos para aplicação da monitoração: ter o condenado cumprido metade de sua pena, ter domicílio fixo, exercer atividade profissional ou estudo em nível de graduação ou de formação, além da necessidade de obtenção de aceite do condenado e sua família<sup>21</sup>.

Nesse contexto, Inglaterra e País de Gales por um lado e Suécia e Holanda por outro passaram a ser países referência em relação a outros Estados Europeus que consideravam utilizar aludida política pública<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Edmundo Oliveira, op. cit., p. 44-45; NELLIS, Mike, op. cit. p. 36 e OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. **A monitoração eletrônica como medida cautelar no processo penal.** Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, 165 f.

<sup>21</sup> Edmundo Oliveira, op. cit., p. 45.

<sup>22</sup> NELLIS, Mike, op. cit. p. 36-37

Por outro lado, a Alemanha foi dentre os países da Europa Ocidental com serviços de *probation* bem consolidados aquele que mais tardiamente, em 2012, implementou em nível nacional política de monitoração eletrônica<sup>23</sup>, valendo ressaltar também ter sido na sequência de acórdãos<sup>24</sup> do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) alusivo a condenações daquele país por determinar prisões preventivas por tempo indeterminado após o cumprimento de pena aqueles sentenciados que praticaram delitos graves e foram tidos com elevada probabilidade de, em sendo liberados, cometerem crimes graves novamente.

Na Europa, sendo esta definida no seu sentido mais amplo, até o ano de 2011, a monitoração eletrônica tinha sido utilizada ou ao menos constava no ordenamento jurídico nacional dos seguintes países: Andorra, Áustria, Bélgica, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Islândia, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Espanha, Catalunha, Suécia, Suíça, Inglaterra e País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia (27 países).

Por outro lado, a monitoração eletrônica não era utilizada na Armênia, Azerbaijão, Bósnia-Herzegovina, Grécia, Irlanda (embora tenha havido um programa experimental), Letônia, Lituânia, Malta, Moldávia, Mônaco, San Marino, Eslovênia e Turquia<sup>25</sup> (13 países).

Os países Liechtenstein, Sérvia e Macedônia não responderam ao questionário do Conselho da Europa, instituição responsável pela lista ora mencionada<sup>26</sup>.

No continente Asiático, também, se tem implementado políticas de monitoração eletrônica. Singapura foi um dos pioneiros a adotar a ME por rádio-frequência no início da década de 1990 do século XX com o viés de reinserção social das pessoas em conflito com a lei penal<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Segundo Mike Nellis, os Estados Federais (*land*) na Alemanha tinham o poder de implementar programas de monitoração eletrônica, mas apenas o Estado de Hesse o fez efetivamente a partir de 2000 (NELLIS, Mike, op. cit. p. 37).

<sup>24</sup> M. v. Germany (application no. 19359/04); K v. Germany (application no. 61827/09) e G v. Germany (application no. 65210/09).

<sup>25</sup> A Turquia a partir de 2013, iniciou um projeto-piloto, no âmbito da pré-adesão à União Europeia. Outrossim, a Albânia, desde 2015, passou a desenvolver um programa experimental.

<sup>26</sup> NELLIS, Mike, op. cit. p. 24-25, *apud* AEBI, M. F. e Marguet Y., 2012. “SPACE: Council of Europe Annual Penal Statistics: persons serving non custodial sanctions”. Strasbourg: Council of Europe.

<sup>27</sup> NELLIS, Mike, op. cit. p. 27, *apud* WHITFIELD, D. 2001. “The Magic Bracelet: technology and offender supervision”. Winchester Waterside Press. Inglaterra.

Já a Coréia do Sul adotou diretamente a tecnologia do GPS para a monitoração de pessoas envolvidas em delitos sexuais<sup>28</sup>.

Noutro norte, o Japão, país altamente desenvolvido tecnologicamente, até o momento não implantou programa de ME, embora em alguma medida já tenha cogitado em um período em que teve elevada a sua população carcerária.

O Ministério da Justiça Japonês procurou reformar alguns pontos da legislação penal do país, tendo considerado a possibilidade de introdução da medida no sistema jurídico japonês, tendo aquele Ministério realizado pesquisa do funcionamento de programas de ME em sete países – França, Alemanha, Suécia, Inglaterra e País de Gales, Canadá, Estados Unidos e Coreia do Sul – e, em 2011 publicou um relatório com o título “Um estudo do sistema de identificação da localização de infratores em alguns países estrangeiros”, no qual se recomendava a não implantação, mas vale destacar que a data em que se publicou o estudo o Japão já havia conseguido reduzir sua população carcerária por via de outras estratégias.

Na América do Sul, são exemplos de países que implantaram a política de monitoração o Brasil e a Argentina<sup>29</sup>.

A política brasileira de monitoração eletrônica de pessoas por meio de uma lei nacional se iniciou em 2010, adotando como tecnologia o GPS. Relatório denominado “Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica”, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Segurança Pública (DEPEN/MSP), no ano de 2018, registrou que 51.515 pessoas estavam sendo monitoradas simultaneamente e haviam centrais de monitoração eletrônica implantadas em 25 Unidades da Federação (o Brasil é uma federação composta por 26 estados, um Distrito Federal, este contém a capital do país: Brasília e municípios), sendo que 73,96% dos serviços de monitoração são direcionados para o âmbito da execução penal: regime aberto em prisão domiciliar (6,06%); regime semiaberto em prisão domiciliar (21,99%); regime semiaberto em trabalho externo (16,05%); saída temporária (27,92%); regime fechado em prisão domiciliar (1,94%);

---

<sup>28</sup> NELLIS, Mike, op. cit. p. 27, *apud* CHO, Y., BAE, Kim B. 2013. “**From Voice Verification to GPS tracking:** the development of monitoring electronic in South Korea”, *In:* NELLIS, M, BEYENS, K. e KAMINSKI, D. (eds) “**Electronically Monitored Punishment:** international and critical perspectives”. London, Routledge Inglaterra.

<sup>29</sup> Foi implantado programa de ME em Bogotá, Colômbia, em 2009, enquanto o Congresso peruano aprovou o uso de ME em 2010. A partir de 2012, Chile e Uruguai também adotaram a aludida política.

livramento condicional (0,09%)) e 17,19% para medidas cautelares diversas da prisão, assim como 2,83% para medidas protetivas de urgência (pág. 60-61).

No Estado brasileiro, a aplicação é a mais ampla possível: a) para qualquer fase do processo; b) para qualquer crime.

Já a política de monitoração eletrônica de pessoas da Argentina, apenas se circunscreve a Província de Buenos Aires, tendo início em 1997, podendo ser aplicada para qualquer delito, os monitorados permanecem em suas casas, com monitoração por GPS, podendo receber autorização para trabalho ou estudo.

O programa argentino tem capacidade para monitorar simultaneamente 300 pessoas, sendo que quando não há tornozeleiras suficientes os detidos passam a integrar uma lista de espera<sup>30</sup>.

Viabilizado e apresentado o panorama mundial de introdução da ME nos sistemas jurídicos nacionais de diversos países espalhados pelos mais variados continentes, importa agora serem lançadas as premissas favoráveis e desfavoráveis que fundamentam a argumentação entorno da implantação de programas de ME.

Vislumram-se como variáveis comuns na abordagem relativa as virtudes da ME, as seguintes: a) ser um mecanismo que tem o condão de reduzir a superlotação carcerária<sup>31</sup>;

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, José Roberto Rochel de, op. cit. p. 176-177.

<sup>31</sup> Nesse sentido, NELLIS, Mike, op. cit., p. 26. Já em sentido contrário, OLIVEIRA, Edmundo, op. cit. p. 114-115, enuncia a preocupação de estudiosos franceses no sentido de que os magistrados franceses poderiam se inclinar a pronunciar penas mais duras para que estas não fossem cumpridas em liberdade controlada por ME – o art. 723-7, do Código Processo Penal Francês (CPPF) (Esta disposição foi modificada pela Lei n.º 2019-222, de 23 de março de 2019 - art. 85), prevê a possibilidade de aplicação para condenações de até dois anos e como condição a liberdade condicional da pessoa, nesta situação à execução da medida de monitoração eletrônica se dará por período não superior a um ano. Outrossim, a colocação da supervisão eletrônica pode ser realizada um ano antes do final do período de estágio prescrito na seção 729 ou um ano antes da data em que a liberdade condicional pode ser concedida nos termos da seção 729-3. Por outro lado, o art. 138 do CPPF, estipula possibilidade também de aplicação da ME antes do julgamento, porém o que nos interessa para o presente debate é a primeira hipótese – assim o que se veria seria o aumento da capacidade de recepção do sistema penitenciário. Entende-se, que o pensamento vislumbrado traz uma reflexão que é real, bem similar a que outrora já se manifestou, por exemplo, no Brasil quando da introdução de penas alternativas naquele sistema jurídico (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Penas Alternativas**: análise político criminal das alterações da Lei n. 9.714/98, 4ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91-92). Malgrado, haver possibilidade fática de se confirmar a hipótese levantada, tal não deve inibir a criação de alternativas desencarceradoras como a ME, pois, aqui deve prevalecer a compreensão como se faz para a preservação do próprio corpo, ou seja, se uma parte do corpo como o dedo está ferida, deve-se cuidar para que fique boa e não amputá-la para “resolver” a situação. Dito de outro modo, o que deve ser feito é a conscientização dos magistrados pela perspectiva de que o cárcere superlotado é um problema transversal a inviabilizar a realização de qualquer política pública (de saúde, educacional, assistencial, entre outras), além de fazer deteriorar a própria estrutura física do estabelecimento prisional (EP), por conseguinte, tornando imanente a violação de direitos fundamentais do

b) fazer decrescer o número de reincidência<sup>32</sup>; c) fazer diminuir os gastos com o sistema penitenciário<sup>33</sup>; d) intensificar as formas existentes de supervisão de medida ou sanção na

---

custodiado em todas as ordens, desse modo, comprometendo diretamente na elevação da criminalidade na medida em que aquele EP com a lotação excedida não terá possibilidade nenhuma de construir estratégias de redução de danos, para irromper o ciclo que se retroalimenta da reincidência e em países como o Brasil potencializa a própria criminalidade, pois fomenta e estabiliza facções criminosas (CPI sistema carcerário – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009 (Série ação parlamentar; 384), p. 60-61) e SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas: Um Estudo Criminológico à Luz da Psicologia das Massas**, São Paulo: IBCCRIM, 2011). Destarte, aqueles magistrados que não aplicam o devido (LEITE, André Lamas, op. cit. p. 55) no caso a ME, mas ao contrário elevam penas para impor o aprisionamento, ao invés de estarem desempenhando seu mister, que diz da aplicação com balanceamento dos postulados da Segurança Pública a partir da legislação penal incriminadora e dos Direitos Fundamentais do acusado, a fim de produzir justiça, acabam de maneira inconstitucional por produzir aquilo que certamente não buscavam, ou seja, produzir mais criminalidade.

<sup>32</sup> Acerca desse atributo da ME, vale destacar análise envolvendo o tema específico a partir da realidade do Estado Argentino, formulada por Ernesto Schargrotsky e Rafael Di Tella, sob o título "Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring" na qual concluíram que a proporção de indivíduos libertados da prisão que voltam por outro crime é 22,37% (255 / 1.140). Todavia, é de 13,21% para o grupo de 386 acusados libertados após período sob ME, ou seja uma diferença de 9 pontos percentuais. Assinalam, os pesquisadores que no período em que calcularam a probabilidade de reincidência esta variou entre os indivíduos, dependendo de quão cedo eles foram libertados da supervisão penal, mas apontam que as amostras de ME e prisão são equiparadas. A data final é comum a todos os indivíduos, uma vez que coletaram os dados em outubro de 2007. Anotam também, que em média, o período pós-liberação verificado na amostra é de 2,85 anos. Outrossim, constatam que a taxa de reincidência anual média para a amostra de prisão (a proporção de libertados da prisão que estão de volta dentro de um ano) é  $7,8 = 22,37 / 2,85$ , enquanto que para a amostra de ME é de  $4,6 = 13,21 / 2,85$ . Outra informação que merece relevo é a que destaca, conforme descrevem os autores, que os dados brutos são consistentes com a teoria de que o ME leva a menos reincidência, talvez porque seja menos brutal que a prisão, assim, quando dividem a amostra de 386 ao meio, usando a proporção de tempo sob supervisão gasto em ME, descobrem que aqueles que gastaram uma proporção relativamente grande em ME tiveram uma taxa de reincidência de 9,8% (19/193), enquanto que aqueles que passaram relativamente pouco tempo em ME e mais na prisão tiveram uma taxa de reincidência de 16,6% (32/193). Para referência, em relação a reincidência, a taxa da amostra da prisão é de 22,4%. A análise é enormemente abrangente e detalhada, porém estes dados ora consignados foram os que se entendeu mais relevantes para presente pesquisa (DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. "Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring." *Journal of Political Economy* 121, no. 1 (February, 2013), p. 54 e 61, disponível também em: <[https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28548029/ditella%2Cschargrotsky\\_JPE-electronic-monitoring.pdf?sequence=1](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28548029/ditella%2Cschargrotsky_JPE-electronic-monitoring.pdf?sequence=1)>. Acessado em 10.06.2018).

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 69, ao final do artigo os autores concluem que a implantação da monitoração eletrônica gera ganhos financeiros significativos, anotando que as principais estimativas deles sugerem que o tratamento de acusados com monitoração eletrônica ao invés de prisão induz uma grande e significativa redução na reincidência entre 11 e 16 pontos percentuais (que, conservadoramente, é uma redução de aproximadamente 48% da taxa de reincidência após a detenção na prisão). Assim, pontuam que depois de incluir um estimativa conservadora dos ganhos fiscais, os ganhos em menor reincidência futura, e mesmo perdas decorrente do fato de que uma fração dos acusados poderem incidir em fuga da monitoração eletrônica, chegam a um valor de colocar um indivíduo em monitoração eletrônica ao invés da prisão de US \$ 18.460 (ou 2.4 vezes a média do PIB per capita). Não obstante, o que se vê como virtude da monitoração eletrônica, LEITE, André Lamas, op. cit. p. 61, anota – embora sua opinião seja diversa – que há questionamentos críticos a consideração de cunho econômico em decisões que devam ser de caráter jurídico, ante haver correntes avessas como a que ora se aponta a “análises econômicas do Direito”. Sustentando sua posição André Lamas esgrima relevante consideração no sentido de que apesar de deverem ser consideradas tais impostações principalmente em tempos atuais, a racionalidade econômica não pode ser a única, nem a principal argumentação a ser considerada em matéria de política criminal,

comunidade<sup>34</sup>; e) criar formas de supervisão especialmente para infratores de alto risco<sup>35</sup>;  
f) evitar a dessocialização da pessoa em conflito com a lei penal<sup>36</sup>; g) evitar o ingresso no

---

porém, trata-se de fundamentação a ser observada. A Teoria Econômica do Direito, possui como marcos temporais de surgimento o primeiro ano de publicação do “Journal of law and economics” (1958), a publicação do artigo de Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach” (1968) e o livro de Richard A. Posner “Economic Analysis of Law” (1973), essa teoria nos dias de hoje, possui ampla recepção no meio acadêmico e nos Tribunais Estadunidenses nomeadamente os Federais, o seu espectro de alcance se espalha pelas diversas nuances da vida, abrangendo até mesmo campos jurídicos não mercadológicos ou quase não mercadológicos. Segundo Richard A. Posner um de seus principais expoentes, após traçar as premissas esposadas por Jeremy Bentham em “Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, acerca da teoria do crime e da pena e que Gary Becker a retomou trazendo diversos acréscimo, assinala algo que possui conexão com a ME, e que produz argumento favorável a ME a partir da Teoria Econômica do Direito que é sua menção relativa a “As multas constituem um método mais eficaz de punição que o encarceramento, pois conferem um benefício ao mesmo tempo que impõem uma perda” Mais adiante, ainda declina “Porém, ainda que o núcleo da teoria esteja claramente exposto no livro de Bentham, Becker e seus sucessores acrescentaram muitas coisas. Um elemento de particular importância para o posterior desenvolvimento do campo foi a engenhosa sugestão de Becker de que, do ponto de vista social, por serem as multas menos dispendiosa que o encarceramento (entre outras coisas, elas não reduzem a capacidade do réu de produzir riqueza) a punição ideal será a cominação de uma multa muito alta com uma probabilidade muito baixa de descobrir efetivamente o crime e, portanto, de impor a multa, uma vez que a geração de uma alta probabilidade exigiria a contratação de mais pessoal para polícia e a promotoria pública – e seria, portanto, mais dispendiosa.” (Posner, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette Câmara; revisão de tradução e texto final Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 34). Vê-se, portanto, a partir do texto ora aludido, um encaixamento das respectivas premissas com as políticas e programas de ME, na medida em que seus custos em relação a prisão são bem menores, assim como o acusado ou o sentenciado continuará na comunidade produzindo riqueza e também a ME tem o condão de ser uma medida intermediária entre a prisão e a liberdade plena o que faz possuir caráter punitivo devido ao intenso controle que impõe. Oliveira, Edmundo, op. cit., p. 116-118, também menciona que a preocupação em reduzir os custos com o encarceramento tem sido um elemento relevante para o desenvolvimento da ME, inclusive, assinala que a partir dessa ideia há países como Estados Unidos, Bélgica e Suécia que cobram a totalidade dos gastos com a ME e outros como a França que cobram apenas parte. Mas, essa participação dos monitorados no custeio dos serviços tem provocado preocupação para que não se enseje uma visão puramente econômica que pode provocar uma forma de seleção social entre as pessoas em conflito com a lei penal. Por fim, vale ressaltar, que Portugal veda a cobrança, consoante previsão do art. 3º, item 2, da Lei n. 33, de 02 de setembro de 2010.

<sup>34</sup> Nesse sentido, NELLIS, Mike, op. cit, 26.

<sup>35</sup> Cf., NELLIS, Mike, op. cit, 26. Em sentido contrário, DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto, op. cit., p. 63-64, analisam como razoável excluir acusados de crimes graves, porque entendem haver evidências das repercussões políticas negativas quando monitorados com este perfil escapam e reincidem. Ilustram o argumento com fato vivenciado no âmbito do sistema de Buenos Aires, narrando que em agosto de 2008, o programa de ME foi criticado - e depois suspenso – após um monitorado de nome Fernandez escapar a ME e matar uma família de quatro pessoas (crianças com 8 e 10 anos de idade) em um episódio conhecido como o “massacre de Campana”. Fernandez ingressou no programa de ME acusado de posse ilegal de uma arma, mas teve uma entrada anterior no sistema penal: em 1987 ele tinha sido condenado a 25 anos de prisão por roubo e estupro, seguido de triplo assassinato, mas havia sido liberado após cumprir 15 anos. Aduzem também que Repercussões semelhantes ocorreram no Reino Unido em 2003 (Ibid., *apud* NELLIS, Mike. 2006. “**The Limitations of Electronic Monitoring: Reflections on the Tagging of Peter Williams.**” *Prison Service J.* 164 (March): 3–12.) e na Colômbia em 2010, quando pessoas em conflito com a lei penal sob ME praticaram delitos enquanto estavam cumprindo medida de ME. Entende-se, não ser pertinente a exclusão em abstrato de determinado acusado ou condenado do programa de ME, em razão da gravidade do delito praticado, haja vista a compreensão de que tal regra violaria o princípio da igualdade na medida em que referida análise deve ficar a cargo do magistrado conforme o caso concreto

sistema prisional<sup>37</sup>; e h) permitir a possibilidade de realizar atividades laborais e educacionais no ambiente da comunidade<sup>38</sup>.

Por outro lado, com frequência, igualmente aparecem no discurso dos posicionamentos contrários a ME, os seguintes argumentos: a) pode ser a ME espalhada para além dos domínios penais<sup>39</sup>; b) ter intrínseco em si o efeito *net-widening*<sup>40</sup>; c) possibilidade de a utilização da ME ensejar desinvestimento na *probation*<sup>41</sup>; d) basear a opção de adoção da ME em uma “análise econômica do Direito”<sup>42</sup>; e) Haver alguma intrusão corporal<sup>43</sup>; e f) ser insuficientemente punitiva<sup>44</sup>.

---

que lhe chegue, pois somente o julgador é quem possui condições de fazer avaliação de mérito consoante os elementos de que disponha, portanto, não se mostraria proporcional formular uma regra de exclusão de forma antecipada mediante um argumento de ser politicamente negativo para o sistema de monitoração se houver um delito praticado durante a monitoração por alguém com o perfil de delito grave. Ademais, se admitindo tal exclusão esta se faria por prognóstico, algo que no campo penal deve ser evitado, sob pena de se retroceder de um direito penal democrático do fato, para um direito penal totalitário do autor.

<sup>36</sup> LEITE, André Lamas, op. cit., p. 60; OLIVEIRA, Edmundo, op. cit. p. 103-108.

<sup>37</sup> LEITE, André Lamas, op. cit., p. 60.

<sup>38</sup> LEITE, André Lamas, op. cit., p. 60. Trata-se do princípio da normalidade previsto no art. 4, X, da Resolução n.5, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, nº 220, de 17 de novembro de 2017. Referido Conselho é atualmente subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública do Estado brasileiro.

<sup>39</sup> NELLIS, Mike, op. cit. 24-25. A principal preocupação que decorre da crítica inserida no item em destaque é aquela representada na literatura pela distopia Orweliana de “1984” e que Mike Nellis constitui em termos práticos muito bem, quando assinala que o equívoco do debate sobre o tema é situar a ME em um “imaginário de vigilância” ao invés de contextualizá-la em um “imaginário penal” ligando-a, portanto, a aspirações mais amplas, de monitoração dos cidadãos e da coleta de dados, alcançando o “mero” controle do crime, mas indo para além dele.

<sup>40</sup> LEITE, André Lamas, op. cit., p. 61 (nota de rodapé 26) e 63. O efeito *net-widening* consiste no alargamento do poder punitivo estatal, no caso da ME, tal aconteceria segundo alguns, pois acabaria por se sobrepor a medidas já existentes menos intrusivas ou mesmo também com aplicação cumulativa, assim ensejando expansão do âmbito dos fatos punidos.

<sup>41</sup> NELLIS, Mike, op. cit. 26 e 44.

<sup>42</sup> LEITE, André Lamas, op. cit., p. 61.

<sup>43</sup> LEITE, André Lamas, op. cit., p. 61. Tem-se, alguma perplexidade no “retorno ao corpo” do acusado ou condenado com a medida ou sanção de ME, especialmente em uma sociedade que abandonou penas infamantes. É certo que não se está falando de sanção nos termos do retratado no filme “A Letra Escarlate” ou a suportada por Damians que fora descrita por Michel Foucault em “Vigiar e Punir” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 09-11), mas haver alguma intrusão corporal e, poder ser a pessoa acompanhada 24 horas por dia e 7 dias por semana, faz ensejar a necessidade de consentimento por parte dos acusados ou condenados e mesmo da família se com esta conviver, além de lhe ser minimamente garantido direitos outros que mais a frente serão abordados a fim de que possa a ME encontrar conformidade com os direitos fundamentais que vem sendo construídos e sedimentados no curso dos últimos séculos, ao menos nas sociedades democráticas ocidentais.

<sup>44</sup> NELLIS, Mike, op. cit. 44. Essa crítica ilustrada no artigo de Mike Nellis tem alguma representação no eleitorado dos países, o que faz por muitas vezes impedir a expansão da ME, mas se é certo que todas as sociedades devem decidir o que fazer com aqueles que praticam crimes e, embora se reconheça que se constituiu certa evolução a passagem das penas corporais para as penas privativas de liberdade, necessário também é lembrar que as justificativas outrora aceitas como legitimadoras do poder estatal de encarcerar

Neste contexto cultural e histórico peculiar a cada nação, assim como da ponderação das vantagens e desvantagens que o mecanismo tecnológico da ME desafia é que de maneira sintética a política pública de monitoração de pessoas em conflito com a lei penal desenvolveu a respectiva trajetória até o momento atual.

Por outro lado, também se insere nessa análise de desenvolvimento da ME, nos respectivos países, o modo como a tecnologia se relaciona com os direitos fundamentais e, nesta perspectiva de forma imbricada, possíveis soluções constitucionais a partir da utilização do instrumental interpretativo do princípio da proporcionalidade, sendo isto basilamente o objeto de estudo do presente trabalho.

Assim, para fins de verificação-experimentação, sob esse enfoque, utilizou-se nesta pesquisa as legislações de ME dos Estados Unidos (aquela relativa a ME para a vida toda, para quem tenha praticado crimes sexuais), Portugal e Brasil.

## **1.2 Os Sistemas de Monitoração Eletrônica a partir da análise das Gerações Tecnológicas de Localização de Pessoas em Conflito com a Lei Penal.**

Vive-se, hodiernamente na chamada sociedade da informação, na qual o desenvolvimento tecnológico tem atingido níveis inimagináveis.

Esses avanços experimentados se deram nas mais diversas áreas e na ME não foi diferente, tendo inclusive Pierre Landreville acerca da tecnologia empregada, assinalado pela ME ser conformada em um cenário de três gerações<sup>45</sup>.

Conforme a geração tecnológica empregada, tem-se o tipo de sistema de controle a ser utilizado.

Compoem a primeira geração da ME os sistemas ativo, passivo e combinado (ativo e passivo), sendo característica dessa tecnologia a monitoração do indivíduo se dá em um local determinado<sup>46</sup>.

---

não mais fazem eco, ademais é cediço os efeitos deletérios pelos quais passa um ser humano aprisionado, assim a proposta da ME que permite a um só tempo exercer coerção que a violação de uma lei criminal enseja e manter a pessoa monitora no ambiente da própria comunidade a possibilitando reconstruir sua trajetória faz dessa medida algo que deve ser considerado.

<sup>45</sup> LANDREVILLE, Pierre. **La surveillance électronique des délinquants**: un marché en expansion. In: *Déviance et société*. 1999 - Vol. 23 - N°1. p. 114-115. Disponível em: <[https://www.persee.fr/doc/ds\\_0378-7931\\_1999\\_num\\_23\\_1\\_1685](https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1999_num_23_1_1685)>. Acessado em: 01.07.2018.

<sup>46</sup> Ibid, p. 114.

O sistema ativo<sup>47</sup> consiste em utilização da ME sem a cooperação da pessoa que está sendo monitorada e permite que o indivíduo seja acompanhado de forma ininterrupta.

Utiliza-se, de três elementos, sendo eles: a) um transmissor em miniatura, do tamanho de um maço de cigarros com um peso de 100 a 142 gramas, apresentados sob a forma de uma pulseira (ou tornozeleira) fixada no tornozelo ou no pulso da pessoa monitorada, que transmite um sinal codificado e contínuo detectável dentro de uma faixa de 50 a 70 m; b) um receptor-transmissor, ligado ao telefone na casa da pessoa que está sendo monitorada, que pega o sinal da pulseira (tornozeleira) e transmite para o computador central via linha telefônica; e c) um computador central, situado nas instalações dos serviços de supervisão, que recebe os sinais e gera um relatório de aviso em caso de ausência ou anomalia no sinal transmitido pela pulseira (tornozeleira).

Uma variante deste sistema usa ondas de rádio para a transmissão ao invés de linha telefônica, neste caso o sinal é enviado pela pulseira/tornozeleira do monitorado, que é então captado por um receptor portátil.

Segundo Cristina Gonzalés Blanqué a administração penitenciária da Catalunha, na Espanha, faz uso de dispositivo que não utiliza linha telefônica, o equipamento envia as informações da monitoração por meio de uma “tarjeta SIM”<sup>48</sup>.

Mister igualmente salientar, que a tecnologia de ME utilizada em Portugal é a RF para a aplicação nas diversas modalidades, com exceção da aplicação na violência doméstica que a tecnologia usada é o GPS.

O sistema ativo permite a utilização do receptor pela vítima que teme está na presença de um possível agressor. Nestas situações, se o infrator estiver dentro de uma certa faixa da casa da vítima, um detector de proximidade informará instantaneamente a presença, sendo realizada discagem automaticamente para o número dos serviços de emergência. Este dispositivo é nomeadamente usado em casos de violência doméstica. O

---

<sup>47</sup> Sobre o sistema ativo de ME, conferir MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe, op. cit, p. 27-28. Cf. ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto Urbano:** nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle. Campina Grande: EDUEPB, 2017, p. 169-170. Cf. MENESCAL, Cinthia Rodrigues. **Cada pena a seu tempo:** o monitoramento eletrônico como sanção no Direito Penal. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2013, 198-199 f.

<sup>48</sup> BLANQUÉ, Cristina Gonzalés, op. cit, p. 11.

alcance de detecção é de cerca de 60 metros dentro de um edifício e de 200 metros do lado de fora.

Por outro lado, o sistema passivo<sup>49</sup> ou sistema de contato programado usa o telefone para verificar se a pessoa monitorada está no local designado. A tecnologia utilizada pelo sistema tem um computador central programado para telefonar para o monitorado durante as horas de prisão domiciliária, aleatoriamente ou a partir de um cronograma predeterminado.

As formas de identificação que basicamente são utilizadas no contexto desse sistema se dão por meio de verificação de voz, de vídeo/facial ou a partir do uso da tornozeleira.

Quando da utilização da forma de identificação por verificação de voz permite não ser necessário a instalação de nenhum dispositivo no domicílio da pessoa. Assim, não necessariamente a pessoa deve utilizar uma tornozeleira, evitando com isso possibilidade de estigmatização no caso de ser visto com a mesma em público. Nesta hipótese, convém ainda salientar, durante a chamada, o computador central compara a voz da pessoa que responde a chamada com o registro eletrônico da voz do infrator registrada quando ele foi cadastrado no programa de monitoração.

Já quando a forma de identificação for por vídeo/facial será necessário a instalação de dispositivos no domicílio da pessoa.

Por outro lado, tem-se também a possibilidade de realização do sistema passivo a partir da dinâmica em que a pessoa que está sendo monitorada porta uma pulseira eletrônica inamovível, nesta hipótese será o dispositivo programado para mostrar um número específico em cada ligação, a fim de que o monitorado então disque esse número em seu telefone em resposta à chamada do computador central. Outrossim, há outra variante de utilização que consiste em o monitorado ter que inserir um pequeno módulo contido na pulseira, em um dispositivo ligado ao telefone durante a chamada de supervisão. Neste formato também será necessário a instalação de dispositivos no domicílio da pessoa.

---

<sup>49</sup> Sobre o sistema passivo de ME, conferir MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe, op. cit., p. 28. Cf. ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto Urbano:** nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle. Campina Grande: EDUEPB, 2017, p. 167-169. Cf. MENESCAL, Cinthia Rodrigues, op. cit., 198 f. BLANQUÉ, Cristina Gonzalés, op. cit., p. 9-10.

Ainda no âmbito dos sistemas passivos pode ser incluído um dispositivo de teste de álcool, que permite teste respiratório a fim de se efetuar verificação relativa a se o infrator respeitou a ordem de não ingestão de bebidas alcoólicas.

Ante a evolução tecnológica, é possível a realização de todas essas dinâmicas no mesmo contexto.

Referida sistemática de monitoração é concebida para ampliação do controle no cumprimento de prisão domiciliar.

Por fim, esse sistema, tem como pontos positivos ser uma forma de monitoração fora do ambiente carcerário, portanto, lhe sendo imanente não produzir efeitos deletérios tal qual o aprisionamento em presídios produz. Apresenta também os custos para sua implementação bem mais reduzidos que o cumprimento em estabelecimentos penais, porém tem como aspecto negativo a imposição de restrição do uso da linha telefônica a todos os moradores da residência e o inconveniente de as ligações ocorrerem a qualquer momento do dia e da noite, entre outros.

Ainda com relação a primeira geração, sistemas combinados são possíveis de serem montados no sentido de se buscar maior confiabilidade no controle da pessoa monitorada.

Noutro norte, a segunda geração da ME permite a realização da monitoração 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias da semana, com acompanhamento em tempo real em todo lugar que o monitorado esteja.

Esta possibilidade se dá a partir da utilização do sistema de posicionamento global<sup>50</sup> (*Global Positioning System* (GPS)), pelo qual determinado objeto ou indivíduo (aqui a pessoa em conflito com a lei penal equipada com um aparelho GPS, podendo ser pulseira ou tornozeleira eletrônica que funcionará como dispositivo transmissor) a partir da chamada triangulação, ou informação posicional tridimensional concernente a longitude, latitude e altitude pode ser localizado com uma precisão de cerca de 10 metros.

Utiliza-se neste sistema de monitoração com GPS de elementos como: satélites, rede de estações em terra e bracelete ou tornozeleira eletrônica acoplado na pessoa monitorada, os quais funcionam como receptor.

---

<sup>50</sup> Sobre o sistema de ME por GPS, conferir MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe, op. cit., p. 29. Cf. ISIDRO, Bruno César Azevedo, op. cit., p. 171-175. Cf. BLANQUÉ, Cristina Gonzalés, op. cit., p. 13-17. Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **O Brasil e o Monitoramento Eletrônico**. Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2º semestre de 2008, p. 26.

Essa tecnologia foi criada e desenvolvida no final da década de 1970 e meados da década de 1980 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, o sistema de posicionamento global estadunidense é organizado em torno de um grupo de 24 satélites em órbita, ligados a relógios atômicos. O Presidente a época daquele país Bill Clinton anunciou a desmilitarização do sistema de GPS para vigor a partir de 1º de maio de 2000 e a Europa, por sua vez, há algum tempo vem preparando a implementação da sua própria rede de satélites, denominada “Galileo”.

A ME por GPS apresenta três diferentes tipos, tais como a ativa, a passiva e a mista (híbrida)<sup>51</sup>. A monitoração ativa é aquela que permite o conhecimento dos movimentos do monitorado nas 24 horas do dia de forma imediata pela central de monitoração eletrônica<sup>52</sup>. Já na passiva o conhecimento dos deslocamentos do monitorado se dá horas depois de produzido ou somente no final do dia, quando se envia a localização da pessoa reconhecida pelo dispositivo, mediante linha telefônica a central de monitoração eletrônica. E, a mista funciona da forma passiva de modo geral, porém quando a pessoa monitorada descumpra as restrições estabelecidas funciona como sistema ativo dando conhecimento imediato a central de monitoração eletrônica acerca da violação realizada.

Por fim, a terceira geração de monitoração eletrônica é aquela que tal como a segunda geração de ME, permite a localização do monitorado 24 horas por dia, 7 dias por semana, com o incremento na sistemática de o equipamento utilizado não ser uma tornozeleira, mas um microchip, posto de forma subcutânea na pele da pessoa em conflito com a lei penal, entre a derme e a epiderme, sem atingir os vasos sanguíneos. Uma segunda novidade seria a possibilidade de por meio do monitoramento haver detecção de possível ocorrência de crime e intervenção diretamente no monitorado pela liberação de substância calmante, emissão de choque elétrico, entre outras formas<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> BLANQUÉ, Cristina Gonzalés, op. cit., p. 13-14. Cf. também, SHUTE, Stephen. **Rastreamento Via Satélite de Presos: Um Estudo dos Projetos na Inglaterra e no País de Gales. Experiências internacionais e perspectivas no Brasil.** Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2º semestre de 2008, p. 69-70.

<sup>52</sup> Nomenclatura utilizada pela Resolução n. 5, de 10 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP-MJSP), órgão integrante do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica.

<sup>53</sup> MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe, op. cit., p. 29. Cf., também, OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., p. 25.

Mesmo que a princípio haja aqueles que não imaginam uma aplicação como esta da monitoração eletrônica, ela deve ser considerada, inclusive, há programas em teste na Inglaterra<sup>54</sup>.

Por outro lado, é de se salientar que já existe tecnologia suficiente atualmente para implementação da ME nos parâmetros da terceira geração, desse modo, deve-se empreender mais estudos sobre a temática, pois a ME em suas gerações anteriores vem sendo implantada sem maiores perquirições quanto a tensão natural que há entre o uso da ME e os direitos fundamentais do monitorado.

Talvez, não tenha havido maior ênfase argumentativa contrária a medida, tendo em vista que vinha sendo utilizada como alternativa ou substitutiva a prisão, mas com as novas possibilidades de uso, possivelmente se terá mais objeções.

### **1.3 Modalidades de Monitoração Eletrônica.**

As modalidades de ME compreendem o âmbito de utilização da ME, assim neste item será verificado onde tem havido o uso da tecnologia e igualmente os campos de possibilidade de realização.

Considerando que este trabalho visa, entre outros aspectos, estudar a observância pelas legislações de monitoração eletrônica de pessoas em conflito com a lei penal, utilizando-se as experiências dos Estados Unidos (aquela relativa a ME para a vida toda, para quem tenha praticado crimes sexuais), Portugal e Brasil como objetos de verificação-experimentação, acerca dos parâmetros estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade e limites relativos aos direitos fundamentais estabelecidos nas ordens constitucionais dos respectivos países, conhecer as modalidades de ME, torna-se ponto de relevo, na medida em que é a forma de utilização da ME que dará ensejo a análise que se pretende realizar.

Destarte, esse confronto de análise será mais amplo naquelas modalidades que tem ocorrência em Portugal e no Brasil, assim como na modalidade de ME realizada nos Estados Unidos relativa à sua utilização para a vida toda para aquelas pessoas que tenham praticado crimes sexuais, isto por que as legislações de ME destes países é o que constitui, como fora mencionado, o objeto de verificação deste estudo.

---

<sup>54</sup> Ibid, p. 21.

Nos Estados Unidos, a aplicação da ME não observa uma formatação homogênea entre as unidades da federação daquele país, por isso nessa definição considera-se a existência das modalidades de modo geral, porém cientificando que cada Estado acaba por ter um programa próprio de ME, de modo que há modalidade existentes em um Estado que não estão presente em outro, isto também acontece com a tecnologia utilizada para ME, alguns usam a RF e outros o GPS ou mesmo mesclam essa utilização<sup>55</sup>.

Outrossim, tem-se que a justiça criminal estadunidense pode fazer uso da ME na fase de pré-julgamento, durante o cumprimento da pena como forma de antecipar a liberdade e também pós-cumprimento da pena<sup>56</sup>.

Ressalte-se, igualmente, que de modo geral, alcança delitos como: posse de drogas, dirigir sem licença ou com a licença suspensa; delitos envolvendo violência doméstica, pequenos roubos ou roubo sem ferimentos; fraude imobiliária; fraude de cartão de crédito, crimes sexuais, entre outros<sup>57</sup>.

Na Europa, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa editou a Recomendação CM / Rec (2014) 4 aos Estados membros sobre monitoramento eletrônico.

Naquele ato do Comitê, na parte do apêndice, no item das definições ficou estabelecido que as jurisdições nacionais poderão usar o ME em uma ou mais modalidades, das seguintes formas: 1) durante a fase de pré-julgamento do processo penal; 2) como condição para suspender ou executar uma pena de prisão; 3) como meio autônomo de supervisionar a execução de uma sanção penal ou medida na comunidade; 4) em combinação com outras intervenções na *probation*; 5) como uma medida de pré-soltura para aqueles na prisão; 6) no sistema da liberdade condicional da prisão; 7) como uma medida intensiva de orientação e supervisão para certos tipos de criminosos após a soltura da prisão; 8) como meio de monitorar os movimentos dos infratores no interior da prisão e

---

<sup>55</sup> Segundo Avlana K. Eisenberg, na Califórnia, algumas pessoas em conflito com a lei penal cumprem suas sentenças inteiras em suas comunidades, usando a ME por GPS utilizando tornozeleira eletrônica 24 horas por dia, 7 dias por semana, já em Rhode Island, os infratores elegíveis (aqueles que apresentam o perfil característico para admissão no programa) podem optar por cumprir as suas penas sob as regras de um programa de confinamento, no qual eles estarão sujeitos ao confinamento em casa com monitoração eletrônica de RF. Não obstante, na Flórida, a ME é rotineiramente imposta como condição de liberação na fase de pré-julgamento, por outro lado, Wisconsin é um dos doze Estados onde as pessoas em conflito com a lei penal podem mesmo após cumprirem as penas estabelecidas nas respectivas sentenças ter que estar sujeitas a monitoração eletrônica vitalícia, cf. EISENBERG, Avlana K. Mass Monitoring, 90 S. Cal. L. Rev. 123 (2017), p. 125.

<sup>56</sup> Anotando quanto aos usos da ME pela Justiça Criminal dos Estados Unidos, Ibid, p. 155.

<sup>57</sup> Cf. GABLE, Ralph Kirkland; GABLE, Robert S. op. cit., p. 21-22.

/ou nos perímetros das prisões abertas; 9) como meio de proteger vítimas de crimes específicos de suspeitos ou infratores individuais.

Em Portugal, o art. 2.º, da Lei 33/2010, estabelece o âmbito de aplicação da ME, assinalando que sua designação se dará para fiscalização, *in verbis*:

- a) Do cumprimento da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação, prevista no artigo 201.º do Código de Processo Penal;
- b) Da execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, prevista nos artigos 43.º e 44.º do Código Penal;
- c) Da execução da adaptação à liberdade condicional, prevista no artigo 62.º do Código Penal;
- d) Da modificação da execução da pena de prisão, prevista no artigo 120.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade;
- e) Da aplicação das medidas e penas previstas no artigo 35.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro;
- f) Da obrigação de permanência na habitação prevista nos n.os 1 e 3 do artigo 274.º-A do Código Penal.

No Estado Português, como se observa, por meio da ME busca-se desenvolver política criminal e penitenciária de porta de entrada e de saída, na medida em que oportuniza a aplicação da ME antes do julgamento como alternativa ou substitutiva da prisão e após o julgamento como medida propulsora para antecipação da liberdade no âmbito do cumprimento da pena.

No Brasil, a previsão legal de aplicação da ME se dá no processo de conhecimento antes do julgamento como medida cautelar diversa da prisão consoante disposição do art. 319, XI, do CPP<sup>58</sup> e na fase da execução da pena no âmbito de incidente de saída temporária e prisão domiciliar nos termos do art. 146-B, da Lei de Execução Penal – LEP<sup>59</sup>.

Tem-se, também, a possibilidade de aplicação da ME na seara do cumprimento de pena viabilizada a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário com o rito da repercussão geral n. 641.320<sup>60</sup>, cujos parâmetros são

---

<sup>58</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...) IX - monitoração eletrônica.

<sup>59</sup> Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: I - (VETADO); II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III - (VETADO); IV - determinar a prisão domiciliar; V - (VETADO); Parágrafo único. (VETADO)

<sup>60</sup> RE 641.321, *leading case* no qual se fixou a tese n.º 423 do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de “a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa

considerados pela Súmula Vinculante (SV) n. 56, daquela Suprema Corte, para o fim de aplicar a ME<sup>61</sup>.

#### 1.4 Monitoração eletrônica: questão penal vs. questão de segurança pública.

Este item contém a análise de aplicação da monitoração eletrônica para novas facetas de comportamento<sup>62</sup> e situações<sup>63</sup> que não eram observadas quando dos usos iniciais da tecnologia.

A narrativa para tais utilizações é a necessidade de se viabilizar maior segurança pública, nessa medida a ME passa a escapar do seu escopo de concepção relativo a ser um mecanismo mais conectado com um cunho descarcerizador ou substitutivo da prisão, para empreender na lógica de proeminência de caráter fiscalizatório ou de ser adicional ao estabelecimento de medida ou sanção já proporcionalmente prescrita<sup>64</sup>.

Desse modo, no ponto central do debate acima aludido está a caracterização da ME como um mecanismo de caráter penal ou de segurança pública, e se quando contextualizada no sentido de instituto de segurança pública há repercussões de índole constitucional.

Estas implicações quanto a utilização da ME para uma forma ou para outra, passaram a se suceder com a possibilidade de uso da segunda geração de tecnologia de

---

de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) **a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas (grifo nosso)**; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

<sup>61</sup> STF, SV n. 56 “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

<sup>62</sup> Referindo a utilização da ME para a vida toda as pessoas que tenham praticado delitos sexuais ver EISENBERG, Avlana K. op. cit., p. 149. Já Cristina Gonzalés Blanqué anota a aplicação da ME a delinquência sexual e ao terrorismo (denominação da autora) (BLANQUÉ, Cristina Gonzalés. Op. cit., p. 55-59 e 61-63).

<sup>63</sup> Segundo Avlana K. Eisenberg em 2009, a companhia “Behavioral Interventions” assinou um contrato de US \$ 372 milhões por cinco anos com a “U.S. Immigration and Customs Enforcement (ICE)” para monitorar cerca de 30.000 imigrantes que aguardam as audiências de asilo ou de deportação (EISENBERG, Avlana K. op. cit., p. 153, nota de rodapé 175).

<sup>64</sup> Cf. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. (In) Consistências do Monitoramento Eletrônico no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIX, n. 433, 1º de fevereiro de 2015, Brasília, p. 19-20 e também EISENBERG, Avlana K. op. cit., p. 149-150.

localização de pessoas, alusiva ao GPS<sup>65</sup>. Não obstante, na Inglaterra a sua aplicação para suspeitos de terrorismo se dá com o uso do sistema de RF ativa<sup>66</sup>.

Sendo a ME por GPS uma forma de controle que permite ter a localização da pessoa 24 horas por dia e 7 dias por semana (24/7), passou-se também a se dirigir a respectiva utilização para grupos de pessoas como imigrantes e pessoas que praticaram crimes sexuais, entre outros, antes não abrangidos.

Tais usos, não encontram respaldo nos argumentos que embasaram a expansão de forma rápida e em nível mundial da ME, mas ao contrário se fundamentam de modo inapropriado em uma narrativa de segurança pública como categoria alheia ao sistema, é dizer, dissociada da sua natural inserção e convívio com os direitos fundamentais de primeira dimensão.<sup>67</sup> Nessa nova composição de ideias, a própria conformação de

---

<sup>65</sup> No mesmo sentido Ibid, p. 148.

<sup>66</sup> Cf. BLANQUÉ, Cristina Gonzalés. Op. cit., p. 61. A autora assinala que o item no qual consta a informação supramencionada extraiu de trabalho realizado por Nellis.

<sup>67</sup> A Segurança Pública no Brasil é definida no texto constitucional no art. 144, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Para José Afonso da Silva a Segurança Pública “consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses”, anota também que “Segundo a Constituição, a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...) (art. 144)” (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 754), mas ainda dentro do tema comentando o sentido de ordem pública expressa que “Em nome dela se têm praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia”, (Ibid, p. 753). Outrossim, em Portugal o entendimento de Segurança Pública é delineado por uma perspectiva de análise conjunta dos arts. 18º, 27º, I, 272, da CRP/76. Nesse contexto, Gomes Canotilho e Vital Moreira comentando o art. 27º, I, da CRP/76 anotam que “I. Garantindo neste preceito, ao mesmo tempo, o direito à liberdade e o direito à segurança, a Constituição reúne dois direitos que, embora distintos, estão intimamente ligados desde a sua formulação nas primeiras constituições liberais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 183) e avançando na análise pontuam que “o direito à segurança, o qual significa essencialmente garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões. Desde a Constituição de 1822 (art. 3.º), onde a ideia de segurança pessoal significava «a protecção que o governo deve dar a todos para poderem conservar os seus direitos pessoais», que a segurança representa mais uma garantia de direitos do que um direito autónomo. O sentido do texto actual comporta duas dimensões: (a) dimensão negativa, estritamente associada ao direito à liberdade, traduzindo-se num direito subjectivo à segurança (direito de defesa perante agressões dos poderes públicos); (b) dimensão positiva, traduzindo-se num direito positivo à protecção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem.” (ibid, p. 183). Ainda no desenvolvimento do tema, mas interpretando o art. 272, da CRP/76, os mencionados autores assinalam “V. É também função da polícia defender os direitos dos cidadãos (n.º 1, *in fine*). Trata-se de uma das vertentes da obrigação de protecção pública dos direitos fundamentais - que deve ser articulada com o direito à segurança (art. 27.º-1) -, constituindo o Estado na obrigação de proteger os cidadãos contra a agressão de terceiros aos seus direitos. Deste modo, os direitos dos cidadãos não são apenas um limite da actividade de polícia (n.º2); constituem também um dos próprios fins dessa função.” (Ibid, p. 954-955). Destarte, vê-se, que a lógica do exercício da Segurança Pública no Brasil e em Portugal não está afastada

segurança pública também é reprogramada, para passar a ser lida como ápice dos objetivos do Estado que permitem, a fim de haver sua realização, serem desconsiderados direitos fundamentais dos cidadãos e os cânones tradicionais das ciências criminais<sup>68</sup>, pois fogem também desta última caracterização, conformando as leis de monitoração eletrônica daquele viés como regulação civil<sup>69</sup>.

---

dos pilares do Estado Constitucional Democrático de Direito, o que implica na utilização da força repressiva do Estado sob a temperança dos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Por fim, na linha de encadeamentos de ideias já desenvolvidas, John Stuart Mill a partir da ótica da filosofia política utilitarista aceita majoritariamente nos Estados Unidos e na Inglaterra a propósito da análise da liberdade civil ou social, da natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo assinala “O objetivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, destinado a condicionar totalmente os tratos da sociedade com o indivíduo, sejam de compulsão e controle, seja por meio da força física na forma de penalidades legais, seja como coerção moral por parte da opinião pública. Esse princípio é o de que a única finalidade para a qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. Que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido com justiça sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de evitar dano a outros” (Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres. John Stuart Mill; tradução de Paulo Geiger; introdução de Alan Ryan; posfácio de Joel Pinheiro da Fonseca. – 1ª ed. – São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017, p. 81-82). Desse modo, a ME quando utilizada fora de seus moldes tradicionais só terá respaldo constitucional se for possível demonstrar sua condição de evitar delitos. Nesse contexto, considerando que os estudos até então existentes não são conclusivos nesse sentido (Cf. BLANQUÉ, Cristina Gonzalés, op. cit., p. 61.) seu uso afronta os direitos de liberdades (direitos de primeira dimensão).

<sup>68</sup> Claus Roxin, formula uma indagação inicial: “com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida? Esta é uma pergunta acerca da legitimação e limites do poder estatal;” aduz posteriormente que existem três posições fundamentais clássicas para responder a mencionada interrogação, sendo elas a teoria da retribuição, teoria da prevenção especial e teoria da prevenção geral, sobre tais teorias, para cada qual levanta objeções, as quais na sua ótica são insuperáveis, mas ao invés de se buscar outras perspectivas, se caminhou a chamada teoria unificadora que combina as três teorias, por isso declina que “a tentativa de sanar defeitos justapondo simplesmente três concepções distintas tem forçosamente de fracassar, já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realidade”. Nesse contexto, desenvolve o que chama de teoria unificadora dialéctica, a qual “pretende evitar exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. (...) E o mesmo vigora para o direito penal, que serve igualmente a ordem comunitária no seu respectivo âmbito: a ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial. E, como vimos, de igual forma a totalidade dos restantes princípios preservam a ideia de correcção dos perigos de uma adaptação forçada que violasse a personalidade do sujeito (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Coleção: Vega Universidade – Direito e Ciência Jurídica, tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII), Maria Fernanda Palma (texto IX) e Ana Isabel de Figueiredo (texto X). Vega, 3ª edição em 2004, p. 15-47). Portanto, o que se vê da teoria desenvolvida por Claus Roxin é a construção de uma teoria da pena sob os auspícios do Estado de Direito Democrático Constitucional.

<sup>69</sup> Nesse sentido, MICHAEL J. BELLEAU v. EDWARD F. WALL, No. 15-3225, julgamento realizado pela Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Sétimo Circuito. Em sentido contrário, GEORGE C. RILEY v. NEW JERSEY STATE PAROLE BOARD, No. A-94 (2014) - Suprema Corte de Nova Jersey. Esta

Desse modo, tem-se como intenção investigar em que medida existe (im) possibilidade de haver categorizações diferenciadas de grupos de pessoas, a partir das quais pode-se lançar mão de formas diferenciadas das tradicionais de utilização da ME sob o pálio da segurança pública e a colocando de forma autonomizada, portanto, a consideração dessa questão nesse viés, indaga-se, desborda do círculo constitucional?

Entende-se, colmatar bem os delineamentos assumidos pela discussão em tela, os argumentos assinalados por Suzana Tavares da Silva quando da sua construção acerca do risco do terrorismo como nova categoria dogmática<sup>70</sup>.

Nesse contexto, a aludida autora analisa que a dogmática concebida no curso do século XX, baseada no equilíbrio entre segurança e liberdade, era e continua sendo cabível para o combate e prevenção a criminalidade que não radica em a ofensa ser direcionada a própria organização social como é traço característico do terrorismo que nasce a partir do ataque de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos<sup>71</sup>.

Por isso, defende que o risco terrorista não seria uma categoria criminal, mas ao invés seria “uma categoria mais ampla, integrada ao direito público em geral, para a qual este mesmo direito público deve ser chamado a construir as soluções”<sup>72</sup>.

A autora destaca este fundamento de distinção devido a pontos de vulnerabilidade que a sociedade atual apresenta decorrente dos contornos de está alicerçada estruturalmente em mecanismos tecnológicos<sup>73</sup>.

Destarte, partindo da fundamentação esposada e, ainda, sob o manto argumentativo de Suzana Tavares da Silva, portanto, diferindo as categorias jurídicas do risco e da sociedade de risco, da categoria do perigo, pois aquelas visam desenvolver contra-ataques diante do desconhecido, enquanto a última diz de ameaças e probabilidade de ocorrência de um resultado lesivo conhecido, é que afora o fenômeno do terrorismo, não há como se conceber ampliação de controle fora dos cânones das ciências criminais<sup>74</sup>.

---

questão ainda não foi julgada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Este é um caso genuíno que demonstra que a preocupação relativa a ME ter intrínseco em si que o efeito *net-widening* se põe em evidência.

<sup>70</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 253-269.

<sup>71</sup> Ibid, p. 234 e 253.

<sup>72</sup> Ibid, p. 254.

<sup>73</sup> p. 255.

<sup>74</sup> Ibid, p. 253.

Isto, então, implica em aduzir que as novas formas de utilização da ME diversas de aplicação em situações de suspeita de terrorismo, tendo como exemplo, aplicação de forma vitalícia após o cumprimento da sentença para aqueles que tenham praticado crimes sexuais, o uso na situação de imigrantes e, em situações destoantes dos fundamentos da dogmática penal que alinha seu fundamento nas funções do direito penal, são também por isso, como se observará no capítulo seguinte, utilizações desproporcionais, na medida em que desbordam da necessária equivalência entre liberdade e segurança pública, quando atribuem maior peso a este último valor e apenas de forma prognóstica.

Nessa perspectiva, o olhar que melhor compreende o sentido de segurança no âmbito da categoria do perigo é o expressado por Jorge Pereira da Silva que assinala, a partir da análise do art. 27º, n.º. 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), ser a de uma “visão jusfundamental de segurança”<sup>75</sup>.

Desse modo, como salienta Jorge Pereira da Silva garantir a visão supramencionada de segurança é o que importa em termos práticos, pois suscitá-la como um direito não garantirá em termos realísticos uma segurança absoluta, por outro lado não há como se exigir de qualquer pessoa a realização do impossível<sup>76</sup>.

Esta última premissa fixada é algo que deve estar presente nas formulações de uso da ME, pois a monitoração eletrônica racionalmente aplicada deve servir como uma intensificação de controle para o monitorado que teve a substituição da prisão, mas não como crença de ser impeditiva de prática de delito. Toda vez que conformada exclusivamente sob esse último viés, a política de ME propará entregar o impossível, assim, nessas circunstâncias o ser humano não passará de mero objeto no contexto de política criminal simbólica, a qual, portanto, não resistirá ao crivo de análise pela perspectiva dos direitos fundamentais da pessoa humana em diálogo com aportes criminológicos.

A formulação do pensamento tal como posto, deveria ser considerado um verdadeiro truísmo, todavia em razão do forte discurso que está no senso comum, faz-se necessário explicitar o óbvio.

---

<sup>75</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais: Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares.** Coleção: Teses de Direito. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 147,

<sup>76</sup> Ibid, p. 146.

Capítulo II **APORTES CRIMINOLÓGICOS COMO CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE REALIZADA POR MEIO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS LEIS QUE REGULAM A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS EM CONFLITO COM A LEI PENAL: Um diálogo entre a criminologia e o direito constitucional.**

2.1 **Criminologia, Abolicionismo Penal e Monitoração Eletrônica:** (im) possibilidade de ressignificação do tratamento das pessoas em conflito com a lei penal.

A criminologia se converte em um manancial de saberes, os quais permitem ao jurista que com ela dialogue tornar-se alguém que pensa o sistema penal com o qual interage, assim possibilita a saída da condição de mero operador do direito para a de um construtor do direito na medida em que olhando o sistema de cima poderá com clareza definir posicionamentos sobre a situação que lhe é apresentada indo além do lugar comum.

Acerca dos objetivos da disciplina Alessandro Baratta aponta que “a nossa matéria pode realizar a função de teoria crítica da realidade social do direito, que consideramos uma tarefa fundamental”<sup>77</sup>.

Nesse sentido, os aportes criminológicos vão desde a elaboração de análises, a partir de pesquisas empíricas ou utilizando-se de dados oficiais para os interpretando realizar conclusões, como também viabilizar estudos acerca do fenômeno da criminalidade tomando em conta a perspectiva histórica-espacial, a compreensão das estruturas socioeconômicas e a respectiva ligação com as instâncias institucionais de controle.

Destarte, interessa para esta investigação os subsídios da criminologia na medida em que serviu de suporte para a pesquisa sob o viés do princípio da proporcionalidade, quanto a aplicação da monitoração eletrônica em certas circunstâncias<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia/Revan, 6ª edição, outubro de 2011, 2ª reimpressão, agosto de 2014, p. 27.

<sup>78</sup> O Tribunal Constitucional Português (TCP), no acórdão n. 75/2010, quando afirmou a constitucionalidade da lei 16/2007, que estabeleceu a “Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez”, ao inserir no art. 146, do Código Penal Português (CPP), disposições legais permitindo, por exemplo, a realização, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez, da interrupção voluntária da gravidez. O fez dentre outros argumentos com base no princípio da proporcionalidade no âmbito do teste

Outrossim, uma corrente da criminologia que bem desnuda as questões criminais – campo em que se insere a ME – é o abolicionismo penal<sup>79</sup>, por isso a escolha dessa vertente para subsidiar o estudo aqui realizado.

Nesse contexto, o abolicionismo penal apresenta-se em diferentes formas e conteúdos – mesmo em face de que os construtores dessa corrente criminológica são adeptos de métodos e possuem visão de mundo bastante diversificadas – sendo também por isso de difícil conceituação hermética, nesse passo, interessante se faz conhecer os respectivos pensamentos dos expoentes deste movimento criminológico.

Sinteticamente, Eugênio Raúl Zaffaroni<sup>80</sup> assinala 4 (quatro) variantes abolicionistas, sendo estas representadas por Thomas Mathiesen, Louk Hulsman, Michel Foucault e Nils Christie.

Não obstante, Zaffaroni quanto a Michel Foucault aduz que embora “não possa ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores (...) foi, sem dúvida, um abolicionista”<sup>81</sup>.

---

da adequação, utilizando-se de aportes criminológicos, tal qual pode se verificar na fundamentação constante no item “11.4.8.” quando declina que “Nessa configuração, em que se esfuma a alteridade entre autor e vítima, a ameaça de sanção penal para resolver um conflito “interior”, de carácter existencial, na esfera pessoal de alguém que simultaneamente provoca e sofre a lesão, não tem a eficiência que, em geral, lhe cabe. Os números aí estão, para o comprovar eloquentemente. O regime de punibilidade, aplicável em todas as fases da gestação, não evitou a prática, em larga escala, do aborto, frequentemente em condições atentatórias da dignidade e de grave risco para a saúde física e psíquica (ou até para a vida) da mulher – bens, estes, objecto de direitos fundamentais, radicados na esfera da grávida, também eles, *a fortiori*, cobertos por um dever estadual de proteção”. Também, na mesma esteira, apresenta-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, no âmbito do julgamento do RE 635.659/SP, o qual, ainda não foi concluído, mas o aludido voto no item “4.1.”, bem representa o que aqui procura-se expor na medida em que o Ministro Gilmar Mendes trouxe para seu voto pesquisas criminológicas que apontam acerca da inconsistência em diversas dimensões da manutenção da criminalização do uso de drogas, desse modo, considerando estes aportes, assim assinalou “Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.” Mais adiante no mesmo voto no item “4.2.”, volta a explicitar dados decorrentes de estudos criminológicos para fundamentar a violação ao princípio da proporcionalidade. Nesta pesquisa se buscará realizar o mesmo tipo de análise, mas voltada para a aplicação da ME.

<sup>79</sup> Cf. ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia/Revan, 2008, p. 695-713.

<sup>80</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 98.

<sup>81</sup> *Ibid*, p. 101.

Essas variantes abolicionistas apresentam encaminhamentos que vão desde a ruptura total com o paradigma atual, apenas se mantendo mecanismos de crise<sup>82</sup>, à construção de alternativas aos regimes punitivos de segregação.

Segundo Nils Christie os sistemas de controle social deveriam ter como proposta impor o mínimo de dor aqueles que o experimentam<sup>83</sup>.

Destarte, a nota fundamental para compreensão dessa corrente criminológica diz do entendimento de que, mesmo aqueles como Thomas Mathiesen que admitem a possibilidade do encarceramento de alguns indivíduos<sup>84</sup>, não legitimam a figura da ressocialização (prevenção especial) e demais objetivos justificantes da pena<sup>85</sup>.

Desse modo, a inserção nas legislações dos Estados Nacionais de medidas e penas alternativas a privação da liberdade, e mesmo a monitoração eletrônica enquanto sistemas complementares ao clássico<sup>86</sup>, para que não se convertam em figuras legitimantes da ótica justificacionista, devem ser pensados como caminhos de redução de danos visando o quanto possível a restrição da resposta prisional.

Para tanto, também devem receber aportes condignos de recursos financeiros, pois o seu não funcionamento ao invés de reverter a lógica punitivista fará com que esta ganhe mais força.

Outrossim, para que possa haver um redimensionamento do tratamento das pessoas em conflito com a lei penal pela adoção da monitoração eletrônica, convém não se aplicar nesta a lógica e as categorias do sistema prisional clássico.

A metódica do sistema de monitoramento deve ser diversa da prisional, para isso deve se fugir da ideia e de conceitos como prisão virtual.

---

<sup>82</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Título Original: **Peines perdues**. Le système pénal en question 1982: Editions du Centurion, Paris. Trad. Maria Lúcia Karan, p. 91.

<sup>83</sup> Christie, Nils. **Limits to pain: The Rule of Punishment Policy**. WIPF & STOCK: Eugene, Oregon, 1981, p. 11.

<sup>84</sup> Mathiesen, Thomas. **A caminho do século XXI – a abolição, um sonho impossível?** Conferência publicada com a autorização da Association for Humanist Sociology. Proferida no Brasil, na PUC/SP, em ocasião do Seminário Internacional de Abolicionismo Penal e publicada em Edson Passetri e Roberto Baptista Dias da Silva (orgs.) **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCrim/PEPGCS-PUC/SP, 1997, pp. 263-287. Tradução de Jamil Chade. p. 97.

<sup>85</sup> Ibid, p. 90-95. Conferir também HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. Op. cit., p. 65, 139 e 150.

<sup>86</sup> Nuno Caiado concebe a mesma ideia de sistemas complementares, porém os nomina de “subsistemas”, cf. CAIADO, Nuno. <<**A política criminal para a execução das penas e medidas: uma ideia para uma década**>>, JULGAR Janeiro-abril (2016), p. 237.

Para monitoração eletrônica, o quanto possível, deve-se, na definição das áreas de inclusão ou exclusão de monitoramento, observar os princípios da manutenção da rotina pessoal e da mitigação de danos, evitando ao máximo ampliar vulnerabilidades sociais ou afetar as relações pessoais, profissionais, educativas, acessos aos serviços de saúde e outros serviços públicos.

Não obstante, tal possibilidade é mais provável de se dá quando a ME seja realizada por GPS, como ocorre no Brasil. Por outro lado, países como Portugal, cuja tecnologia adotada é a RF (somente na violência doméstica adota o GPS), a qual só possibilita a ME em local determinado, como a habitação, terão dificuldade em realizar os princípios supramencionados<sup>87</sup>.

O sistema de monitoramento, ao inverso do que se tem pensado, não pode ser visto sob a ótica da segurança pública – esta deslocada do próprio sistema – mas sim de uma nova forma de tratamento da pessoa em conflito com a lei penal.

O desiderato da segurança pública por meio da ME será alcançado, mas naquela perspectiva de ser mecanismo que impulsiona o decréscimo da reincidência<sup>88</sup>, quando evita, por exemplo, que pessoas sejam encarceradas e assim não sintam os efeitos deletérios do aprisionamento, bem como as repercussões que a segregação provoca, como a de transformar um infrator pontual, em um infrator habitual.

Essa mudança de olhar, tal como o de se entender o monitorado como um sujeito de direito, fará toda diferença na abordagem da política pública de ME.

Nessa medida, o discurso abolicionista nos traz um legado relevante para formação de re-compreensões acerca do tratamento da pessoa em conflito com a lei penal.

Assim sendo, o abolicionismo penal em suas mais diversas facetas e o sistema de ME segundo entende-se, possuem ampla imbricação.

Nesse sentido, o abolicionismo não configura ausência de meios de coerção face condutas lesivas de direitos de terceiros, mas representa uma visão de redução da resposta penal e igualmente da solução da prisão (o abolicionismo na sua vertente mais radical busca eliminar a configuração cerebral atual de resposta penal, mas isto, mesmo nessa

---

<sup>87</sup> Este tema será aprofundado no item 2.3.2.

<sup>88</sup> Cf. nota de rodapé 31.

vertente, não significa ausência de meios de coerção, pois, compreende que meios cíveis e administrativos podem responder adequadamente).

Logo, meios outros de coerção aplicados pelo Estado por decorrência de condutas lesivas a terceiros, desde que balizados em princípios humanísticos e como substituição do cárcere, pode ser entendido como legado da construção abolicionista.

A aproximação que se faz entre abolicionismo e ME tem o sentido de aprimorar a postura estatal para com quem infringe a lei penal, além de, a partir da visão da criminologia, se ter um olhar crítico para com as promessas que o direito penal realiza e que, consoante se verifica, tem ampla dificuldade de viabilizar.

Com isso, quer-se deixar claro a intenção relativa a permanecer o sentido de coerção que a aplicação da ME enseja, mas que tal finalidade se logre de maneira mais aperfeiçoada.

Analisando a ME como punição, Avlana K. Eisenberg destaca níveis de restrições e o faz a partir do comparativo com o encarceramento, nesse contexto, assinala:

#### B. ELECTRONIC MONITORING AS PUNISHMENT

Both retributive and consequentialist analyses raise questions about how EM compares to other sanctions, particularly incarceration. While each person's experience of EM (like incarceration) is unique, 71 as a general principle, EM should be considered less restrictive than incarceration. 72 But this fact alone does not cut against its punitiveness. Especially given the surge of interest in alternatives to incarceration, it simply cannot be the case that anything less restrictive than incarceration is insufficiently punitive, for such argument would preclude the very possibility of alternatives to incarceration.

If one imagines broad levels of restrictiveness, the highest level, Level 4, is incarceration. 73 The next level, Level 3, is home confinement with EM, which restricts one's mobility but is widely believed to be less punitive than imprisonment. 74 The next level, Level 2, is home confinement without EM, which is obviously less restrictive as the offender is not required to wear a monitor, which many have reported to be physically painful; 75 even if the offender is subject to restrictions on mobility, the offender's moment-to-moment whereabouts are not subject to criminal justice oversight. 76 The final level, Level 1, is EM alone without home confinement. 77

77. Some may argue that Level 1 is actually more restrictive than Level 2. This determination may vary depending on how one assesses the value of physical mobility versus that of not having one's whereabouts under scrutiny. Regardless, this Article's analysis does not hinge on the difference between Level 1 and Level 2. Rather, a crucial distinction is between Level 2 and Level 3. Since EM is experienced as restrictive and painful, there should be little doubt that the addition of EM to a punishment will make it more restrictive, and, thus, that Level 3 is more restrictive than Level 2. As for the use of EM as a substitute for incarceration, the salient distinction is between Level 4 and Level 3. One scholarly account, without delineating the various levels of restrictiveness, noted that "[e]lectronic monitoring operates as an intermediate sanction because it is

less severe than imprisonment, but more restrictive than traditional probation." Button et al., supra note 4, at 417<sup>89</sup>.

Desse modo, consciente dos níveis de restrições supramencionadas e sob o viés crítico que a perspectiva abolicionista impõe, permite-se pensar re-direcionamentos na política criminal e penitenciária a partir da aplicação da ME, a qual deve se dá com respeito ao princípio da proporcionalidade e aos direitos fundamentais das pessoas.

## 2.2 O Princípio da Proporcionalidade<sup>90</sup>

A proporcionalidade conforme explicita Carlos Bernal Pulido é uma noção geral utilizada desde épocas remotas na matemática e em outras áreas do conhecimento, desse modo, não é um conceito criado na jurisprudência ou doutrina constitucional da metade do século XX. Ainda, alude o referido autor que a filosofia prática grega já conhecia a relação meio e fim, a qual é a base epistemológica da proporcionalidade<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> EISENBERG, Avlana K. op. cit., p. 136.

<sup>90</sup> A denominação do instituto da proporcionalidade configura-se em uma verdadeira miríade, alterando-se o seu modo de chamamento conforme o país e autores que se dedicam ao seu estudo. Nessa perspectiva, o nominam de “princípio da proibição do excesso” como faz Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266); “máxima da proporcionalidade”, adota essa nomenclatura Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, Theorie der Grundrechte, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006), p. 116); “postulado da proporcionalidade”, expressão assumida por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 173); “princípio da proporcionalidade” Suzana Tavares da Silva (TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 49), entre outros. O termo “princípio da proporcionalidade” encontra predileção de uso na doutrina e jurisprudência, de modo que encontra-se sedimentado pela prática, por isso entendeu-se por utilizá-lo, assim como, por compreender ser importante a estabilização da nomenclatura. Por outro lado, desse registro, não decorre crítica a aqueles que optam por elaborar denominação própria, mesmo por que os autores que assim o fazem, seguem na linha da construção de nomenclatura própria por que aquela denominação possui um propósito para a respectiva elaboração. Malgrado, essa assertiva, tem-se como fundamental manter-se no conteúdo do instituto a essência percebida em suas origens alusiva ao seu caráter de contenção do poder estatal, devendo, portanto, os seus testes serem realizados com a exigência de provas. Outrossim, mister destacar que embora seja adotada a expressão “princípio da proporcionalidade” a denominação “princípio” não é feita sob a concepção, por exemplo, a que aludide Robert Alexy (ALEXY, Robert, op. cit., p. 90), sendo em verdade concebido cada teste como uma regra (Ibid, p. 91 e 117, nota de rodapé 84), logo, não atendendo a medida que intervém em direito fundamental ao respectivo teste será considerada inconstitucional, é dizer, a medida interventiva tem que ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

<sup>91</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**: El principio de proporcionalidade como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 4ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 54.

Por outro lado, segundo o mesmo autor “el surgimiento del principio da proporcionalidade como concepto propio del Derecho publico europeo se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración”<sup>92</sup>.

Nesse sentido, partindo dessa origem político-filosófica, o supramencionado autor assinala:

De esta conocida explicación del Estado se desprenden los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del principio de proporcionalidade. Em primer término, la sociedade civil como un bien inherente al individuo, o en otros términos, de que em toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo com su propio criterio, elegir sus objetivos. En segundo lugar, como correlato de lo anterior, en la concepción contratualista se hace explícita la convicción de que la potestad estatal para intervenir en la libertad solo puede ejercerse em los casos necesarios y com la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidade. El disfrute de la libertad aparece entonces como la situación normal, y la intervención estatal como una circunstancia excepcional, limitada en sus efectos únicamente a lo inexcusable.

Nesse contexto, essa formulação de Estado, principalmente tomando em conta a segunda premissa acima mencionada, criou condições para que se exigisse nas intervenções estatais na liberdade do indivíduo que estas fossem proporcionais.

Aludida essa perspectiva político-filosófica, tem-se nos tempos atuais que o princípio da proporcionalidade encontra-se presente nos mais diversos ordenamentos jurídicos dos países no mundo.

Todavía, essa afirmativa não surpreende, na medida em que o princípio possui ligação umbilical com o Estado de Direito, assim aqueles países que adotam esse formato de Estado tendem a homenageá-lo visto que serve para o balizamento no âmbito do conflito entre as liberdades dos cidadãos e os fins estatais<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Ibid, p. 55.

<sup>93</sup> MARCIEIRINHA, Tiago <<Avaliar a avaliação custo-benefício: um olhar sobre a concepção francesa do princípio da proporcionalidade>>. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 834.

Malgrado, nessa ideia de fundamento do princípio da proporcionalidade relacionado ao Estado de Direito, há aqueles que apontam ser o aludido princípio mais conectado com a ideia de justiça<sup>94</sup> ou mesmo com os direitos fundamentais<sup>95</sup>.

Por outro lado, indo além da perspectiva estadual de engendramento do princípio Suzana Tavares da Silva aponta que nas últimas décadas o princípio universalizou-se de modo tal que “constitui hoje um ‘padrão universal de valoração de poderes e medidas’”, nesta esteira assinala sua presença nos ordenamentos jurídicos “global, internacional, europeu, constitucional dos países do sistema continental e constitucional dos países da *common law* e, ainda, dos constitucionalismos mais recentes do espaço *Commonwealth*, como o de Israel e da África do Sul”<sup>96</sup>.

Não obstante, é entendimento comum ser a Alemanha, por meio da sua jurisprudência e dogmática, o berço da construção clássica do princípio da proporcionalidade, mais especificamente a sua manifestação inaugural de forma autonomizada se deu na esfera do direito penal, sendo realizada pelo Supremo Tribunal Administrativo da Prússia (PrOVG) no âmbito da análise da *Allgemeines Landsrecht* (ALR) prussiana, nomeadamente, do seu § 10 II 17. Tem-se também, que neste primeiro momento o princípio da proporcionalidade abrigou apenas a necessidade do meio<sup>97</sup>.

Já no plano doutrinário Carl Glottlieber Svarez foi marcante para o desenvolvimento deste princípio no direito de polícia prussiano ao traçar as linhas de delineamento dos subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (p.e.s.e)<sup>98</sup>.

Mas também, mister salientar que o direito prussiano conheceu a construção do subprincípio da idoneidade ou adequação, o qual se concebeu a partir das ideias

---

<sup>94</sup> Ibid, p. 834, *apud* F. Wieacker *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*, in M. LUTTER / W. STIMPEL / H. WEIDEMANN (orgs.), *Festschrift für Robert Fisher*, Walter Gruyter, Berli, New York, 1979, p. 873.

<sup>95</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 267.

<sup>96</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana, *op. cit.*, p. 50.

<sup>97</sup> Cf. MARCIEIRINHA, Tiago, *op. cit.*, p. 834, nota de rodapé 6. O mencionado autor, ainda aponta, acerca do desenvolvimento do conceito do princípio da proporcionalidade como sendo a primeira tese alemã relacionada ao tema, aquela elaborada por R. VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Ludwig Appel, Hamburg, 1955, p. 4. Em sentido contrário, Lucas Catib de Laurentiis afirma ser incorreto a assertiva de que a proporcionalidade em seu nascimento se resumia a necessidade (LAURENTIIS, Lucas Catib De. **A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 224).

<sup>98</sup> PULIDO, Carlos Bernal, *op. cit.*, p. 57-58.

jusnaturalistas amplamente aceitas no período relativas a liberdade do indivíduo frente ao Monarca ou a Administração, os quais somente poderiam viabilizar intervenções no campo de liberdade das pessoas se consubstanciado na prossecução de um fim coletivo, ou seja, em benefício da comunidade. Nessa perspectiva, se compreendeu pela possibilidade de controle dos atos estatais, os quais deviam observar a idoneidade, é dizer, deviam respeitar a “racionalidade teleológica”<sup>99</sup>.

Com isso, e no ensejo desses instrumentais, o direito de polícia prussiano desenvolveu este princípio na conformação de conceito jurídico único, o qual começou a ser conhecido por princípio da proporcionalidade ou de excesso de proibição, tendo por conteúdo a análise dos atos estatais nas suas dimensões de idoneidade, necessidade e p.e.s.e<sup>100</sup>.

No plano normativo, pode-se dizer que a *Magna Charta Libertatum* de 1215<sup>101</sup>, foi o primeiro diploma a limitar o poder com base no princípio da proporcionalidade ao estabelecer uma graduação entre a gravidade do delito e a respectiva pena, não permitindo penas excessivas.

Seguiram com regramentos que descreviam proibição a penas excessivas a *Bill of Rights*, de 1689, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diplomas históricos, os quais pode-se dizer, são marcos civilizatórios para os países ocidentais.

Destarte, é fácil observar que as origens do princípio da proporcionalidade decorrem de preocupações relativas a contenção do poder punitivo sobre o indivíduo<sup>102</sup>.

Nessa medida, esta pesquisa buscou, dentre outras metas, trazer as inspirações que permitiram a construção do instituto no passado para enfrentar problemáticas do presente, as quais possuem matizes diversas, mas compreendem a mesma essência.

O princípio da proporcionalidade na sua versão contemporânea, relativa aos três testes refere Suzana Tavares da Silva, está associada a jurisprudência do Tribunal

---

<sup>99</sup> Ibid, p. 58.

<sup>100</sup> Ibid, p. 58.

<sup>101</sup> Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-charta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acessado em: 09.09.2018

<sup>102</sup> Não obstante, esse caminho inicial coligado a refrear o poder punitivo em relação ao indivíduo, o princípio da proporcionalidade seguiu sua trajetória de desenvolvimento transpondo-se para todo o direito público.

Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), sendo marcos históricos os casos “Farmácia e Luth”, ambos de 1958<sup>103</sup>.

O triplo teste consiste na aplicação pelo tribunal, conforme aponta Robert Alexy, das “três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”<sup>104</sup>.

A adequação é o primeiro teste a ser desenvolvido no âmbito da verificação da proporcionalidade, compreendendo segundo a visão majoritária da doutrina, na análise acerca de ser válido o ato estatal que intervém em direito fundamental se realizar ou ao menos fomentar os objetivos a que se propõe alusivos a consecução de um outro direito ou interesse geral<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 52.

<sup>104</sup> ALEXY, Robert, op. cit., p. 116-117.

<sup>105</sup> Cf. a respeito, TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 52-53, a autora assinala como o TCFA compreende o princípio da proporcionalidade, e principia por declinar os delineamentos da adequação, mencionando que “o tribunal deve, em primeiro lugar, analisar a adequação da medida (*Geeignetheit*), ou seja, a sua idoneidade para a prossecução do fim, o que consubstancia, também, uma expressão do óptimo de Pareto (otimização relativa em face de condições fácticas) no sentido de que nenhuma medida restritiva de um direito deve ser admitida se com ela não se visar a promoção de um outro direito ou interesse geral”. Não obstante, trazer a perspectiva conceitual do TCFA propõe “uma proposta de recompreensão do princípio”; Ainda na doutrina portuguesa, cf., CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 269-270, este autor trata a adequação como subprincípio constitutivo do princípio da proibição do excesso (princípio da proporcionalidade) nestes termos aduz que “O **princípio da conformidade ou adequação** impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacente. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Ziekonformität*, *Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*. Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do *fim* das leis dada a liberdade de conformidade do legislador”; No Brasil por todos, pode-se destacar a doutrina de Humberto Ávila para quem “pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. (...). Em qualquer das duas hipóteses, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, a atuação da Administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 180); Na Alemanha, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, apontam “Adequação significa que a situação que o Estado cria com a ingerência e aquela em que o fim prosseguido deve ser considerado como, estando realizado, se encontram numa relação proporcionada por hipóteses comprovadas. No entanto, o meio não tem necessariamente de alcançar plenamente o fim, mas tem de o facilitar (PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Staatsrecht: grundrechte, Tradução de António Francisco de Sousa, António Franco, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 144).

Explicitando como o raciocínio da análise da adequação da medida que intervém em direito fundamental deve se suceder, Robert Alexy assinala:

Se M1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z – que ou é requerido por P1 ou é idêntico a ele –, então, M1, não é exigida por P1. Para P1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M1, ou não. Se, sob essas condições, M1 afeta negativamente a realização de P2, então, a adoção de M1 é vedada por P2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas. Isso vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A dedução acima exposta é uma fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio. Ela pode ser chamada de “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”<sup>106</sup>.

Importante que se guarde a dinâmica de compreensão de Robert Alexy acerca da máxima parcial da adequação, pois no item subsequente foi utilizada para analisar a adequação da lei estatunidense relativa a ME para a vida toda de pessoas que tenham praticado crimes sexuais.

Na oportunidade foi realizado o devido diálogo com a criminologia, a fim de que esta disciplina conceda seus respectivos aportes alusivos nomeadamente a pesquisas empíricas realizadas quanto a ME nessas hipóteses.

Tem-se, como plenamente possível e salutar a realização de diálogo entre o direito constitucional e a criminologia nessas circunstâncias, haja vista que como anota Robert Alexy, a máxima parcial da adequação decorre “da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face de possibilidades *fáticas*”<sup>107</sup>, ou seja, a análise de constitucionalidade da medida se deu a partir de suporte concernente a dados da realidade, nesse mister é que os aportes criminológicos foram fundamentais para elucidação da verificação relativa ao alcance dos fins que promete algumas formas de ME que foram, no item seguinte, objeto de estudo mais pormenorizado.

---

<sup>106</sup> ALEXY, Robert, op. cit., p. 120.

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006), p. 118. Por outro lado, Lucas Catib De Laurentiis acrescenta a compreensão de que além de fática há a perspectiva normativa no teste da adequação pela qual a medida restritiva é obrigada a cumprir parâmetros e finalidades (LAURENTIIS, Lucas Catib De. **A proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 212).

Gomes Canotilho, a partir da sua explanação do conceito que denomina como subprincípio da conformidade ou adequação, embora dimensione dificuldades quando se trate de análise de controle dos fins das leis em razão da liberdade de conformação do legislador, abre campo a respectiva possibilidade de verificação, na medida em que dificuldade não é impossibilidade. Com efeito, permite a investigação e a prova da inaptidão da lei para realizar os fins que promete, por conseguinte concede o entendimento de ser possível infirmar com a pecha de inconstitucionalidade o diploma legal sob questionamento.

O que está em questão na análise em tela é até onde pode ir o Judiciário sem violar a cláusula da separação de poderes?

Para os fins do presente trabalho se focou no estudo da adequação relativo as leis, que em verdade é onde se dá a maior problemática, assim se procedeu tendo em vista que o objeto de verificação são as leis de ME de pessoas em conflito com a lei penal.

A visão da adequação até aqui exposta é no ensejo de um teste “fraco ou débil” na medida em que admite que o ato estatal possa apenas fomentar ou facilitar o objetivo perseguido e não a sua realização em todos os seus aspectos.

Nessa esteira, aqueles que compartilham dessa perspectiva, somente admitiriam no âmbito do teste da adequação uma declaração de invalidade da medida efetivada pela administração ou pelo legislativo nas situações de incompatibilidade explícita entre meio e fim<sup>108</sup>.

Humberto Ávila destaca que em razão da compreensão assinalada, o TCFA faz referência aos controles da evidência (*Evidenzkontrolle*) e da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), nessa perspectiva o Judiciário somente irá anular os atos dos outros poderes se sua inadequação for *evidente*, e não for de qualquer modo *justificável*. Tal modo de proceder se dá segundo os que sustentam essa posição em razão do princípio da separação de poderes<sup>109</sup>.

Por outro lado, na linha da variante “forte” do teste da adequação, a qual significa exigir que todos os aspectos do objetivo almejado sejam alcançados, Bernal Pulido, assinala a inclinação do Tribunal Constitucional Espanhol de forma majoritária por

---

<sup>108</sup> Neste sentido, Ávila, Humberto, op. cit., p. 182.

<sup>109</sup> Ibid., p. 182.

assimilar essa vertente, sem embargo, manifesta sua contrariedade ao entendimento da Corte Constitucional, declinando ainda que a opinião dominante na doutrina é pelo acatamento da variante “fraca ou débil” do teste da adequação<sup>110</sup>.

Essa análise das variantes se “forte” ou “fraca ou débil” do teste da adequação, dizem da intensidade do controle realizado pelo Poder Judiciário acerca das decisões adotadas pelo Poder Público (Administração e Legislador).

Trata-se, esse debate de uma questão de relevo, pois como anota Lucas Catib De Laurentiis em se seguindo a variante “fraca ou débil” do teste da adequação, esta não terá nenhum valor dogmático, haja vista que o seu propósito é substituído pelos testes seguintes. Por outro lado, como expõe também o mencionado autor, permitir que o teste da adequação esteja satisfeito à mera intenção do legislador ou autoridade pública de conseguir o objetivo almejado, sem obrigar a realização de nenhuma comprovação fática e sem apresentar nenhum critério para essa prova “significa abdicar de toda e qualquer efetividade da prova, pois a aprovação de uma norma já traz consigo um propósito, mesmo que indeterminado ou abstrato, de atingir uma finalidade”<sup>111</sup>.

Nesse sentido, Lucas Catib De Laurentiis formula proposta de reconstrução dogmática do teste da adequação alinhada a respectiva variante “forte” desse teste, a qual entende-se escoreita, porquanto consentânea com as aspirações do Estado Democrático de Direito na medida em que equilibra o sistema de freios e contrapesos (checks and balances system).

O aludido autor parte da premissa de que nenhum dos elementos ou componentes da prova geral da proporcionalidade é, em si mesmo, mais ou menos racional que os outros, por isso, apresentados substratos de prova que permitam a declaração de inconstitucionalidade da medida restritiva por meio da respectiva inadequação é indiferente que se realize o mesmo resultado no primeiro ou no último teste da proporcionalidade<sup>112</sup>.

A partir dessa linha de raciocínio Lucas Catib De Laurentiis acaba por rechaçar os argumentos que sustentam a variante “fraca ou débil” do teste da adequação, arrematando que “Não há sentido, assim, em defender a liberdade de conformação do legislador para instituir fins e criar meios que os fomentem quando no último estágio da prova se insere a

---

<sup>110</sup> PULIDO, Carlos Bernal, op. cit., p. 914-916.

<sup>111</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib De, p. 210.

<sup>112</sup> Ibid, p.210-211.

ponderação de princípios e valores, que potencialmente anula o pressuposto que guiou a aplicação da adequação”<sup>113</sup>.

Por oportuno, mister assinalar que embora o Judiciário possa realizar o mencionado controle por meio do princípio da proporcionalidade, tem-se como certo a vinculação que Legislativo e Executivo possuem em relação a observância dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>114</sup>. Mas, não é dessa circunstância que esse debate cuida, o que se procura aqui analisar é o grau de liberdade que esses poderes carregam relacionado a edição de medidas interventivas.

Nessa medida, quanto a aludida liberdade, entende-se que o Legislativo possui maior amplitude conformativa de definição de medidas que visem alcançar fins legítimos estabelecidos na Constituição, mas isto é intuitivo, haja vista que o legislador normalmente densifica por meio das leis enunciados normativos constitucionais de caráter fluído. Por outro lado, a administração pública realizará suas atividades normalmente a partir dos parâmetros fixados pela lei, a qual geralmente possui disposições mais cerradas, assim em razão dessa dinâmica o Executivo acaba por ter um grau de liberdade de conformação mais reduzido, o que não significa dizer inexistente.

De qualquer modo, dizer da liberdade conformativa do legislador ou do administrador não significa abrir margem para possibilidade de estabelecimento de medidas e fins sem comprovação de realização de resultados, mesmo por que, em o Judiciário permitindo ilações e justificativas para restrições de direitos de caráter vago estaria por comprometer sua própria análise, tendo em vista que o julgamento sob quadro fático baseado em premissas irreais ou hipotéticas tenderá a comprometer a missão do juiz constitucional de salvaguarda dos direitos fundamentais.

Destarte, deve-se realizar filtragem para que as medidas e fins não sejam abstratos a ponto de serem inavaliáveis<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Ibid, p. 211.

<sup>114</sup> O art. 18, 1, da Constituição da República de Portuguesa, expressamente destaca a vinculação que as entidades públicas e privadas têm em relação aos direitos fundamentais.

<sup>115</sup> Lucas Catib De Laurentiis igualmente preocupado com generalizações que prejudicam a determinação de sentidos e fins possíveis que possam servir de parâmetro para a aferição da adequação da medida interventiva, o autor, utiliza-se de instrumental da jurisprudência italiana, o qual é usado em outro contexto relativo ao chamado direito vivente, o qual se configura pelos tribunais da Itália valerem-se dessa ferramenta para limitar os sentidos possíveis de uma lei impugnada em sua constitucionalidade. Nessa senda, só os sentidos aplicados ou potencialmente aplicáveis pelos tribunais podem ser questionados perante o órgão incumbido de aplicar a sanção de inconstitucionalidade. Porém, em não sendo a relação

Nesse contexto, serão abstratamente adequadas aquelas medidas restritivas que estejam vinculadas a parâmetros e finalidades tão amplos quanto necessários para a aplicação da proporcionalidade<sup>116</sup>. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, analisando o anverso da moeda (a partir do ponto de vista do legislador), assinalam para uma perspectiva “Da reserva da lei à reserva de lei proporcional”, na qual apontam “proporcionalidade significa para o legislador precisamente o seguinte: as regulações e as autorizações legais que constituem ingerências nos direitos fundamentais têm de ser adequadas e necessárias para alcançar o fim respectivamente prosseguido e, por sua vez constitucionalmente legítimo”<sup>117</sup>.

Noutro norte, devido a concretude, que se abordou, dos parâmetros vinculativos da lei, tem-se que a análise da adequação se dá de maneira mais intensa quando se trate da administração pública, não significando dizer, entretanto, em ausência de margem de escolhas por parte do administrador<sup>118</sup>.

Assim, a medida interventiva será adequada no plano geral e abstrato desde que o criador da medida restritiva observe os parâmetros até aqui estipulados, todavia, entende-se mesmo nessa hipótese ser possível de um indivíduo afetado poder no plano concreto demonstrando tal ocorrência de se insurgir pleiteando a inconstitucionalidade incidental<sup>119</sup>. Nessas situações em sendo acatado o pedido o efeito da decisão será entre as partes. Tem-se, essa possibilidade, na medida que em sede de controle concreto exige-se a comprovação do fomento concreto do objetivo almejado pelo parlamento, desse modo, infirma-se a validade da norma questionada no plano do julgamento individual, permanecendo hígida no plano geral<sup>120</sup>.

---

meio e fim que fora utilizada reconhecida pelo direito vivente, esta deverá ser comprovada por meio de provas e argumentos concretos que indiquem o fomento efetivo da finalidade pretendida. Também, excetuando a regra de observância do direito vivente, o qual permite ao Poder Público de nem comprovar a relação entre meios e fins, tem-se a possibilidade de infirmar o próprio direito vivente demonstrando sua inaplicabilidade, mas nessas hipóteses o ônus da prova é todo da parte que pretenda descaracterizá-lo. Assim, de forma resumida o mencionado autor declina que o que não é possível é a admissão de medidas interventivas em direitos fundamentais com base em argumentos abstratos e gerais, que não possuam relação com o direito praticado pelos tribunais (LAURENTIIS, Lucas Catib De, op. cit., p. 216-217).

<sup>116</sup> Ibid, p. 212.

<sup>117</sup> PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, op. cit., p.140-142.

<sup>118</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib De, op. cit., p. 213.

<sup>119</sup> Em sentido contrário ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 179-180.

<sup>120</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib De, op. cit., p. 214.

Outra questão de relevo a ser analisada ainda no âmbito da adequação – e que produziu repercussão no estudo que foi feito no item seguinte relativo a aplicação prática do teste da adequação – diz do momento temporal em que deve ser verificada a adequação da medida, havendo quem defenda seja aquele relativo a criação da norma, assim se neste momento a medida restritiva estava de acordo com o ordenamento constitucional considera-se observado o teste. Por outro lado, há aqueles que entendem que a avaliação de adequabilidade da medida interventiva deve ser considerada na data do julgamento pelo órgão jurisdicional<sup>121</sup>.

Malgrado as mencionadas posições, entende-se que a maneira esbarrada de analisar a norma controlada pelo prisma temporal é considerar que não basta a medida interventiva poder ser compreendida como adequada ao tempo da sua criação, mas sim, deve ser entendida pela necessidade de permanecer como tal no curso de sua vigência, de modo que, perdendo essa qualidade invariavelmente se converterá em medida inconstitucional<sup>122</sup>. Referido entendimento, assimila-se está em sintonia com a força normativa da constituição<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Esse debate é realizado por ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 179-180, aderindo o mencionado autor pela compreensão de que a adequação deve ser verificada no momento de criação do ato do poder público.

<sup>122</sup> Nessa linha: Ibid, p. 220; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173-174. Em sentido contrário, ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 179-181.

<sup>123</sup> A força normativa da constituição, trata-se, de tese desenvolvida por Konrad Hesse, a qual contrapõe a concepção de constituição elaborada por Ferdinand Lassalle, para o qual as questões constitucionais não são questões jurídicas, chegando a mencionar que a constituição não passa de um pedaço de papel (ein Stück Papier), nessa medida Hesse compreende que como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferenciando-se, assim, da Sociologia e Ciência Política enquanto ciências da realidade ou do ser. Não obstante, articula o entendimento no sentido de haver imbricação entre a norma e a realidade, superando, portanto, o pensamento constitucional que concebia o isolamento entre ambas. Alude que esse pensamento estanque é constatado no positivismo jurídico da Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, bem como no “positivismo sociológico” de Carl Smith. Destarte, Hesse, aponta que “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser, ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação a realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas: elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”. Por outro lado, Hesse, direciona que “o significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado” (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 9, 11, 13, 15 e 28). Com isso, verifica-se que a força normativa da constituição tanto mais estará observada ao não se permitir lacunas ou

Realizado os apontamentos devidos acerca do teste da adequação, o próximo teste a ser estudado é o da necessidade.

Nesse cenário, de início convém explicitar que para ser analisado no plano prático se um ato do poder público é necessário, deve ser antes entendido como adequado<sup>124</sup>, por outro lado, o inverso não é verdadeiro, ou seja, o ato pode ser adequado, todavia ser desnecessário, portanto, inconstitucional e assim não se perquirindo do último teste do princípio da proporcionalidade a chamada p.e.s.e que a seguir será analisada.

A necessidade de um ato está conectada com sua menor onerosidade em relação a intervenção que a medida realiza no direito fundamental para atingir ao fim que almeja<sup>125</sup>.

---

lapsos de situações fáticas que não estejam conforme seus contornos, por isso o juiz constitucional nessas ocasiões sob o instrumental do teste da adequação no âmbito do princípio da proporcionalidade não poderá permitir aludidas ocorrências a pretexto de tecnicidades interpretativas como fazem aqueles que aderem ao critério *ex ante*. Por fim, na mesma medida o critério *ex post* igualmente não absorve a integralidade da compreensão que entende-se como a que se extrai do direito constitucional, pois o parâmetro não deve ser a data de um possível julgamento da medida, mas sim qualquer momento durante a vigência da medida em que se converta em inadequada. Estabelecer como limite para a análise um possível julgamento, também é equivocado, haja vista que o parâmetro mais consentâneo com a força normativa da Constituição deve ser todo o percurso da vigência da medida restritiva.

<sup>124</sup> Cf. BARAK, Aharon. **PROPORTIONALITY: Constitutional Rights and their Limitations**. Translated from the Hebrew by DORON KALIR, Cambridge University Press, First published in Hebrew by Nevo Publishing 2010, First published in English by Cambridge University Press 2012, Printed in the United Kingdom at the University Press, Cambridge, p. 320.

<sup>125</sup> Canotilho nomina o teste como “princípio da exigibilidade ou necessidade (<<Erforderlichkeit>>”, igualmente o define de forma sintética como “direito a menor desvantagem possível”, porém reconhecendo alguma vagueza no âmbito da produção da prova no que tange ao que vem a ser menor onerosidade para o cidadão, viabiliza o que chama de “operatividade prática” ao teste, inserindo elementos como “a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais <<poupado>> possível quanto a limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 270). Mesmo a partir dos elementos inseridos por Canotilho para a análise do teste e o com o fito de aprofundar o detalhamento no que tange a escolha do mais poupado, indaga-se: pode se adicionar na opção a ser exercida pelo poder público critérios econômicos? Embora não desenvolvam um tópico específico, se deflui do posicionamento de PIEROTH e SCHLINK, que entendem como possível inserir na análise, além da verificação de menor onerosidade ao cidadão, a respectiva verificação de dispêndio (PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, op. cit., p. 144-145). Todavia, em sentido contrário a essa perspectiva de adição alusiva a critérios econômicos Lucas Catib De Laurentiis assinala que “Mesmo que a substituição da medida estabelecida por uma medida represente menor intervenção no direito individual seja acompanhada de custos adicionais, que tenham que ser suportados pelo Estado ou pela sociedade, a função do teste da necessidade exige que a medida estabelecida seja declarada inconstitucional” (LAURENTIIS, Lucas Catib De, op. cit., p. 231). Ainda sobre o aludido tema Vitalino Canas evidencia que a interseção entre o fator financeiro (diretiva de eficiência econômica, de contenção financeira, ou mais abstratamente, de prossecução ótima dos interesses financeiros da comunidade, ou, por outras palavras, também, o condicionamento derivado da escassez de recursos orçamentais, articulado com o interesse da alocação racional de recursos) e o teste da necessidade suscita debates. Não obstante, indica ser majoritário na doutrina e jurisprudência aqueles que apontam acerca da relevância da consideração do fator financeiro quando da análise do teste da necessidade, assim, a medida que absorve mais recursos

---

deve ser considerada mais restritiva, em relação a outra que requeira menos dispêndio. Nesse contexto, a fim de haver o entendimento quanto ao impacto que esse fator incide na metódica da necessidade o mencionado autor distingue em limite interno e externo ao excesso de proibição, sendo o fator financeiro como limite interno, aquele em que o fator financeiro funciona como limite às alternativas disponíveis, por outro lado, o fator financeiro como limite externo, é aquele em que o fator financeiro é considerado fora da estrutura do princípio da proporcionalidade, ou seja, são realizados todos os testes inerentes ao princípio sem a consideração do fator financeiro e após sua realização ai sim apura-se o peso dos argumentos inerentes ao fator financeiro desfavorável à adoção da medida, a fim de saber se é suficiente para desaconselhar e para obrigar à adoção de outra menos onerosa, não obstante eventualmente mais interferente. Nessa medida, em verdade será feito uma análise de ponderação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da sustentabilidade financeira e econômica, a qual será realizada segundo as circunstâncias em concreto, momento em que prevalecerá um ou outro. Descrito o que vem a ser a análise do fator financeiro como limite interno e externo, se posiciona o autor como mais desejável à adoção como limite interno, pois não vislumbra vantagem na realização de sucessivas ponderações. Porém, mesmo considerando o fator financeiro como limite interno, pontua o autor que nem todos os meios devem ser considerados como alternativos, pois aqueles que sejam de valores financeiramente exorbitantes não devem sequer ser considerados para os fins do teste da necessidade. Por outro lado, manifesta também haver quem sustente dever ser o custo neutro ou igual a medida com a qual se compara, assim para os que pensam nesse sentido se o dispêndio for superior, embora a medida interfira menos no direito sujeito a intervenção, pode o legislador nem cogitá-la como alternativa, todavia assevera Vitalino Canas não ser a sua compreensão, haja vista que entende não existir motivo para liminarmente o legislador desconsiderar sem qualquer ponderação que meios menos interferentes mas mais dispendiosos sejam considerados como alternativos para os fins do teste da necessidade. Discorre igualmente acerca de considerações separadas e agregativas, mas estabelece que independentemente da adoção de uma ou de outra o que fica estabelecido é que ambas permitem a possibilidade de resultado alusivo ao legislador poder considerar como meio alternativo aquele mais dispendioso, mas menos interveniente a direito, porém essa hipótese como pondera o mencionado autor é recusada por boa parte da doutrina. Expõe também entendimento quanto aos limites ao poder do juiz constitucional assinalando que o fato de o legislador dever obedecer ao conteúdo do teste da necessidade ora desenvolvido e que se expressou, não significa conferir automaticamente poder ao juiz constitucional de controlar, anular, substituir, em qualquer circunstância a valoração do legislador. O aludido autor verticaliza mais ainda o tema, todavia o que se explicitou é o que interessa para o presente texto (CANAS, Vitalino. **O princípio da proibição de excesso na conformação e no controlo do ato legislativo.** (Teses de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2017, p. 618-625). Aharon Barak anota diversos julgados nos quais Supremos Tribunais e Tribunais Constitucionais reconheceram a inconstitucionalidade de leis em razão da não observância pelo legislador do teste da necessidade, tais quais os julgamentos realizados pela Suprema Corte Israelense em CA 6821/93 United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village [1995] IsrLR; HCJ 8276/05 Adalah – he Legal Center for the Rights of the Arab Minority v. Minister of Defense [2006] (2) IsrLR 352; HCJ 1715/97 Israel Investment Managers Association v. Minister of Finance [1997] IsrSC 51(4) 367; os julgamentos realizados pelo Tribunal Constitucional da África do Sul em S. v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391 (CC); S. v. Manamela, 2000 (3) SA 1 (CC) e o julgamento do TCFA em BVerfGE 53, 135. Outrossim, acerca da natureza do teste da necessidade assinala que “the main point of the necessity test – which is an expression of the notion of efficiency, or, more specifically, of Pareto efficiency – is that the law’s purpose can be achieved through hypothetical means whose limitation of the protected right would be to a lesser extent. Accordingly, the necessity test does not require the use of means whose limitation is the smallest, or even of a lesser extent, if the means cannot achieve the proper purpose to the same extent as the means chosen by the law. He necessity test does not require a minimal limitation of the constitutional right; it only requires the smallest limitation required to achieve the law’s purpose. At times, even the “smallest” limitation may be harsh. Indeed, the necessity test compares two rational means that equally realize the law’s purpose. In this situation, the legislature should select the means whose limitation of the constitutional right is smallest. He necessity test is triggered only when the fulfillment of the purpose is possible through the use of several alternative rational means, each of which limits the constitutional right to a different extent. In this situation, the necessity test demands that the legislator choose the means which limit the constitutional right to the least extent. In order, to properly answer the question of whether the alternative means – which limit the right to a lesser extent – equally advance the

Entende-se, não haver maiores dificuldades na análise de medidas pela perspectiva da necessidade quando o ato estatal não vise a diversos fins ou níveis de realização das respectivas finalidades que dificultem ou tornem inviável as medidas alternativas<sup>126</sup>.

Ilustra a forma mais simples do exame da necessidade, a formulação concebida por Robert Alexy, pela qual:

A constelação mais simples é caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão). Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio  $P^1$  (ou Z é simplesmente idêntico a  $P^1$ ). Há pelo menos duas medidas,  $M^1$  e  $M^2$ , para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas.  $M^2$ , afeta menos intensamente que  $M^1$  – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio –  $P^2$  – exige. Sob essas condições, para  $P^1$  é indiferente se se escolhe  $M^1$  ou  $M^2$ . Nesse sentido,  $P^1$  não exige que se escolha  $M^1$  em vez de  $M^2$ , nem que se escolha  $M^2$  em vez de  $M^1$ . Para  $P^2$ , no entanto, a escolha de entre  $M^1$  e  $M^2$  não é indiferente. Na qualidade de princípio,  $P^2$  exige uma otimização tanto em relação às

---

purpose as the means chosen by the legislator, an understanding of both the purpose and the probability of its being achieved through the alternative means is necessary. An estimate is insufficient; the understanding should be of the concrete factual data, as well as of the probabilities and risks involved. ”. Destarte, reconhece o mencionado autor que o teste de necessidade é aplicado naquelas oportunidades em que o cumprimento do objetivo pretendido pela lei interventiva é possível a partir do uso de vários meios racionais alternativos, porém cada um dos quais limita o direito constitucional em uma extensão diferente. Nesta situação, o teste da necessidade exige que o legislador escolha os meios que limitam o direito constitucional ao mínimo. Porém, mesmo manifestando essa compreensão, não deixa de registrar que “Accordingly, the necessity test is not met when the law’s purpose can be fulfilled through means whose limitation of the constitutional right is lesser, but requires additional limitations or expenses.” Nesse contexto, o autor concebe que o teste de necessidade não é realizado quando o propósito da lei pode ser cumprido através de meios cuja limitação do direito constitucional é menor, mas requer limitações adicionais ou despesas. Assim, para Aharon Barak a consideração que é feita no teste da necessidade deve tomar em conta que a escolha do meio menos gravoso ao direito não pode implicar em aumento de despesas. Por outro lado, assevera que “True, this leads to the further limitation of the human right, a limitation that could have been prevented were the state willing to accommodate the additional expense. But, the state refuses. He issue, therefore, is whether the state’s choice of avoiding the additional expense in order to prevent the further limitation of a human right is constitutional. He necessity test cannot assist us in attempting to resolve this issue; indeed, this discussion should be conducted within the framework of proportionality *stricto sensu*, which is based on balancing. He saying “human rights cost money” – which highlights the need to protect human rights even if this entails a financial burden – is not meant to refer to the necessity test. It is part of the balancing considerations which apply within the framework of proportionality *stricto sensu*. ”. Nessa senda, aponta o autor que como a questão implica em uma escolha, qual seja, entre diminuir a limitação em um direito, mas por outro lado elevar gastos para atingir esse fim, tal resolução se acomoda melhor na estrutura do teste da p.e.s.e, inclusive, afirma de maneira clara que não desconhece a máxima de que “os direitos humanos custam dinheiro” (“human rights cost money”), porém lhe parece que o campo próprio para o enfrentamento da questão é na p.e.s.e (BARAK, Aharon. **PROPORTIONALITY: Constitutional Rights and their Limitations**, op. cit., p. 320-321, 324 e 326). Esses posicionamentos relativos a adição de critérios econômicos no âmbito de análise da medida necessária será utilizado no item subsequente, nomeadamente quando do estudo crítico pelo prisma do princípio da proporcionalidade da legislação de ME de Portugal, no que se refere a tecnologia usada naquele país (RF) e a que se considera menos invasiva (tornazeleira eletrônica com GPS).

<sup>126</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib De, op. cit., p. 227. No mesmo sentido, ALEXY, Robert, op. cit., p. 118-119.

possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas,  $P^2$  pode ser realizado em maior medida se se escolhe  $M^2$  em vez de  $M^1$ . Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto  $P^1$  quanto  $P^2$  sejam válidos, apenas  $M^2$  é permitida e  $M^1$  é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.<sup>127</sup>

Registra-se, desde logo, a compreensão de que o debate que se pretende levantar no item subsequente quanto a uma análise pelo teste da necessidade em relação a opção portuguesa pela ME com o uso da tecnologia da RF e não do GPS, entende-se perfeitamente se enquadrar na estruturação da constelação simples a que se refere Robert Alexy.

Passado o estudo dos testes da adequação e da necessidade, segue-se ao conhecimento de como se desenvolve o teste final da p.e.s.e.<sup>128</sup>.

O teste da p.e.s.e. de forma majoritária é entendido por materializar-se por meio de uma específica forma de ponderação (em sentido bilateral ou plurilateral), havendo o reconhecimento de que a ponderação como instrumento geral é o gênero, da qual a ponderação ínsita na p.e.s.e. é uma espécie.

Face esse entendimento e em razão da desconfiança que paira sobre a ponderação no que tange a realização de juízos subjetivos, possíveis prejuízos a estabilidade das decisões jurisdicionais e possíveis violações a separação de poderes com o avanço do Judiciário sobre questões que envolvam decisões próprias do Poder Legislativo, nessa medida, ensejando debates acerca da legitimidade democrática para tanto, é que se desenvolve compreensões como as esposadas por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink para os

---

<sup>127</sup> Ibid, p. 118-119.

<sup>128</sup> Embora normalmente seja seguido como ordem sequencial de análise do princípio da proporcionalidade os testes da adequação, necessidade e p.e.s.e, Lucas Catib de Laurentiis expressa que pela perspectiva de os testes da necessidade e p.e.s.e possuírem objetos diversos em relação a verificação dos limites do poder estatal, não é possível definir preferência ou antecedência na análise de um ou outro, desse modo, tanto é admissível cogitar que um intervenção necessária seja desproporcional quanto igualmente que uma medida proporcional é desnecessária. O desdobramento dessa compreensão é que na primeira hipótese o diploma normativo não pode ser substituído por outro menos invasivo, que tenha intensidade de eficácia aproximada em relação a finalidade visada pela intervenção efetivada. Sem embargo, nada impede que mesmo sem poder ser substituído, o meio implementado possa ser considerado desproporcional em sentido estrito. Por outro lado, na segunda hipótese, o meio implementado é proporcional em sentido estrito, porém ele pode, sem prejuízo para o objetivo estatal ser substituído por outro similar, mas menos oneroso ao direito fundamental afetado. (LAURENTIIS, Lucas Catib De, op. cit., p. 245-246).

quais “para evitar os perigos que encerra o controle da proporcionalidade em sentido restrito, os problemas de um caso concreto têm de ser resolvidos, na medida do possível, percorrendo os outros aspectos de controle”<sup>129</sup>.

Neste sentido, avançando na análise, os mencionados autores expressam que embora no âmbito do TCFA em teoria a p.e.s.e. desempenhe um elevado papel, na prática isto não se constata, na medida em que o controle exercido a partir do princípio da proporcionalidade é circunscrito especialmente no contexto do teste da necessidade<sup>130</sup>.

Também nesse propósito e no ensejo da desconfiança com a ponderação Lucas Catib de Laurentiis formula uma proposta de reconstrução da p.e.s.e., assinalando dentre outros aspectos que:

Em sua lógica e sentido esse modelo se opõe ao adotado pelas teorias que veem os direitos fundamentais como valores ou princípios. Uma vez que as normas constitucionais voltaram a ser vistas como parâmetros de proteção de direitos subjetivos e não são mais equiparadas a valores objetivos, a ação do legislador deixa de ser, em princípio, vinculada. Ao contrário, ela é, em regra, livre, e só pode ser limitada quando a Constituição apresenta barreiras específicas ao seu exercício. A feição negativa da prova, que busca afastar e conter abusos do exercício do poder estatal de intervir, é simplesmente um reflexo dessa orientação. Mas, ao mesmo tempo em que espelha essa liberdade de criação do legislador, a proporcionalidade também indica e efetiva os limites excepcionais a que ele se encontra sujeito. Instrumento de defesa, a proporcionalidade exige que o Estado justifique a intervenção nesses conteúdos, e para isso trabalha com parâmetros fixos definidos pela relação entre a medida estatal restritiva e sua finalidade. Enfim, sem recorrer às metáforas da ponderação de valores, o parâmetro de controle volta a ser único e direto: contenção de excessos. E nesse ponto a proporcionalidade se distingue da noção de concordância prática, que, com fundamento na ideia de unidade da Constituição, se destina a aferir a harmonização e a otimização de normas constitucionais sem reserva legal<sup>131</sup>.

Entende-se que o mencionado autor busca de forma valorosa mitigar o que são os objetos das críticas realizadas a ponderação, todavia, a sua proposta não consegue afastar a subjetividade de quem vai interpretar, pois ela é imanente a este processo, diz-se isto, na medida em que a análise até onde pode ir o legislador quando edita lei que intervenha em direito fundamental visando atingir uma finalidade é sempre um ponto de observação que envolve essencialmente valorações subjetivas<sup>132</sup>, assim, mesmo se tomando a orientação

---

<sup>129</sup> PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, op. cit., p. 147.

<sup>130</sup> Ibid, p. 147.

<sup>131</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib De, op. cit., p. 254.

<sup>132</sup> Sob uma perspectiva filosófica Leonardo Boff acerca da subjetividade expressa que “Ler significa reler e compreender, interpretar. Cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam.

seguida pelo autor alusiva a ser a p.e.s.e. instrumento de contenção de excesso, passagem com a qual concorda-se, tal premissa segundo compreende-se não consegue retirar da atividade interpretativa a perspectiva interior (pessoal) de quem interpreta.

Portanto, entende-se mais correto o desenvolvimento de mecanismos em que se conviva com essa particularidade (subjetividade), que é em verdade inerente a humanidade<sup>133</sup>, a aperfeiçoando certamente, a fim de que não se caia no indesejável decisionismo ou voluntarismo, o que comprometeria a “legitimidade, extensão ou intensidade do controle judicial da proibição do excesso”<sup>134</sup>.

Destarte, a formatação de critérios de racionalidade e objetividade a partir do reconhecimento da inevitável afirmação da subjetividade presente em qualquer processo interpretativo realizado por um ser humano é medida necessária em países democráticos e que tem ínsito em seus sistemas as inspirações do barão de La Brède e de Montesquieu atinentes a separação e limitação dos poderes constituídos<sup>135</sup>.

---

Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê é necessário saber como são seus olhos e qual é sua visão de mundo. Isso faz da leitura sempre uma releitura. A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam. Para compreender é essencial conhecer o lugar social de quem olha. Vale dizer, como alguém vive, com quem convive, que experiências tem, em que trabalha, que desejos alimenta, como assume os dramas da vida e da morte e que esperanças o animam. Isso faz da compreensão sempre uma interpretação. Sendo assim, fica evidente que cada leitor é coautor. Porque cada um lê e relê com os olhos que tem. Porque compreende e interpreta a partir do mundo que habita. ” (BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. 50ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 15).

<sup>133</sup> Vitalino Canas expressa de maneira bastante precisa acerca do equívoco em se negar a subjetividade quando assinala que “Todavia, a proibição do excesso e, designadamente, a proporcionalidade e.s.e.é mais do que isso: é uma técnica racionalmente estruturada, catalisadora de um processo racional de decisão, mediadora de decisões suportadas por razões. A proporcionalidade e.s.e. induz à adoção de decisões que correspondem a três exigências: racionalidade formal, racionalidade substantiva (ou adequação ética), coerência textual. Essas convicções em relação as potencialidades da proporcionalidade e.s.e. não significa que se aceite que é possível definir uma estrutura matematizada, capaz de *crystalizar* quer na fase de tomada de decisão legislativa, quer na fase de controle. A confiante profissão de fé na possibilidade de quantificação é ilusória. Embora alguns asseverem que é possível tornar automática a aplicação do direito em situações de ponderação ou (nem sempre de forma laudatória) que a proibição do excesso tem forçosamente associada a ideia da precisão matemática ou quantificação, essas ideias insubsistentes. Aliás, não só é impossível definir fórmulas matemáticas ou quantificadas como não se pode atingir uma formalização rígida. O alinhamento e cruzamento de argumentos, com inevitáveis e constantes trocas e cedências mútuas de pesos, num processo permanente vai e vem metódico, não é passível de uma modelização rígida. A tentativa de esbater ou dissimular o fator *subjetivo* transportado pelo concreto decisor, através de um modelo altamente formalizado, insensível – talvez até hostil – ao fator humano, esbarra com a realidade do processo deliberativo. A demonstração da racionalidade e da objetividade da ponderação não pode cair no excesso de desmentir ou ignorar o fator subjetivo. “ (CANAS, Vitalino, op. cit., p. 807-808).

<sup>134</sup> Ibid, p. 806.

<sup>135</sup> Ibid, p. 806.

De modo diverso, a negação da possibilidade da realização de uma ponderação racional e objetiva produziria o cerceamento do Estado Juiz, tendo em vista que nada justificaria em um cenário de Estado Democrático de Direito a troca da subjetividade legislativa, que possui capital democrático face a eleição de seus representantes, pela subjetividade judiciária<sup>136</sup>.

Entende-se caminhar no sentido da racionalização e objetividade a doutrina de Robert Alexy,<sup>137</sup> pela qual:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito (...) expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação:

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento.

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>138</sup>

Nesse contexto de avaliação da constitucionalidade de atos estatais, com prudência, deve ser homenageada a evolução e acúmulo do Poder Judiciário que vem desde a muito, mas que registra marco temporal relevante no ano de 1803, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos julgando o caso *Marbury v. Madison*, afirmou o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de leis, assim como a sua posição de superioridade na interpretação da Constituição, assinalando, desse modo, os fundamentos do *judicial review*<sup>139</sup>.

Ademais, na atual quadra em que se verifica uma ampliação da complexidade das relações sociais e na qual está presente o convívio de múltiplas visões de mundo, entende-se como escorreita a análise de Aharon Barak para quem a ponderação possui posição de essencialidade em uma sociedade plural e litigante<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> Ibid, p. 806.

<sup>137</sup> Cf. ALEXY, Robert, op. cit., p. 163-176.

<sup>138</sup> Ibid, p. 593-594.

<sup>139</sup> Neste sentido, texto constante no sítio da Suprema Corte dos Estados Unidos nominado “The Court and Constitutional Interpretation” Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>>. Acessado em: 29.06.2019.

<sup>140</sup> BARAK, Aharon. **PROPORTIONALITY**: Constitutional Rights and their Limitations, op. cit., p. 345.

Assim, reconhecida a ponderação como elemento relevante no cenário hodierno, vê-se como algo primordial a destacar que se em relação aos testes da adequação e da necessidade há clareza no objeto desses testes, diversamente na p.e.s.e, o objeto do juízo ponderativo não se mostra tão cristalino, pois as propostas representativas da doutrina e jurisprudência alusivas ao que se irá ponderar não apresentam consenso<sup>141</sup>.

Nesse contexto, mostra-se escorreito assinalar a compreensão que entende-se seja a que melhor orienta a solução mais consentânea com o ordenamento jurídico que adote o teste da p.e.s.e..

Nesse sentido, entende-se que a elaboração que melhor compreende conceitualmente o que seja o objeto ponderativo da p.e.s.e. é a estabelecida por Vitalino Canas para quem:

na esfera do segmento da proporcionalidade e.s.e. valoram-se e contrapesam-se *os efeitos positivos referentes à satisfação de bens, interesses ou valores e os efeitos negativos de interferência em bens, interesses ou valores com aqueles colidentes*, com a mediação de *tertium comparationis* que permita estabelecer uma relação ordinal, de mais/menos (ou maior/menor) ou igual, entre a importância daqueles efeitos<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Vitalino Canas anota diversas posições sobre as quais se entende seja o objeto da ponderação, sendo as seguintes: “(i) a intensidade da restrição provocada pelo meio e o peso das razões que falam a favor do fim estatal; (ii) o peso do argumento que suporta a aplicação de outro princípio; (iii) o meio e o fim; (iv) os benefícios ganhos com o preenchimento do fim prosseguido e os males causados aos bens, interesses ou valores sacrificados; (v) os custos e os benefícios; (vi) a relação concretamente existente entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar; (vii) o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido; (viii) os princípios constitucionais simultaneamente aplicáveis; (ix) interesses colidentes; (x) a relação entre necessidades do indivíduo e as necessidades da comunidade como um todo; (xi) o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio e a importância da satisfação de outro; (xii) a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim legislativo; (xiii) a importância social do benefício marginal ganho através da lei restritiva e a importância social de prevenir o dano marginal do direito no momento do conflito; (xiv) a seriedade da interferência e a importância e urgência dos fatores que a justificam; (xv) o fim prosseguido e a gravidade da intervenção; (xvi) o dano para os indivíduos e o ganho para a comunidade; (xvii) a tutela adicional de um bem, interesse ou valor conseguida com o meio em comparação com a situação anterior e o dano adicional ao bem, interesse ou valor gerado pela medida; (xviii) a relação entre acréscimo marginal do benefício obtido e o decréscimo marginal de liberdade imposto pelo meio adotado, em comparação com a situação existente ou outra hipótese alternativa; (xix) os efeitos e o objetivo; (xx) os efeitos benéficos da limitação do direito e os efeitos perniciosos dessa limitação.” (CANAS, Vitalino, op. cit., p. 787-789).

<sup>142</sup> Ibid, p. 795.

Tem-se, a propósito deste ensejo, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)<sup>143</sup>, no quadro da respectiva jurisprudência tem aventado como objeto ponderativo da p.e.s.e. o peso das razões e argumentos, inclusive, nessa perspectiva adequação e necessidade perdem autonomia metódica e são considerados apenas fatores a serem ponderados, nessas circunstâncias a medida interventiva ser inadequada ou desnecessária não é o fundamental, sendo desse modo, questão que pode interferir ou não na verificação da (des) p.e.s.e.<sup>144</sup>.

Por oportuno, vale mencionar que o TEDH ante a tarefa de protetor e interprete da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, quando se depara com um ato do Estado (lei, ato administrativo, sentença, entre outros) que não esteja em consonância com a *convenção* assinala que aquele ato é incompatível com esta.

Porém, para chegar a conclusão de julgamento toma por metodologia a análise de consenso acerca da matéria dentro do Conselho da Europa, concedendo ou não, assim, margem de apreciação ao Estado-membro<sup>145</sup>. Por conseguinte, quando se trata de um aspecto particularmente importante da existência ou da identidade de um indivíduo como, por exemplo, em casos envolvendo o direito à vida privada e familiar que adiante irá se enfrentar, a margem de apreciação concedida a um Estado será, em geral, restrita. Contudo, se não houver consenso nos Estados-membros do Conselho da Europa sobre a relevância do interesse em jogo ou sobre a melhor forma de o proteger, é provável que a margem seja mais alargada. Isto é particularmente verdade quando o caso levanta questões complexas e escolhas de estratégia social: o conhecimento direto das autoridades sobre a sua sociedade e as suas necessidades significa que estão em melhor posição do que o juiz internacional para apreciar o que é do interesse público. Nesse caso, o TEDH geralmente respeitará a escolha política do legislador, a menos que seja “manifestamente desprovida de

---

<sup>143</sup> Não serão feitas digressões acerca do entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em relação ao princípio da proporcionalidade em razão de que tal conhecimento não possui conexão direta com objeto do presente trabalho, tendo em vista que referido Tribunal de maneira sintética busca efetivar o direito europeu a partir dos parâmetros que decorrem das competências da União Europeia (EU). Por outro lado, saber como o TEDH compreende a temática faz-se relevante na medida em que este Tribunal de maneira resumida é responsável por garantir a tutela dos direitos individuais violados por atos de Estados-membros da Convenção que infringem disposição da *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* – de forma abreviada chamada *Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)*.

<sup>144</sup> Ibid, p. 789-790.

<sup>145</sup> Segundo Vitalino Canas a amplitude da margem de apreciação interfere na “repartição da carga da prova a propósito da p.e.s.e.” (CANAS, Vitalino, op. cit., p. 121).

fundamento razoável”. Geralmente, haverá também uma ampla margem concedida se o Estado for obrigado a estabelecer um equilíbrio entre interesses privados e públicos concorrentes ou direitos da convenção<sup>146</sup>.

A análise do consenso segundo Kanstantsin Dzehtsiarou passa por quatro tipos de consensos, sendo eles “1. Consenso baseado na análise comparativa das leis e práticas das Partes Contratantes; 2. Consenso baseado em tratados internacionais; 3. Consenso interno da Parte Contratante demandada; 4. Consenso de especialistas”<sup>147</sup>.

Nessa senda, o TEDH busca respeitar a identidade do país até que se forme o consenso.

Acerca da metódica do TEDH Ireneu Cabral Barreto arremata:

O Tribunal sempre entendeu que a *Convenção* é um instrumento vivo a interpretar à luz das condições da vida atual, de acordo com as transformações que se devem considerar adquiridas no seio da sociedade de que fazem parte os Estados Contratantes, pois só assim se protegem os direitos não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos, e o Tribunal sempre chamou a si esta tarefa.

Mas, ao aplicar a *Convenção* a situações novas, o Tribunal procede com cautela de modo a que suas decisões possam refletir tanto quanto possível um sentir existente no seio dos Estados sob a sua jurisdição.

O Tribunal deseja ser o promotor de um ordenamento jurídico europeu comum na matéria que cabe cuidar, a dos Direitos Humanos, mas prosseguindo um caminho que encontre as suas referências no ordenamento jurídico dos diversos Estados membros.

E, se o Tribunal não fica à espera de uma harmonia total, dificilmente ele avançará sozinho sem o apoio mais ou menos sólido de algumas jurisdições nacionais e, naturalmente, sem o apoio de alguns tribunais superiores, pois são eles os melhor[es] colocados para se aperceberem das mudanças sociais ocorridos ao nível interno.<sup>148</sup>

Dito isto, mister ressaltar que conhecer o papel, como se formam os julgamentos e a metódica utilizada pelo TEDH ganha especial relevância nesse contexto de internormatividade e diálogo judicial, na medida em que se terá maior clareza para absorver a jurisprudência da Corte, a qual possui especial relevo nesse cenário.

Por outro lado, conhecer também as nuances relacionadas a Justiça Constitucional no que tange à fiscalização que exercem na seara dos direitos fundamentais, é necessário,

---

<sup>146</sup> TEDH, Caso Khoroshenko vs Rússia, de 30 de junho de 2015, § 120, p. 35.

<sup>147</sup> DZEHTSIAROU, Kanstantsin. **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 39.

<sup>148</sup> BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 34.

pois tal instância é farol que traz luz para que enxergue-se a forma que esses direitos se expressam diante dos fatos da vida.

Diz-se que quando se quer saber o conteúdo de um determinado direito ou instituto mister se faz conhecer o que os Tribunais dizem a seu respeito, no caso, em matéria de direitos fundamentais ou em relação ao princípio da proporcionalidade, expressamente deve-se pesquisar o que os tribunais constitucionais, tribunais supremos dos Estados, tribunais supranacionais ou tribunais internacionais que julgam esses temas estão decidindo<sup>149</sup>.

Dessa forma, saber a que estes Tribunais se propõem, notadamente os que compõem a Justiça Constitucional e o TEDH, se faz salutar, a fim de se entender também como se formam os respectivos julgamentos.

Segundo Alves Correia, pode-se definir a Justiça Constitucional, nos seguintes termos:

Podemos, em face do que vem de ser dito, definir a *justiça constitucional* como a parte do direito constitucional que tem por objeto o estudo do conjunto dos órgãos, processos e técnicas de fiscalização jurisdicional da observância das regras e princípios constitucionais pelos órgãos detentores do poder normativo público, em especial pelo legislador, isto é, de garantia da supremacia da Constituição, e a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, que expressa a insubstituível função interpretativo-concretizadora, densificadora e criadora do nosso órgão supremo da justiça constitucional, em diálogo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, em aplicação das normas dos tratados e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e, sobretudo, com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em concretização da Declaração Europeia dos Direitos do Homem. De facto, a interação da Constituição Portuguesa em rede com aqueles “Textos Constitucionais Europeus”, formal e materialmente entendidos, e o lastro jurisprudencial de interconstitucionalidade daqueles dois Tribunais são dados incontornáveis de uma abordagem séria da nossa justiça constitucional<sup>150</sup>.

Do mesmo modo, Alves Correia, ainda quanto a Justiça Constitucional, assinala que “À Justiça Constitucional (...) cabe uma importante tarefa de *concretização e desenvolvimento do direito constitucional*, contribuindo decisivamente para o enriquecimento e o aprofundamento da sua dogmática<sup>151</sup>”.

---

<sup>149</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 28.

<sup>150</sup> *Ibid*, 19-20.

<sup>151</sup> *Ibid*, 24-25.

Destacam-se como objetivos da Justiça Constitucional garantir a separação de poderes, o papel contra-majoritário de tutela das minorias e a observância dos direitos fundamentais nas relações verticalizadas entre cidadão e Estado, bem assim nas relações horizontais entre cidadãos<sup>152</sup>.

Algo de fundamental relevo a se destacar na análise das funções dos tribunais constitucionais e tribunais supremos dos Estados é o fato de terem como tarefa a guarda da Constituição do respectivo país a que pertença.

Nesse sentido, a princípio referidas cortes constitucionais tenderiam a ter como metódica de julgamento a análise de casos de forma introspectiva tão somente considerando a identidade cultural nacional e outros aspectos próprios do respectivo país a que o órgão jurisdicional constitucional pertença.

Essa forma de realizar a jurisdição em países, por exemplo, europeus traz problemas para o sistema, pois gera aparente *concorrência entre instâncias*, no caso entre as Cortes Constitucionais, Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)<sup>153</sup>. Em países que não pertencem ao espaço europeu enseja empobrecimento de perspectiva de análise, pois em um mundo globalizado e inserido na internormatividade – como demonstram os diversos diplomas internacionais e nacionais<sup>154</sup> que cuidam da disciplina do respeito aos direitos fundamentais e/ou humanos, os quais possuem ampla similaridade, por conseguinte se interrelacionam na medida em que representam um consenso em torno do tema formando uma rede – deixar de comparar e absorver casos envolvendo o mesmo regramento já decididos em cortes constitucionais

---

<sup>152</sup> Ibid, 42, 46.

<sup>153</sup> Suzana Tavares da Silva define bem o campo de competência do Tribunal Constitucional, TJUE e TEDH quando sublinha “Na verdade, apesar de teoricamente cada órgão judicial cumprir uma tarefa diferente – o tribunal constitucional apenas guardar a constituição do respectivo Estado-membro, o TJUE apenas efectiva o direito europeu em grande medida balizado pelas competências da UE e o TEDH apenas garante a protecção de direitos individuais contra ao actos dos Estados-membros da Convenção que violem o disposto na CEDH – a verdade é que na prática multiplicam-se os casos em que assistimos a uma aparente “concorrência entre instâncias” (Knauff, 2010)”. (TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 106).

<sup>154</sup> Pode-se exemplificar o que consta no texto a partir do desenvolvimento e reconhecimento do direito à vida privada e familiar, o qual passou a frequentar diplomas normativos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) artigo 12º, o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) artigo 17º, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Conv. Am.) - artigo 11º, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta da eu) artigos 7º e 8º, Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Conv. Europ) artigo 8º, a Constituição da República Portuguesa – artigo 26º, Constituição da República Federativa do Brasil – artigo 5º, X, XI e XII, entre outros.

de outros países ou em tribunais internacionais ou supranacionais, é medida pouco produtora.

Uma solução que se entende interessante é a adoção do diálogo judicial (*judicial dialogue*)<sup>155</sup> o qual se consubstancia no entendimento de que os tribunais, notadamente as cortes constitucionais, devem na análise dos casos atinentes a sua competência buscar julgados de tribunais constitucionais e supremas cortes de outros países, tribunais internacionais ou supranacionais relativos ao tema que irá apreciar lançando no respectivo decisório como argumento de decisão.

Nessa perspectiva, o Tribunal Constitucional Português (TCP) e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) deste mesmo país, já vem acompanhando esse direcionamento, conforme Ireneu Cabral Barreto observa “Os nossos Tribunais, a começar pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, estão normalmente atentos à jurisprudência de Estrasburgo, chegando por vezes a invocar diretamente a *Convenção* para afastar normas que com ela não se conciliam<sup>156</sup>”.

Feita as necessárias digressões acerca da missão da justiça constitucional. No ponto específico em análise relativo ao p.e.s.e., tem-se que o TCP não possui posicionamento estabilizado, cambiando conforme Vitalino Canas aponta entre “a que alude à ponderação da *carga coativa* decorrente da medida adotada e do peso específico do *ganho de interesse público* que tal medida visa alcançar”<sup>157</sup>: “No acórdão n.º 187/01, o Tribunal elucida que [t]rata-se (...) de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação ‘calibrada’ – de justa medida – com os fins prosseguidos (...)”<sup>158</sup>; “Pouco depois, o acórdão n.º 309/01, apesar de extensas remissões para o do parágrafo anterior, parece contrapesar *os próprios direitos* colidentes”<sup>159</sup>; “No acórdão 609/07, começa por se falar da ponderação de *interesses* para depois se falar da ponderação de

---

<sup>155</sup> Para mais aprofundamento do tema ver a esse respeito Suzana Tavares da Silva, *Direitos Fundamentais na Arena*, p. 136-156.

<sup>156</sup> BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 44, 50-53.

<sup>157</sup> O autor em tela refere os acórdãos n.ºs 1182/96 e 632/08, n.º 11, como sendo aqueles que são os paradigmas para expor a tese (CANAS, Vitalino, *op. cit.*, p. 295).

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 296.

*vantagens*”<sup>160</sup>; “No acórdão nº 159/07, (...) o Tribunal alude à ponderação de *prejuízos* e de *benefícios*”<sup>161</sup>, entre outras.

De outro lado, o STF, normalmente quando utiliza o princípio da proporcionalidade o faz colocando-o como sinônimo do princípio da razoabilidade<sup>162</sup>, inclusive, considera que para haver transgressão do aludido princípio o ato do poder público deve ser irrazoável, nessa medida importante registrar que em verdade a Suprema Corte brasileira pouco desenvolve o princípio, é uma análise em teste único, não considera formalmente se o ato do poder público invasivo de direito fundamental é adequado ou necessário, tão somente observa as variáveis do caso em um único momento tendendo a compreender ser desproporcional o ato apenas nas ocasiões em que flagrantemente não é possível sustentá-lo.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Ibid, p. 296.

<sup>161</sup> Ibid, p. 296.

<sup>162</sup> Humberto Ávila realiza distinção entre os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, compreendendo que a razoabilidade não assimila uma relação de causalidade entre um meio e um fim, algo que, por outro lado está no contexto da proporcionalidade. Para o autor a razoabilidade se insere “como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem na normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.” (ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 171). Outrossim, entende a razoabilidade “como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer dando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.” (Ibid, p. 171). Por fim, um grupo final de casos são aqueles que envolve a razoabilidade “como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhança à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre medida adotada e o critério que a *dimensiona*. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim.” (Ibid, p. 172). Malgrado, desenvolver as características da razoabilidade que a fazem ter autonomia conceitual, Humberto Ávila admite ser possível enquadrar a razoabilidade na p.e.s.e, apontando que “Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade.” (Ibid, p. 172). Todavia, esclarece “Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio. O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).” (Ibid, p. 174-175).

<sup>163</sup> Na ADI 5044-DF, o pleno do STF julgou por maioria procedente a ação direta, declarando a nulidade parcial sem redução do texto do art. 11 da Lei Federal 7.479/1986, excluindo da sua incidência os médicos e os capelães. Em passagem do voto do Relator Min. Alexandre de Moraes este assentou que o princípio da proporcionalidade estará violado apenas quando houver “patente extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, e conseqüente desrespeito ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, que impede a criação de obrigações desprovidas de justificação fática”. Na ADI 5243, o pleno do STF julgou por maioria improcedente a ação direta, declarando, portanto, a constitucionalidade da Lei

---

Federal 13.060/2014, a qual, disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, na oportunidade tinha-se como Relator o Min. Alexandre de Moraes, porém em razão de ter sido vencido, o Relator para o acórdão foi o Min. Edson Fachin, o qual, utilizou-se, dentre outros, argumentos para decisão o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, porém sem desenvolvê-los e distingui-los, na oportunidade a leitura que se faz é a de que o Ministro, bem assim os Ministros que lhe acompanharam entenderam o princípio como contenção de abuso e a partir de que tal análise se extrai do senso comum, pois não entabulou nenhuma metódica para se aferir a aludida percepção de abuso. Continuando o estudo do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF, tem-se que sob o enfoque de análise da dosimetria da pena no AG REG HC 159.727, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes a segunda turma da Suprema Corte por unanimidade negou provimento aos agravos internos para considerar que “decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes”, para tanto foi assinalado dentre outros argumentos que “a Constituição Federal veda expressamente, na alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º, as penas de caráter perpétuo. Tal dispositivo suscita questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. ”. Nessa medida, percebe-se que a passagem do voto em que o Min. Gilmar Mendes suscita o princípio da proporcionalidade não realiza nenhum desenvolvimento em relação ao respectivo conteúdo, mas faz ligação interessante entre a vedação da pena de caráter perpétuo com o princípio da proporcionalidade da pena, a fim de não permitir punições indefinidas no lapso temporal. Outro julgamento envolvendo o princípio da proporcionalidade e sua interface com a dosimetria da pena foi o realizado por unanimidade no Ag.Reg. na Reclamação 34.528 RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no âmbito da Segunda Turma, na oportunidade se assinalou que “Como já demonstrado na decisão ora agravada, o Tribunal de origem não descumpriu o que decidido no RHC 150.358/RS, isso porque a a legislação penal não especifica o *quantum* a ser reduzido na dosimetria da pena para fins de confissão espontânea. Assim, entendo que redução de 10 meses, realizada pelo Tribunal *a quo*, atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. ”. Assim, entendo que a aplicação do princípio da proporcionalidade se deu nessa oportunidade em uma conceituação aproximada a de equilíbrio e/ou calibragem. No que tange a aplicação de sanção em processo administrativo disciplinar a posição predominante se direciona por entender pelo não cabimento da invocação do princípio da proporcionalidade quando a conduta praticada pelo servidor e respectiva punição estejam prevista em lei, nesse sentido, a Primeira Turma do STF decidiu no Recurso Ord. em Mandado de Segurança n. 24956, relatoria Min. Marco Aurélio e no Recurso Ord. em Mandado de Segurança 30.455, Relatoria Min. Luiz Fux e a Segunda Turma de igual forma decidiu no A g .Reg. no Recurso Ord. em Mandado de Segurança 34.405, Relatoria Min. Edson Fachin. No Recurso Ord. em Mandado de Segurança 30.455, Relatoria Min. Luiz Fux, este chega a assinalar que “O princípio da proporcionalidade não pode ser banalizado a ponto de acarretar o afastamento de regras legais, mormente porque a Lei nº 8.112 prevê para as condutas praticadas pelos Recorrentes a pena de demissão. ”. A Suprema Corte analisa a temática das Sanções Políticas Tributárias ou Sanções Indiretas – são aquelas restrições impostas pelo Estado ao sujeito passivo tributário que provocam sérios prejuízos a própria livre iniciativa sendo que poderia se valer de outros meios para realizar à percepção da receita pública tributária – também pelo prisma da proporcionalidade, verificou-se tal argumentação no julgamento da Segunda Turma, no Recurso Extraordinário 1.145.279, Relatoria Min. Celso de Mello, nesse julgamento o Ministro Celso de Mello, o qual foi acompanhado de forma unânime pelos demais Ministros, embora tenha citado doutrina que no estudo da questão posta utiliza o princípio da proporcionalidade pela fórmula dos três testes, acaba por afastar sanção indireta usando o princípio da proporcionalidade, mas expressando sua compreensão acerca do princípio da proporcionalidade como teste único e a razoabilidade dentro da proporcionalidade, sendo extraída essa compreensão de passagem do voto que menciona “O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do ‘substantive due process of law’ – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o

Essa compreensão de conteúdo do princípio da proporcionalidade como pode se verificar é histórica na Suprema Corte do Brasil, Gilmar Ferreira Mendes registra que o julgado na Representação n. 1.077, de 28.03.1984, “contém um dos mais inequívocos exemplos de utilização do princípio da proporcionalidade”<sup>164</sup>, inclusive, declina passagem do voto do Ministro-Relator Moreira Alves, o qual anotou “O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar um equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar”<sup>165-166</sup>.

Na mencionada reclamação 1.077<sup>167</sup>, o STF concluiu pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei nº 383, de 04.12.1980, do Estado do Rio de Janeiro, e dentre os quais o art. 118, disposição legal que criava taxa judiciária de percentual fixo, assim em determinados casos elevava os valores da taxa judiciária daquela unidade da federação a tal ponto de gerar a impossibilidade do exercício de um direito fundamental, assim como não era razoavelmente equivalente entre o serviço prestado e o respectivo custo real, a tese utilizada para julgar inconstitucional este dispositivo da lei foi a “equivalência razoável” como acima se apontou.

Outrossim, ainda trazendo as reminiscências históricas da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF Gilmar Ferreira Mendes destaca julgados como o da Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e *Habeas Corpus* (HC) nº 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que explicitam utilização do princípio como sinônimo do princípio da razoabilidade, assim como na perspectiva de teste único, ou seja analisando as questões fáticas e jurídicas em um só momento e, também tal como predomina até os dias atuais sem desenvolver metodicamente o princípio e apenas considerando para fins de invalidade pela

---

princípio do ‘substantive due process of law’” (p.12). Os julgamentos ora destacados, contemplam a participação da composição atual de Ministros da Suprema Corte do Brasil.

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 228-229.

<sup>165</sup> *Ibid*, p. 229.

<sup>166</sup> Segundo Humberto Ávila, o decidido no julgamento da representação 1.077, do STF, expressa aplicação da razoabilidade como equivalência (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 170), portanto não seria caso de aplicação do princípio da proporcionalidade.

<sup>167</sup> Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263851>>. Acessado em: 08.09.2019.

desproporcionalidade quando o ato estatal flagrantemente não é possível sustentá-lo ou quando é aplicado como regra de ponderação<sup>168</sup>.

Não obstante, o voto do Ministro-Relator Gilmar Ferreira Mendes no Recurso Extraordinário (RE) nº 635.659 (p. 16-40) e o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no mesmo julgamento (p. 9-10)<sup>169</sup>, explicitando de forma metódica o princípio da proporcionalidade, analisando a respectiva violação a partir da verificação dos testes da adequação, necessidade e p.e.s.e, faz parecer que pode está em andamento na Suprema Corte do Brasil uma revisão na análise do princípio, todavia, vale ressaltar que o Ministro Luis Roberto Barroso mesmo desenvolvendo o princípio da proporcionalidade e o destacando autonomamente, ainda o menciona como sinônimo ao princípio da razoabilidade. Outro ponto que convém destacar é em relação ao fato de que o Ministro Luis Roberto Barroso anota a proporcionalidade, mas se expressa em matéria penal pelos princípios específicos da lesividade, vedação do excesso e proibição da proteção insuficiente.

Outrossim, ainda no âmbito do julgamento do RE 635.659, o voto-vista do Ministro Edson Fachin, reconhece que a modalidade de controle de constitucionalidade de norma penal relativa a legalidade proporcional com fundamento no controle material de intensidade expressa no voto do Ministro Gilmar Mendes, guarda sintonia com a análise de constitucionalidade dos delitos de perigo. Porém, compreende que há nessa proposição dois níveis de observação: o de proporcionalidade e o de ofensividade. Nessa medida declina:

Relativamente à proporcionalidade, embora tenha matriz constitucional, não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato. Perfilhamos, nesse ponto, a opinião José Francisco de Faria Costa: "*O cerne da legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstracto não está tanto no eventual desvio ao cânone da proporcionalidade, mas antes na concreta determinação do seu sentido (ou ausência dele) violador do princípio da ofensividade*". ( COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua*

---

<sup>168</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 230-231.

<sup>169</sup> O STF no âmbito do julgamento do RE 635.659, está analisando acerca da (in) constitucionalidade do art. 28, da Lei 11.343/2006, este dispositivo criminaliza a posse de drogas para consumo pessoal. Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso, embora com proposições diferentes concluíram pela inconstitucionalidade do artigo objeto da análise.

*fundamentação e compreensão dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 637)<sup>170</sup>

Vê-se, que o Ministro Edson Fachin adere a entendimento no sentido de que a análise de constitucionalidade do enunciado normativo objeto da verificação não deve se dá exclusivamente pelo princípio da proporcionalidade, mas também pelo princípio da ofensividade.

Nessa esteira, para chegar a conclusão de inconstitucionalidade do art. 28, da Lei 11.343/2006, desenvolve argumentação pela desproporcionalidade do dispositivo em razão da inadequação<sup>171</sup>. Mister também que para chegar as conclusões que obteve dialogou com dados extraídos de pesquisas sobre a temática, o que é salutar na análise do teste da adequação.

Pelo momento, o aludido julgamento, encontra-se sobrestado em razão de pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, o qual faleceu, assim seu substituto o Ministro Alexandre de Moraes irá apresentar o referido voto-vista ao plenário.

Contudo, pelos três votos já colhidos no mencionado julgamento, percebe-se uma possível mudança de desenvolvimento e compreensão do princípio da proporcionalidade na Suprema Corte brasileira.

Tal assertiva se confirma diante do julgamento mais recente realizado em 29 de novembro de 2016, no âmbito do HC nº 124.306, de relatoria para o acórdão do Ministro Luis Roberto Barroso, no qual a primeira turma do STF por maioria de votos, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, concluiu por:

conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.  
(...)

<sup>170</sup> STF, RE 635.659, Min. Edson Fachin, voto-vista, p. 7.

<sup>171</sup> Ibid, p. 8, 11, 12. Outrossim, tem-se que o Ministro Edson Fachin também aprecia/aplica sem nominar o teste da necessidade quando explicita “Essas considerações parecem indicar que, em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização. Esse norte tem sentido especialmente para o adicto, usuário dependente de droga; impende ajudar o usuário que queira se livrar do poder criminoso da dependência. Frise-se, relativamente a esta inferência, que não se visa inviabilizar a atividade regulatória do Estado, nem mesmo a de imposição de sanções, mas a afastar que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto.” (Ibid, p. 9).

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.<sup>172</sup>

Cumpra ainda neste item por último analisar como o ordenamento estadunidense aprecia os atos estatais que restringem direitos fundamentais, especialmente no âmbito penal.

Tal estudo se deve em razão de que uma das legislações objeto de estudo nesta dissertação são as leis editadas por Estados dos Estados Unidos que impõem a utilização para a vida toda da ME aqueles que tenham praticado delitos sexuais e estejam enquadrados nos pressupostos de aplicação dos respectivos diplomas<sup>173</sup>.

Segundo Vitalino Canas os Tribunais estadunidenses construíram institutos com aplicação isolada ou combinada para exercer funções iguais ou atender as demandas que realiza o princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de atos legislativos, assim relaciona alguns desses instrumentos, tais quais “*balancing, rational basis standard of review, rationality requirement, “mere rationality” test, minimum rationality, rationality test, minimal scrutiny with bite “comprehensive rationality”, strict scrutiny, intermediate scrutiny standard, undue burden standard, reasonableness (...)*”.<sup>174</sup>

Todavia, o mencionado autor lança críticas a referida sistemática estadunidense quando assinala que:

alguns destes e de outros *standards*, afins ou com sentido análogo, surgem casuisticamente como instrumentos de reação *ad hoc* em casos particulares, longe de uma aplicação coerente. Desse sistema casuístico, sustentado em *standards* de contornos imprecisos e “num perpétuo estado de conflito argumentativo”, decorrem ineficiências. Alguns deles exprimem uma verdadeira

---

<sup>172</sup> A passagem acima consignada consta dos itens 2 e 6 da ementa do acórdão proferido no *habeas corpus* 124.306, assim, enquanto ementa, trata-se de resumo de passagens do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, o qual foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

<sup>173</sup> Não pretende-se aqui realizar aprofundamento quanto a compreensão acerca do tema, pois fugiria a proposta do presente trabalho, assim a intenção será trazer elementos suficientes para análise da temática.

<sup>174</sup> CANAS, Vitalino, op. cit., p. 128-130.

abdicação do exercício do *judicial review*; formam um quadro incompleto e lacunar; são instáveis e oscilantes<sup>175</sup>

Por outro lado, aponta Vitalino Canas que há aplicação da proporcionalidade em algumas áreas, dentre elas o domínio penal.<sup>176</sup>

Esse debate acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade nos Estados Unidos no âmbito penal, perpassa pela interpretação que se realiza acerca da VIII emenda da Constituição<sup>177</sup> daquele país.

Espelha essa análise o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roper v. Simmons*, no qual a moldura fática explicitou que aos 17 anos, Simmons planejou e cometeu um assassinato. Depois de completar 18 anos, ele foi condenado à morte. Todavia, Simmons, a fim de reformar a sentença buscando alterar os termos da condenação manejou diversos recursos subseqüentes tendo sido todos rejeitados. Porém, considerando que a Suprema Corte dos Estados Unidos posteriormente declarou, em *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304, que a Oitava Emenda, era aplicável aos Estados pela aplicação combinada da décima quarta emenda, bem assim que no aludido julgamento ficou proibido a execução de uma pessoa com retardo mental (expressão retirada do julgamento no qual foi consignado “mentally retarded”) Simmons apresentou uma nova petição para reformar sua sentença, com o fim de abrandar a condenação argumentando que o raciocínio de *Atkins* estabeleceu que a Constituição proíbe a execução de um jovem menor de 18 anos quando ele comete crime de assassinato. A Suprema Corte do Missouri concordou e anulou a sentença que fixava pena de morte convertendo a condenação para prisão perpétua sem direito a liberdade. Na oportunidade, a Corte de Justiça do Missouri sustentou que, embora *Stanford v. Kentucky*, 492 U. S. 361, tenha rejeitado a proposição de que a Constituição proíbe a pena capital para menores de 18 anos, um consenso nacional foi desenvolvido contra a execução desses infratores desde *Stanford*.

No âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos foi confirmada a decisão da Suprema Corte do Missouri, a partir do voto do Juiz Kennedy, o qual adotou como

---

<sup>175</sup> Ibid, p. 130-131.

<sup>176</sup> Ibid, p. 132.

<sup>177</sup> A Emenda VIII da Constituição dos Estados Unidos dispõe: “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou iníquas”. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acessado em: 17.09.2019.

fundamento de decisão de maneira destacada o princípio da proporcionalidade, o extraído da VIII emenda, além do que explicitou argumentos criminológicos em diálogo com o aludido princípio, assim, evidencia-se como plausível tal forma de estruturação argumentativa em decisões judiciais para fins de análises de problemas jurídico constitucionais-penais, tal qual o das legislações de ME de pessoas, desse modo, explicita-se abaixo algumas passagens que trazem o conteúdo ora mencionado:

## II

The Eighth Amendment provides: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” The provision is applicable to the States through the Fourteenth Amendment. *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 239 (1972) (per curiam); *Robinson v. California*, 370 U. S. 660, 666–667 (1962); *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U. S. 459, 463 (1947) (plurality opinion). As the Court explained in *Atkins*, the Eighth Amendment guarantees individuals the right not to be subjected to excessive sanctions. The right flows from the basic “precept of justice that punishment for crime should be graduated and proportioned to [the] offense.” 536 U. S., at 311 (quoting *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 367 (1910)). By protecting even those convicted of heinous crimes, the Eighth Amendment reaffirms the duty of the government to respect the dignity of all persons.<sup>178</sup>

(...)

framework we have established the propriety and affirmed the necessity of referring to “the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society” to determine which punishments are so disproportionate as to be cruel and unusual. *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 100–101 (1958) (plurality opinion).<sup>179</sup>

(...)

Bringing its independent judgment to bear on the permissibility of the death penalty for a 15-year-old offender, the Thompson plurality stressed that “[t]he reasons why juveniles are not trusted with the privileges and responsibilities of an adult also explain why their irresponsible conduct is not as morally reprehensible as that of an adult.” *Id.*, at 835. According to the plurality, the lesser culpability of offenders under 16 made the death penalty inappropriate as a form of retribution, while the low likelihood that offenders under 16 engaged in “the kind of cost-benefit analysis that<sup>180</sup> attaches any weight to the possibility of execution” made the death penalty ineffective as a means of deterrence. *Id.*, at 836–838.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> UNITED STATES REPORTS, Volume 543, cases adjudged in the Supreme Court at october term, 2004, beginning of term october 4, 2004, through march 1, 2005, together with opinions of individual justices in chambers; Frank D. Wagner reporter of decisions; Washington: 2007, p. 560. Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>>. Acessado em: 10.10.2019.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 561.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 561.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 562.

Essa última passagem, na qual é trazido o caso Thompson, entende-se ficar expresso que naquele julgamento, embora a Suprema Corte não tenha dito expressamente ter se utilizado do teste da p.e.s.e pela fórmula custo-benefício, tal mecanismo foi usado na medida em que para rechaçar a manutenção da pena de morte para menores de 16 anos considerou que o número de envolvimento de pessoas nessa faixa etária em delitos que ensejariam a pena capital ante uma relação custo-benefício não sustentaria a manutenção da pena, face a mencionada pena ser ineficaz como meio de dissuasão, assim a manutenção da pena nessas situações significaria atribuir peso significativo a execução.

Avançando na análise concreta do caso, o Juiz Kennedy, traz perspectivas a partir de estudos criminológicos que combinam com a análise da proporcionalidade para confirmar ser inadequada a pena de morte para jovens até 18 anos, conforme se verifica:

The death penalty may not be imposed on certain classes of offenders, such as juveniles under 16, the insane, and the mentally retarded, no matter how heinous the crime. *Thompson v. Oklahoma*, supra; *Ford v. Wainwright*, 477 U. S. 399 (1986); *Atkins*, supra. These rules vindicate the underlying principle<sup>182</sup> principle that the death penalty is reserved for a narrow category of crimes and offenders. Three general differences between juveniles under 18 and adults demonstrate that juvenile offenders cannot with reliability be classified among the worst offenders. First, as any parent knows and as the scientific and sociological studies respondent and his amici cite tend to confirm, “[a] lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility are found in youth more often than in adults and are more understandable among the young. These qualities often result in impetuous and ill-considered actions and decisions.” *Johnson*, supra, at 367; see also *Eddings*, supra, at 115–116 (“Even the normal 16-year-old customarily lacks the maturity of an adult”). It has been noted that “adolescents are overrepresented statistically in virtually every category of reckless behavior.” *Arnett*, *Reckless Behavior in Adolescence: A Developmental Perspective*, 12 *Developmental Rev.* 339 (1992). In recognition of the comparative immaturity and irresponsibility of juveniles, almost every State prohibits those under 18 years of age from voting, serving on juries, or marrying without parental consent. See Appendixes B–D, infra.

The second area of difference is that juveniles are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure. *Eddings*, supra, at 115 (“[Y]outh is more than a chronological fact. It is a time and condition of life when a person may be most susceptible to influence and to psychological damage”). This is explained in part by the prevailing circumstance that juveniles have less control, or less experience with control, over their own environment. See *Steinberg & Scott*, *Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty*, 58 *Am. Psychologist* 1009, 1014 (2003) (hereinafter *Steinberg & Scott*) (“[A]s legal minors, [juveniles] lack the freedom that adults have to extricate themselves from a criminogenic setting”).<sup>183</sup> The third broad difference is that

---

<sup>182</sup> *Ibid*, p. 568.

<sup>183</sup> *Ibid*, p. 569.

the character of a juvenile is not as well formed as that of an adult. The personality traits of juveniles are more transitory, less fixed. See generally E. Erikson, *Identity: Youth and Crisis* (1968).<sup>184</sup>

Diante desse cenário trazido pelas pesquisas criminológicas o Juiz Kennedy, assinalou:

Once the diminished culpability of juveniles is recognized, it is evident that the penological justifications for the death penalty apply to them with lesser force than to adults. We have held there are two distinct social purposes served by the death penalty: “retribution and deterrence of capital crimes by prospective offenders.’” *Atkins*, 536 U. S., at 319 (quoting *Gregg v. Georgia*, 428 U. S. 153, 183 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.)).

(...)

Retribution is not proportional if the law’s most severe penalty is imposed on one whose culpability or blameworthiness is diminished, to a substantial degree, by reason of youth and immaturity.

(...)

Here, however, the absence of evidence of deterrent effect is of special concern because the same characteristics that render juveniles less culpable than adults suggest as well that juveniles will be less susceptible to deterrence.

Desse modo, pelo fundamento acima exposto, assim como pelo argumento de o consenso nacional ter modificado em relação a pena de morte juvenil a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou precedente no sentido do não cabimento da pena capital para jovens até 18 anos.

Vale ressaltar, por oportuno, que mesmo o voto dissente da Juíza O’Connor, reconheceu se extrair da VIII emenda a proporcionalidade no que tange ao controle da relação proporcional entre a conduta criminosa praticada e a punição a esta estabelecida.<sup>185186</sup>

Como se observa, a partir da redação da VIII emenda é possível nos Estados Unidos debater enunciados normativos de natureza penal a luz do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>184</sup> *Ibid*, p. 570.

<sup>185</sup> *Ibid*, p. 588-589.

<sup>186</sup> Segundo Vitalino Canas “Contudo, alguns sustentam que jurisprudência constitucional mais recente terá optado por uma orientação mais matizada, mais reverencial para com uma alegada liberdade de conformação do legislador no domínio jurídico-penal. Esta orientação preocupar-se-á com a proporcionalidade e a proibição de reações penais excessivas quando está em causa a aplicação da pena capital (...), mas propugnará uma aplicação menos intensa – ou até a negação da aplicação – quando se trata de penas de prisão, incluindo perpétua. (...) Mas há quem negue inclusive que a Oitava Emenda contenha uma garantia de proporcionalidade (juiz Scalia, no mesmo aresto do Supremo Tribunal, ou em *Ewing v. California*, 2003)”. (CANAS, Vitalino, *op. cit.*, p. 132).

Destarte, discorrido acerca das bases doutrinárias e jurisprudências do princípio da proporcionalidade, já é possível analisar sob a ótica deste princípio de forma consistente aspectos das leis de ME dos Estados Unidos, Portugal e Brasil, no próximo item.

### **2.3 Parâmetros da Monitoração Eletrônica sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade**

Tem-se, que o princípio da proporcionalidade enquanto instrumento de controle dos atos estatais que restringem direitos, se constitui em importante mecanismo fixador de parâmetros para as legislações que disciplinam acerca da ME de pessoas.

Neste contexto, no presente item foram analisadas as legislações de ME dos Estados Unidos, Portugal e Brasil, retirando disposições que entende-se merecem o filtro de observação pela ótica do princípio da proporcionalidade.

#### *2.3.1 As leis de Estados dos Estados Unidos que fixam para as pessoas que praticaram crimes sexuais a monitoração eletrônica para a vida toda.*

Já são 12 (doze) Unidades Federadas nos Estados Unidos<sup>187</sup> que editaram leis fixando obrigação para aquelas pessoas que praticaram delitos sexuais de serem submetidas a usar tornozeleira eletrônica para a vida toda, mesmo após o cumprimento da pena<sup>188</sup>.

Nesse contexto, pretende-se confrontar a aludida legislação sob a ótica do princípio da proporcionalidade a partir da perspectiva estadunidense, portuguesa e brasileira, estas últimas no que tange ao cabimento de transplante normativo de leis iguais para os respectivos países.

No que se refere aos Estados Unidos, consoante o que acima foi pontuado em relação àquele país utilizar institutos bem próprios para trabalhar situações de restrições de direitos pelo Estado, mas que no domínio penal por evocação da VIII emenda pode se usar

---

<sup>187</sup> Cf. nota de rodapé 10.

<sup>188</sup> Ilustra muito bem o cenário aqui consignado a série do Netflix “Os olhos que condenam”.

o princípio da proporcionalidade, há uma questão prejudicial a ser resolvida relativa a se as mencionadas leis possuem caráter penal ou de regulação civil.<sup>189</sup>

Essa temática ainda não foi definida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, todavia, entende-se que os melhores argumentos são aqueles que estabelecem serem os diplomas normativos em análise, leis de caráter penal, tal como compreendeu a Suprema Corte de New Jersey, no caso *GEORGE C. RILEY v. NEW JERSEY STATE PAROLE BOARD*, n. A-94 (2014).<sup>190</sup>

Assim, compreendendo-se estarem as leis que são objeto de verificação nesse trabalho no domínio penal, desse modo, assimilando serem estas leis categorizadas como pena ou extensão de pena, bem como, que a VIII emenda proíbe penas cruéis ou incomuns, entende-se possível atrair o desafio da VIII emenda, por conseguinte do seu conteúdo de observância do princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, estabelecida a possibilidade de análise da lei pelo princípio da proporcionalidade<sup>191</sup>, tem-se que as aludidas leis não resistem ao teste da adequação mesmo em sua variante fraca ou débil, na medida em que não alcançam e nem ao menos fomentam os objetivos a que se propõem. Aplicando-se o teste da adequação em sua variante forte, o qual, entende-se seja a maneira esbarrada de aplicação, mais ainda não há como prosperar a validade das respectivas leis.

Os programas de monitoração eletrônica de criminosos sexuais de forma vitalícia normalmente se fundamentam na dissuasão e incapacitação da pessoa para a prática de delitos, com isso, fundamenta sua narrativa na não ocorrência de reincidência.

---

<sup>189</sup> Entendendo tratar-se de regulação civil pode se destacar o julgamento da United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, no caso *MICHAEL J. BELLEAU v. EDWARD F. WALL*, n. 15-3225. Já em sentido diverso, ou seja, que trata-se de lei de caráter penal conferir o julgamento da Supreme Court of New Jersey, no caso *GEORGE C. RILEY v. NEW JERSEY STATE PAROLE BOARD*, No. A-94 (2014) September Term 2011, 069327, Argued January 7, 2014, Decided September 22, 2014. Avlana K. Eisenberg critica a decisão do Sétimo Circuito ora consignada, aduzindo ser contraditória, para tanto declina: “This Article highlights the inconsistency and illogic of legislative and judicial decisions that, on the one hand, provide for the use of EM as a substitute for incarceration (thus suggesting that EM is punitive), while, on the other hand, impose or condone the use of EM as “non-punitive”” (EISENBERG, Avlana K.op. cit., p. 128). Neste sentido, Avlana K. Eisenberg, afirma o caráter punitivo da ME (Ibid, p. 129).

<sup>190</sup> Maiores desenvolvimentos acerca do tema serão realizados quando do estudo da Cláusula *Ex Post Facto* no capítulo III.

<sup>191</sup> A assimilação desse argumento fará crescer mais um ângulo de abordagem do assunto, enriquecendo a análise, pois é de se ressaltar que os debates sobre a temática nos Estados Unidos têm se cingido sobre o desafio da IV emenda e da Cláusula *Ex Post Facto*.

Malgrado, essas finalidades do programa serem aquilo que todos desejam, os estudos realizados nessa seara mostram-se inconclusivos<sup>192</sup> para confirmar aquilo que se tem como objetivo dos programas, assim sendo, sinaliza-se pela não adequação do meio, é dizer, não cumprem os requisitos exigidos pelo teste da adequação.

Nesse sentido, Marc Renzema assinala:

We clearly need research that stratifies those on EM by goal, risk, and time to and type of failure—not just by recidivated/did not recidivate.

Most of the evidence that crimes perhaps are being prevented through early revocation is anecdotal; for example,

I have heard several stories from agentes using GPS monitoring on pedophiles about how offenders were starting to go off their authorized tracks and how when they investigated they found something indicative of grooming or other precursor behavior.

(...)

after a few months during which a pattern of compliance can be established. Given the increasing prevalence of long-term monitoring of sex offenders, this will eventually be evaluable, at least for that population. So far, there is no substantial evidence either for or against the utility of monitoring for an extended period.

(...)

EM helps the public feel safer about having offenders in its midst. I can not account for the rush to adopt long-term (sometimes lifetime) GPS monitoring of sex offenders without statistical evidence of its utility in preventing recidivism except by hypothesizing that the public and its legislators believe, or want to believe, that EM will enhance public safety. In other words, whether or not it actually deters or rehabilitates offenders, people believe they are safer because it exists. In other words, a program goal in some cases – whether from naïveté or cynicism—is to create an illusion of security.

(...)

I continue to have reservations about use of EM for the purposes of general deterrence and to promote public beliefs that offenders are “under control.”<sup>193</sup>

Portanto, verifica-se incoerente a aplicação de medida tão severa sem estudos mais consistentes acerca da sua real efetividade.

Neste diapasão, tal tipo de política afigura-se mais um populismo penal do que propriamente uma medida que vai ao encontro dos anseios de segurança pública como no discurso oficial diz ser.

Agregando com a análise aqui realizada, mister destacar julgamento emblemático da Corte Constitucional da África do Sul acerca da pena de morte no caso *The State v T*

---

<sup>192</sup> REZEMA, Marc. Rationalizing the Use of Electronic Monitoring. **Journal of Offender Monitoring**. p. 5-11, 2009. Neste mesmo sentido, EISENBERG, Avlana K. op. cit., p. 149, nota de rodapé 158.

<sup>193</sup> REZEMA, Marc, op. cit., p. 5-11.

*Makwanyane and M Mchunu*<sup>194</sup> no qual declarou a inconstitucionalidade da pena de morte na África do Sul, referida decisão foi redigida pelo *Justice* Arthur Chaskalson. Na oportunidade um argumento marcadamente desenvolvido por aquela Corte foi o princípio da proporcionalidade, assim, um dos pontos de verificação foi a idoneidade da medida (pena de morte) para atingir o fim visado (inibição da prática de crimes).

Nesse contexto, o governo sul-africano não conseguiu demonstrar que a pena de morte promovia o fim objetivado, portanto, a adequação do meio não restou viabilizada, logo, tem-se que a perspectiva assumida pela Corte no julgamento supramencionado foi bastante similar ao que se defende nesta dissertação.

Desse modo, demonstra-se haver paradigma de aplicação do raciocínio.

Portanto, analisando as leis de aplicação da monitoração eletrônica de forma vitalícia, mesmo a partir das nuances do ordenamento estadunidense, tem-se que referidos diplomas normativos não resistem a uma verificação pelo prisma da proporcionalidade e nomeadamente ao teste da adequação.

Outrossim, em um mundo globalizado em que é normal haver transplantes normativos<sup>195</sup>, cumpre como medida preventiva analisar tal possibilidade em relação a haver inserção de diplomas legais nos mesmos termos que os ora estudados em Portugal e no Brasil.

Vale destacar que, se nos Estados Unidos há quem mencione ocorrer controvérsia quanto a assimilação do princípio da proporcionalidade, tem-se como certo que em Portugal e no Brasil aludida discussão não existe, assim pelos mesmos fundamentos empíricos e conceituais desenvolvidos, entende-se que nestes países se dispositivos legais

---

<sup>194</sup> *The State v T Makwanyane and M Mchunu*, Case No. CCT/3/94

<sup>195</sup> Fica patente essa possibilidade quando se observa em terras brasileiras a edição de leis estaduais ou mesmo o debate nas respectivas Assembleias Legislativas Estaduais para a edição de lei estadual nos mesmos termos ou de forma similar que a chamada Lei Megan, a qual impõe a obrigação de todos os entes federados dos Estados Unidos da América de organizar e manter um banco de dados público de criminosos sexuais, notificando a comunidade sempre que algum agressor sexual passar a residir na vizinhança. No Brasil, o Estado do Mato Grosso editou a Lei estadual nº. 10.315/15, que cria o denominado “Cadastro Estadual de Pedófilos”, para uma análise crítica da lei mato grossense, conferir artigo publicado por Deivid Willian dos Prazeres, disponível em: <[https://deividwp.jusbrasil.com.br/artigos/315861003/no-mato-grosso-agora-se-caca-pedofilos?ref=topic\\_feed](https://deividwp.jusbrasil.com.br/artigos/315861003/no-mato-grosso-agora-se-caca-pedofilos?ref=topic_feed)> Acessado em: 06.11.2019. Outrossim, tramita na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina Projeto de Lei – PL n. 0134.3/2016, que pretende instituir o denominado “Cadastro Estadual de Crimes de Pedofilia e Violência Sexual”. Também no ensejo de realizar novas reflexões acerca do tema, o mencionado autor desenvolveu novo artigo, disponível em: <[https://deividwp.jusbrasil.com.br/artigos/395664789/a-temporada-de-caca-a-pedofilos-continua-aberta?ref=topic\\_feed](https://deividwp.jusbrasil.com.br/artigos/395664789/a-temporada-de-caca-a-pedofilos-continua-aberta?ref=topic_feed)>. Acessado em: 06.11.2019.

de mesmo teor fossem introduzidos por certo seriam leis marcadas pelo vício qualificado da inconstitucionalidade.

### *2.3.2 Monitoração eletrônica em Portugal por meio da Rádio Frequência (RF) e o teste da necessidade no âmbito do princípio da proporcionalidade.*

Em Portugal, a monitoração eletrônica é chamada de vigilância eletrônica (VE), sua origem neste país no plano legislativo se deu no âmbito da alteração do Código de Processo Penal Português que ocorreu em 1998, precisamente no artigo 201, sendo inserido como uma medida de coacção.

Regulando o instituto, no ano seguinte, foi editada a lei nº 122, de 20 de agosto de 1999. Nessa oportunidade, a VE só tinha utilização no contexto do processo de conhecimento como reforço a obrigação de permanência na habitação.

Delineado os respectivos contornos no plano legal, em 2002, se iniciaram as primeiras experiências de aplicação da tecnologia.

No ano de 2010, a lei nº 122, foi revogada pela lei nº 33, de 02 de setembro, e esta posteriormente foi alterada pela Lei nº. 94/2017 em algumas disposições, sendo estabelecida a utilização da VE, para as seguintes fiscalizações: cumprimento da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação, prevista no art. 201 do Código de Processo Penal; execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, prevista nos artigos 43 e 44 do Código Penal; execução da adaptação à liberdade condicional, prevista no artigo 62 do Código Penal; modificação da execução da pena de prisão, prevista no artigo 120 do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade; aplicação de medidas e penas previstas no artigo 35 da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro; e obrigação de permanência na habitação previstas nos nº. 1 e 3 do art. 274-A do Código Penal (art. 1º, da Lei nº. 33/2010).

Feita essa digressão histórica, passa-se a fazer anotações críticas pelo prisma do princípio da proporcionalidade no que é pertinente a escolha portuguesa em relação a tecnologia de monitoração eletrônica por RF.

Nesse sentido, tem-se que o Estado Português no que tange a monitoração eletrônica de pessoas vem optando de maneira geral pela utilização da primeira geração de

tecnologia, qual seja, a rádio frequência, sendo excepcionada a aplicação dessa tecnologia tão somente quando a ME é realizada no âmbito da violência doméstica.

Essa opção pela RF nas hipóteses de utilização de modo geral tem impactado diretamente em as medidas aplicadas deverem acontecer em confinamento na habitação, pois como já se mencionou essa geração tecnológica da RF apenas permite a localização da pessoa em local certo e determinado.

Por outro lado, em tendo sido ou em se mudando a opção pela utilização de GPS passaria a haver a possibilidade de o monitorado poder cumprir a medida de fato na comunidade, ou seja, permitindo-se realizar atividades como trabalhar e estudar, tal como acontece no Brasil.

Ressalte-se, que embora expressamente seja possível a concessão das chamadas “ausências do local de vigilância eletrônica” consoante previsão do art. 11 da Lei nº 33/2010, bem assim que claramente as alterações realizadas pela Lei nº 94/2017, propõem um desiderato de expansão do uso da ME, assim como, de possibilidade de concessão de ausência de local. O certo é que a tecnologia utilizada constitui um significativo óbice, pois certamente os magistrados tem maior preocupação em conceder os pedidos tendo em conta as restrições tecnológicas do equipamento que é ofertado para o cumprimento da determinação judicial.<sup>196</sup>

Nesse contexto, demonstra-se, de logo, ser a medida de prisão domiciliar com monitoração eletrônica por RF mais restritiva de direitos que a realizada com GPS<sup>197</sup>, pois esta última pelas características que possui permite a viabilização de maior liberdade de locomoção ao monitorado em razão da credibilidade que a tecnologia tem perante o magistrado no que tange ao acompanhamento da pessoa monitorada, o qual se dá em qualquer lugar 24 horas por dia e 7 dias na semana.

---

<sup>196</sup> Os dados contidos no documento “Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais – DGRSP/MJ. **Estatística Mensal das Penas e Medidas com Vigilância eletrônica**. Lisboa: DGRSP/MJ, agosto de 2019, p. 5. ” espelham o que aqui se explicita, basta verificar que conforme se observa no quadro 5, p. 5, daquele documento estavam sob VE associada à violência doméstica 895 casos em execução, equivalente a 46,93% das pessoas monitoradas, enquanto que 1.012 casos estavam monitorados nas demais modalidades. Estes números permitem concluir, inclusive, que mesmo para aplicar a vigilância eletrônica o magistrado ponderará o fato de que a tecnologia utilizada para os casos de violência doméstica é o GPS, enquanto que para as demais utilizações é a RF. Assim, se para a aplicação da VE visivelmente tem impacto a tecnologia ofertada, porquanto em razão da confiança na fiscalização, mas ainda tem relevo na concessão de “ausências do local de vigilância eletrônica”, haja vista que nestas oportunidades aqueles que estejam sendo monitorados por RF não terão nenhum tipo de controle.

<sup>197</sup> Cf. nota de rodapé n. 94.

Nessa senda, à primeira vista a prisão domiciliar com monitoração eletrônica por RF, embora seja adequada, pois cumpre a finalidade desencarceradora e de controle que pretende alcançar, não observa o teste da necessidade, pois afigura-se mais gravosa como se viu que a aplicada com GPS, a qual igualmente tem-se como uma medida adequada.

Todavia, a análise do teste da necessidade não é tão simples como parece, pois em seu contexto se insere a verificação de dispêndios que a medida alternativa irá implicar<sup>198</sup>.

Desse modo, entende-se como melhor compreensão do conteúdo do teste da necessidade, neste ponto, aquele que concebe dentro da estrutura do teste o fator financeiro, permitindo, portanto, ao legislador mesmo que o meio seja menos gravoso ao direito que intervém não cogitá-lo como alternativo se o valor para implementá-lo for exorbitante, porém não devendo se chegar ao exagero de se exigir que o meio alternativo com o qual se compara em termos financeiros deva ser neutro ou igual, nesse ensejo, admite-se a adição de dispêndios dentro da reserva do possível para a viabilização de meio alternativo menos gravoso.

Esse entendimento parte da ideia que o Estado não possui um fim em si mesmo que não o de garantir o melhor aos seus cidadãos, nessa medida, aquilo que seja melhor ao respectivo destinatário e que seja possível, deve ser entregue.

As referências no início do desenvolvimento da monitoração eletrônica eram a de que a ME por RF tinha o custo bem menor que a realizada por GPS, todavia com a evolução tecnológica atualmente em termos de custo tem havido equiparação de valores.

Conforme informações divulgadas, em valores de 2011, mas que se mantém similares até o presente período, a vigilância eletrônica custa ao Estado Português 16,35 euros, enquanto o custo médio diário de um recluso é de 47,81 euros.<sup>199</sup> Portanto, considerando um mês de trinta dias a vigilância eletrônica representa de gasto para o Estado o valor de 490,50 euros, enquanto o custo médio mensal de um recluso é de 1 434,30 euros.

---

<sup>198</sup> Cf. nota de rodapé n. 144.

<sup>199</sup> Matéria veiculada em portal de notícias, disponível em: < <https://expresso.pt/sociedade/cada-vez-mais-portugueses-com-pulseira-eletronica=f779291>>. Acessado em: 04.11.2019. Em sentido semelhante, disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/06/16/sociedade/noticia/mil-casos-com-pulseira-eletronica-em-simultaneo-pela-primeira-vez-em-portugal-1735367>>. Acessado em: 04.11.2019 e <<https://www.dn.pt/sociedade/cada-presos-custa-43-euros-em-san-marino-685-euros-5067461.html>>. Acessado em: 04.11.2019.

Já no Brasil, país que adota a ME com a tecnologia do GPS o custo médio mensal do aluguel do equipamento de monitoração eletrônica por pessoa monitorada em 2017, variou de R\$148,00 a R\$485,00, no âmbito das unidades da federação que informaram os valores gastos com contratos para a aquisição do serviço. A média do custo de locação mensal da tornozeleira é R\$ 267,92 e a mediana R\$230,00.<sup>200</sup>

Vê-se, pelos valores supramencionados, tomando o custo praticado para a tecnologia GPS no Brasil, que o preço estabelecido para a realização da ME por meio da RF em Portugal é, inclusive, demasiadamente superior, assim, também neste quesito de análise do teste da necessidade a ME por RF mostra-se violadora do princípio da proporcionalidade, porquanto desnecessária.

Nesse contexto, no âmbito da perspectiva jurisdicional, caberia a realização de uma “decisão intermédia” de inconstitucionalidade parcial<sup>201</sup> do art. 2º da Lei nº 33/2010, na qual fosse fixado a inconstitucionalidade do sentido da norma que permita admitir a aplicação da ME por RF, tendo em vista haver meio alternativo menos gravoso.

### 2.3.3 A aplicação da monitoração eletrônica no Brasil nas saídas temporárias

No Brasil, a monitoração eletrônica no plano legislativo, tem sua maturação marcada a partir do ano de 2001, com a apresentação dos Projetos de Lei nºs 4.342 e 4.834, os quais foram arquivados.

---

<sup>200</sup> Ministério da Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Brasília: DEPEN/MSP, 2018, p. 72.

<sup>201</sup> Segundo Fernando Alves Correia “Na verdade, enquanto a interpretação em conformidade com a Constituição encerra uma *decisão de rejeição*, prevalecendo o *sentido não inconstitucional* de uma norma jurídica, a declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa contém uma *decisão de acolhimento*, prevalecendo a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, enquanto interpretada em determinado sentido. A proximidade das duas técnicas decisórias e as dificuldade em diferenciá-las levam a que, muitas vezes, a opção por uma ou por outra por parte do Tribunal Constitucional seja motivada, como dissemos anteriormente, pelo menos na fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade, mais em “razões de ordem pragmática” do que em “razões de ordem técnica ou jurídica”, uma vez que, no nosso sistema de justiça constitucional, só as declarações de inconstitucionalidade dispõem de força obrigatória geral.” (CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 303). No Brasil, por outro lado, tal consideração não se verifica, tendo em vista a previsão do parágrafo único do art. 28, da Lei 9.868/1999, o qual dispõe “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. ”

Porém, os debates sobre o tema voltaram a lume no ano de 2007, tendo sido proposta a edição do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 175, o qual, posteriormente, se converteu na Lei nº 12.258/2010, que prevê a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

Referido diploma legal apenas se dirigia à execução da pena, configurando assim, uma lacuna no que tange à sua aplicação no âmbito da substituição das prisões processuais.

O mencionado vazio, entretanto, foi preenchido pela Lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal, dando nova redação ao art. 319 e incluindo a possibilidade de o juiz aplicar a monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão.

A fim de regulamentar as aludidas leis, a Presidência da República editou, em 2011, o Decreto nº 7.627.

Cumprindo ainda ressaltar, que no julgamento RE 641.321, *leading case* para fixação da tese nº 423 do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), a corte constituiu considerável avanço na correta compreensão da aplicabilidade da monitoração eletrônica em sede de execução penal, como forma de se atenuar o déficit de vagas e, por consequente, a superlotação das unidades prisionais que se verifica como principal dificuldade na realização de uma adequada gestão prisional.

Neste sentido, se assentou a seguinte tese:

a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

De forma posterior, fixou a súmula vinculante nº 56 STF, a qual remete sua aplicação aos termos do julgado acima, quando declina “A falta de estabelecimento penal

adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Com isso, tem-se as hipóteses de aplicação da ME no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, necessário mencionar que a sua realização não acontece de forma uniformizada em todo território nacional, tendo em vista que não há como em Portugal um diploma legal que delinea o uso em todo o país.

De todo modo, tem-se que o início da implantação dos serviços de monitoração eletrônica no Brasil se deu em 2010, estando hoje estruturado em 25 unidades da federação, com exceção do Estado de São Paulo que embora tenha sido o pioneiro, suspendeu a utilização no ano de 2017.<sup>202</sup>

Discorrido acerca do desenvolvimento da implantação da ME no Brasil, passa-se a analisar a criação legal de aplicação da monitoração eletrônica nas saídas temporárias<sup>203</sup>.

Anteriormente à edição da Lei nº 12.258/2010, o apenado que tinha o direito à saída temporária, ou à prisão domiciliar não tinha o ônus da monitoração eletrônica, porém, agora, ao menos do ponto de vista jurídico-formal, o possui. Nessa medida, observa-se que, no plano da execução penal, o diploma legislativo especial ensejou unicamente agravamento na punição perpetrada pelo Estado, sem que fosse conferida nenhuma promoção no âmbito do direito à liberdade.

Outrossim, a aludida alteração não se balizou em nenhum estudo que demonstrasse qualquer aprimoramento com a inserção da medida.

Nessa senda, fica latente que o incremento legislativo se deu tão somente em razão de populismo penal alimentado pela grande mídia que desconhecendo/desconsiderando os dados acerca da realização do instituto da saída temporária a partir de questões pontuais, como não retornos (evasões) ou praticas de delitos por alguns em realização do instituto,

---

<sup>202</sup> Ministério da Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Brasília: DEPEN/MSP, 2018, p. 55-56.

<sup>203</sup> A saída temporária se constitui em um direito do preso que cumpra pena no regime semiaberto de sair do estabelecimento prisional sem vigilância direta, para fins de visita familiar, frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução e/ou participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Tal possibilidade acontece para aqueles custodiados que possuam bom comportamento e se dá 5 vezes ao ano pelo prazo de 7 dias, findo o qual o preso deve retornar ao estabelecimento prisional. Outrossim, encontra previsão legal nos arts. 122 a 125, da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal (LEP).

acaba por potencializar respectivos fatos colocando a população contra a existência desse direito no âmbito da execução da pena<sup>204</sup>.

Não obstante, estudos empíricos, como o estruturado por Daniel Nicory<sup>205</sup>, demonstram que deve manter-se na legislação o direito a saída temporária, porquanto relevante instrumento para o sistema progressivo de pena, assim como, faz ser visto a desnecessidade de o direito ser efetivado com a adição da ME (o objeto da pesquisa desenvolvida pelo autor ora mencionado não contempla a análise da ME, porém as informações nela contida serão extremamente úteis para o presente estudo, inclusive para concluir ser desnecessária a adição da ME para o cumprimento da medida. A aludida pesquisa foi utilizada como principal referencial neste tópico).

Segundo o mencionado autor, o número de não retornos (evasões) de presos quando da fruição do direito em nível nacional na saída temporária do natal de 2011, foi de 5,3%, ou seja, de 2.300 evadidos em um total de 43.344 internos que obtiveram a autorização, já na casa penal analisada localizada na Bahia, Colônia Penal de Simões Filho (CPSF), considerando o período de 2010-2011, na qual foi concedida 993 saídas temporárias, tendo havido 83 evasões, o percentual de não retornos foi de 8,35% do total das concessões, assim pela proximidade dos números da média nacional e o fato da casa penal em análise possuir dificuldades como: ser distante de um município da Região Metropolitana de Salvador (RMS); está localizada em território que para chegar as opções de transporte coletivo são caras; e também ter em sua população carcerária custodiados vindos de diversas cidades do interior da Bahia, são ingredientes que tornam o retorno mais difícil, por isso para o objetivo da pesquisa a casa penal escolhida pelo pesquisador faz dela um universo de análise representativo de um universo mais amplo, o universo prisional brasileiro.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Matéria jornalística evidenciando o não retorno de presos que usufruíram do direito da saída temporária, mesmo no conteúdo do texto estando expresso que o percentual foi de menos de 5%. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/01/16/apos-saidinha-de-fim-de-ano-125-presos-nao-voltaram-para-as-cadeias-na-regiao-de-sorocaba.ghtml>>. Acessado em: 14.11.2019. Matéria jornalística a partir de casos pontuais colocou o instituto da saída temporária em questionamento. Disponível em < <http://g1.globo.com/horal/noticia/2016/06/saidas-temporarias-de-presos-trazem-medo-e-inseguranca-no-interior-de-sp.html>>. Acessado em: 14.11.2019.

<sup>205</sup> PRADO, Daniel Nicory do. **Evasões durante as saídas temporárias**: estudo empírico do desempenho do instituto e do perfil do evadido. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 21, vol., 104, set.-out./2013, p. 307-346.

<sup>206</sup> Ibid, p. 312.

Então, em razão dos números consignados acima, Daniel Nicory indaga: “o instituto da saída temporária, é, na prática, uma iniciativa de reintegração social bem sucedida?”<sup>207</sup>

Buscando responder o questionamento realizado, expõe que considerando o retorno de 91,65% dos internos em saída temporária na CPSF somente considerará insatisfatório o instituto quem assimile que seja suficiente para descredenciar o direito de saída temporária toda e qualquer evasão. Porém, afirma o autor que tal compreensão não é plausível na medida em que desconhece a essência humana dirigida a liberdade e que, portanto, mostra-se irremediavelmente radical.<sup>208</sup>

Mas, compreendendo pertinente formular uma resposta a indagação inicial, contudo de maneira racional, entendeu por bem encontrar um parâmetro de comparação.

Assim, optou por estabelecer as taxas de comparecimento e abstenção nas eleições como parâmetro para o sucesso ou insucesso do instituto da saída temporária. O paradigma encontrado, anota o autor não ter sido arbitrário, sendo devido em função da obrigatoriedade do voto, além do que possui como ônus tão somente o eleitor se dirigir no domingo de votação a um local que tenha uma urna e votar, perdendo com isso alguns segundos, porém se descumprir a obrigação terá como sanção a restrição provisória de diversos direitos perante o Estado até que haja regularização, seja por meio da apresentação de uma justificativa ou pagamento de uma multa. Malgrado, aprofundada e detalhada a mencionada opção, peculiaridades, aproximações de cada instituto e ainda os dados de comparecimento e abstenção da eleição presidencial, em nível nacional e na Bahia, de 2010.

Após o manejo dos dados de forma comparativa entre as evasões na saída temporária e as abstenções nas eleições Daniel Nicory, conclui:

(...) o percentual de comparecimento voluntário do preso ao final do prazo determinado (91,65%) é plenamente satisfatório e permite a conclusão de que, pelo menos sob esse aspecto, a saída temporária é, sim, uma iniciativa bem sucedida de integração social e de exercício da liberdade e da autodisciplina.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> Ibid, 312-313.

<sup>208</sup> Ibid, p. 313.

<sup>209</sup> Ibid, p. 317.

Desse modo, o aludido autor vai além da evidência lógica e, para demonstrar a efetividade do instituto da saída temporária traz a perspectiva comparativa com instituto que envolve características similares, tal como a abstenção nas eleições, portanto, deixa claro a importância da manutenção do instituto e, no que interessa para este trabalho, aponta para a não adequação, desnecessidade e não observância da proporcionalidade em sentido estrito a aplicação de ME na saída temporária conforme será mais detalhadamente explicitado.

Outrossim, evoluindo na análise, o autor passou a identificar o perfil dos poucos internos que evadiram-se, tendo feito a partir das respectivas variáveis comuns presentes na ocorrência, a fim de que se pudesse trazer à tona fatores de risco para o descumprimento do dever de retorno.

Nesse contexto, encontrou dois principais fatores de risco que entendeu poderem ser generalizados ao sistema prisional brasileiro, ser o evadido marinho de primeira viagem e ter experimentado morosidade judicial em seu processo (não desenvolveremos este fator tendo em vista fugir aos propósitos do trabalho).<sup>210</sup>

Sobre a hipótese que o autor nomina “marinho de primeira viagem”, demonstra que esta foi confirmada na medida em que analisando as ocorrências pesquisadas, de um universo de 83 evasões, na primeira saída houveram 37 evasões, equivalendo ao percentual de 44,57%.

Na sequência, aponta também que aquele grupo que teve 1 saída anterior, possuiu o número de 15 evadidos, correspondendo a 18,07%, já o que teve 2 saídas anteriores, possuiu o número de 12 evadidos, correspondendo a 14,45%, aquele que teve 3 a 5 saídas anteriores, possuiu o número de 7 evadidos, correspondendo a 8,43%, aquele que teve 6 a 10 saídas anteriores, possuiu o número de 7 evadidos, correspondendo a 8,43% e aquele que teve mais de 10 saídas anteriores, possuiu o número de 5 evadidos, correspondendo a 6,02%.

Como aponta o autor é um dado de relevo 22,89% dos evadidos terem voltado de mais de 2 saídas anteriores.

Para o autor esses números demonstram que parece está confirmada a hipótese de que a aposta na confiança da autodisciplina do interno, essencial ao sistema progressivo é

---

<sup>210</sup> Ibid, p. 341.

bem sucedida, considerando que 91,65% dos que saem retornam, portanto, a maioria absoluta.

Entende-se, mister acrescer a análise do autor que sendo constatado que dentre aqueles que evadem, a concentração é maior na primeira e segunda saída, o que de alguma maneira é natural, pois como explicita Daniel Nicory ainda não arraigaram em si a vivência do retorno, poderia se realizar trabalho com equipe multidisciplinar com este apenado que fruirá do direito nas primeiras oportunidades e respectivas famílias que deseje participar do programa, a fim de fortalecer naquele interno o senso de autodisciplina e na família para que contribua no incentivo de retorno para a continuidade do cumprimento da pena.

Todavia, vale registrar, que mesmo sem o implemento da ideia acima mencionada, tem-se como desnecessária a aplicação de ME para o interno que esteja no gozo do direito de saída temporária, inclusive, para os fins precípuos que se busca com o instituto da saída temporária relativo a construção da autodisciplina, o equipamento de ME deve ser considerado medida inidônea, pois nada favorece.

Como se verifica, a ME aplicada no âmbito da saída temporária mostra-se inadequada, porquanto os números que já demonstravam ser o instituto da saída temporária uma medida exitosa (registre-se, mesmo antes da implantação da ME, a qual no Estado da Bahia se deu apenas a partir de 2017), automaticamente demonstram a mencionada inidoneidade do meio, haja vista que em nada soma para atingir os fins que se pretende, bem ao contrário, possui potencial para desfavorecer o objetivo que o instituto almeja.

Do mesmo modo, a ME na saída temporária verifica-se ser desnecessária, pois a aplicação da saída temporária sem ME já se mostrava a contento, sendo que acontecia sem o ônus que a ME representa para os direitos que restringe, além do custo financeiro que enseja. Outrossim, a partir dos resultados da pesquisa de Daniel Nicory, pode-se ainda implantar programas multidisciplinares de acompanhamento dos internos que estão fruindo de saída temporária e nomeadamente aqueles que foram identificados com fator de risco para reduzir mais ainda a taxa de não retorno.

Por fim, no que tange ao teste da proporcionalidade em sentido estrito a nova disciplina não atende também aos respectivos requisitos, pois implica sério agravamento

do direito à privacidade e à liberdade do apenado em prol do fomento da segurança pública efetivada de forma questionável.

Diz-se “questionável”, pois da análise do diploma legal, verifica-se que o *caput* do art. 146-B da Lei de Execução Penal aduz que o juiz poderá determinar a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando *autorizar a saída temporária no regime semiaberto* (inciso II) e *determinar a prisão domiciliar* (inciso IV), para em seguida dispor, no art. 146-D, que a medida poderá ser revogada *quando se tornar desnecessária ou inadequada* (inciso I). Assim, o disposto na Lei permite compreender que o juiz só poderá determinar o monitoramento quando este for necessário ou adequado, porém, como definir os conceitos de necessidade ou adequação, quando consta na certidão carcerária do apenado o “bom comportamento” atestado pela direção da casa penal?

Se, consoante estabelece o art. 123, inciso I, da Lei de Execução Penal, é requisito para deferimento da saída temporária o comportamento adequado (requisito subjetivo), assim como para todo e qualquer direito concedido na execução penal, a tarefa do Juízo da Execução para aplicar a monitoração eletrônica deveria ser hercúlea, para não dizer impossível.

Todavia, a prática mostra o inverso, pois, percebe-se que os juízos de execução, de modo geral, adotam a aplicação do monitoramento eletrônico nessa espécie de concessão de direito de forma generalizada e indiscriminada, muito longe de uma análise individual, caso a caso, normalmente se observam decisões judiciais padrão que não verificam especificidades concretas e determinam a concessão de saída temporária ou prisão domiciliar todas com monitoração eletrônica.

Como normalmente por trás de um mal, vem um mal maior, esse tipo de utilização ainda impacta na impossibilidade de uso do equipamento em outras formas com caráter descarcerizador, haja vista que essa utilização tem o condão de reduzir o número já diminuto de aparelhos disponíveis.

Destarte, a monitoração eletrônica na execução penal no Brasil, da forma como está posta na Lei e como vem sendo utilizada na prática, tem claramente se afigurado como um instrumento de mero controle da gestão prisional, sem a realização de nenhum benefício, logo, considerando os custos aos direitos envolvidos e de dispêndio de dinheiro público sem a demonstração sequer de fomento a interesses que visa promover, como segurança

pública, também na análise deste teste verifica-se ser a ME aplicada na saída temporária uma medida desproporcional.

Assim, diante do que fora declinado, tem-se como inconstitucional a aplicação da ME quando da concessão do direito de saída temporária, por ofensa ao princípio da proporcionalidade.

## Capítulo III DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA MONITORADA ELETRONICAMENTE: limites ao poder estatal de monitorar.

### 3. 1 Breve contextualização dos direitos fundamentais.

A proeminência dos direitos fundamentais tal como entendido nos dias de hoje, nomeadamente nos países ocidentais, está umbilicalmente ligada à estruturação do Estado Constitucional.

A formulação dessa ideia de Estado se concebeu a partir de uma arquitetura na qual Constituição e direitos fundamentais nela estabelecidos funcionam como limites a autoridade governamental<sup>211</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu artigo 16, já adiantava a imprescindibilidade e conexão entre estabelecimento de direitos e Constituição.

Vale salientar, todavia, que essa ideia de inserção de direitos em uma “Constituição” tem antecedentes históricos longínquos, sendo exemplo a *Magna Carta* de 1215, porém, tais diplomas não possuíam a conformação de estabelecer direitos gerais, mas tão somente direitos direcionados a estamentos sociais específicos<sup>212</sup>.

Nessa medida é que se diz ser a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a primeira que funda um Estado Constitucional de Direito, haja vista que estabelece direitos de modo geral, os quais garantem limitações a possíveis ingerências do Estado.

O ambiente fático vivido naqueles tempos nos Estados Unidos era de questionamento de atos da Coroa Inglesa que impuseram restrições comerciais e aumento de impostos gerando insatisfação nos colonos.

Observa-se que as leis inglesas tinham validade naquele território americano, porém, a partir do instante em que se verificou a possibilidade de instituir o próprio Estado aqueles regramentos deixaram de ter fundamento.

---

<sup>211</sup> Nesse sentido, STERN, Klaus. Genesis y Evolución Del Constitucionalismo Americano-Europeu. Algunos Comentarios sobre Aspectos Fundamentales. In: SEGADO, Francisco Fernandez (coord.). **Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional**. Madrid, Editorial DYKINSON, 2008, p. 60.

<sup>212</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 20.

Por outro lado, somente a tradição europeia não foi suficiente para estabelecer os direitos básicos daquele Estado que se formava, assim se valeram os fundadores daquela nação dos direitos anteriores e superiores do homem.

Desse modo, tinham que constituir direitos individuais em uma classe de lei superior constitucional, a fim de que se conformasse em obrigação jurídica a ser respeitada por toda e qualquer autoridade.

Os direitos decorrentes da lei natural tinham que se constituir em leis fundamentais orientadoras do corpo político.

Esses direitos eram primeiro direitos naturais, os quais quando inseridos na Constituição passaram a classe de direitos constitucionais positivados, logo já não estavam mais a disposição dos Governantes<sup>213</sup>.

Em outras partes do ocidente com a queda do absolutismo, outros países foram se conformando com esse perfil de Estado Constitucional em que está presente a limitação dos atos do Estado por meio da concessão de direitos aos cidadãos.

Em uma primeira fase orientam-se os direitos por uma perspectiva liberal, na feição de liberdades negativas, como trincheiras de defesa do cidadão em face do Estado.

Mas, no curso de evolução da história humana vão sendo incorporados, não de modo homogêneo, nem de maneira planificada nos diversos países, outras formas de expressão do direito, como os de participação política, social, enfim diversas expressões de direito que normalmente respeitam as identidades sócio-culturais de cada Estado-Nação.

Nesse contexto, como se mencionou, os direitos estabelecidos em um primeiro momento obedeciam a lógica de direitos subjetivos, os quais podem ser manejados pelo cidadão contra atos arbitrários do Estado, bem assim assentam o prisma de abstenção dos mecanismos estatais em relação ao cidadão.

Nesse sentido, direitos dessa ordem, segundo Gomes Canotilho analisando sob o escopo constitucional português – mas que tem plena exportabilidade de raciocínio para sistemas constitucionais similares – possuem regime jurídico que enseja aplicabilidade direta das normas que os reconhecem, consagram ou garantem (art. 18º/1); vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18º/1); reserva de lei para sua restrição (art. 18º/2 e art. 168º/1/b; princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (art.

---

<sup>213</sup> Nesse sentido, STERN, Klaus, op. cit., p. 63.

18º/2); princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18º/2); princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (art. 18º/3); princípio da não retroactividade de leis restritivas (art. 18º/3); princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18º/3); limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado sítio e estado de emergência (art. 19º/1); garantia do direito de resistência (art. 21º); garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22º); garantia perante o exercício da acção penal e da adoção de medidas de polícia (art. 272º/3); garantia contra ‘leis de revisão’ restritivas do seu conteúdo (art. 288º/d)<sup>214</sup>.

Destarte, a compreensão da natureza jurídica do direito, por conseguinte, sob qual regime se enquadra é relevante, na medida em que a Justiça Constitucional se vale dessa percepção no âmbito de sua análise.

Outrossim, na denominação de Gomes Canotilho os direitos fundamentais aqui consignados apresentam dupla perspectiva, na medida que no plano jurídico-objetivo criam um escudo protetor contra atos arbitrários do Estado e no plano jurídico-subjetivo permitem ao cidadão de exercer “positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”<sup>215</sup>.

Nesta dimensão de direitos fundamentais estão os direitos, liberdades e garantias das pessoas. Nesse cenário a relação jurídica se dá entre particular e Estado.

Por outro lado, tem-se também os Direitos Fundamentais Prestacionais, os quais, como o próprio nome indica possuem a característica de serem prestações que o Estado deve entregar ao cidadão.

Identificam-se, com essa característica os direitos sociais, económicos e culturais, os quais ensejam uma atitude positiva por parte do Estado. São exemplos do que se está mencionando a criação de benefícios previdenciários, a oferta do direito à saúde, entre outros. Também aqui, a relação jurídica é entre o particular e o Estado.

Seguindo na análise da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas há a perspectiva do seu engendramento nas relações entre particulares. Nesta

---

<sup>214</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 437.

<sup>215</sup> Ibid, p. 407-408.

faceta, Maria da Conceição Ferreira da Cunha<sup>216</sup> tem utilizado essa aplicação para justificar a criminalização de condutas face estarem inseridas no âmbito do dever de proteção estadual nas relações jurídicas mesmo entre particulares.

Todavia, a origem desse desenvolvimento conceitual decorre de julgamento cível *lato sensu*, haja vista aparecer de forma pioneira em decisão do Tribunal Federal do Trabalho Alemão (*Bundesarbeitsgericht*), de 1954 (*BaGE* 1, 185), na qual se consignou que “uma série de importantes direitos fundamentais não garantem apenas a liberdade individual contra o poder do Estado, antes são, acima de tudo, princípios fundamentais do ordenamento da vida social”, sendo aplicados os direitos fundamentais de forma direta entre particulares<sup>217</sup>.

Igualmente, mister salientar, o *leading case* neste tema, o caso Lüth (BverfGE, 7, 198), apresentar como pano de fundo matéria cível, concernente a E. Lüth fomentar a ocorrência de um boicote junto aos distribuidores e exibidores de filmes e público em geral de um filme produzido em 1950, de um realizador que durante o regime nacional-socialista, fora autor de uma obra cinematográfica de propagandanda anti-semita. Face esta ocorrência o Tribunal de grande instância de Hamburgo foi acionado e cassou o boicote proposto por Lüth, que apresentou queixa constitucional perante o Tribunal Constitucional da Alemanha pelo argumento de violação do seu direito fundamental de liberdade de expressão, tendo o Tribunal admitido as razões de Lüth e revogado a decisão do Tribunal de Hamburgo.

Na oportunidade a Corte Constitucional Alemã assentou que o direito fundamental da liberdade de expressão representa uma dimensão principiológica objetiva, enquanto ordem de valores de todo ordenamento jurídico, e, portanto, funciona como causa superior e de justificação e interpretação do direito civil<sup>218</sup>.

Adentrando mesmo que de forma perfunctória no conteúdo da decisão Lüth do Tribunal Constitucional Federal Alemão, vê-se como observa Canaris que o Tribunal não fixa para a solução de litígios na seara privada uma aplicação dos direitos fundamentais de forma direta, senão com eficácia irradiante, a fim de evitar o risco de uma “super-revisão”.

---

<sup>216</sup> FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995, p. 124 – 130, 273-274, 279 nota de rodapé 793.

<sup>217</sup> João Abrantes *apud* CORREIA. **Justiça Constitucional**, nota de rodapé, p. 47-48.

<sup>218</sup> CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**, nota de rodapé, p. 48.

Face isto, Canaris propõe uma “reconstrução crítica” das diretivas asseveradas no julgado<sup>219</sup>.

De toda forma, se extrai do caso Lüth a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais pela qual se enseja a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e o dever de proteção do Estado nas relações entre particulares.

Segundo Canaris, a forma escurrita de leitura da questão alusiva a análise de aplicação dos direitos fundamentais no direito privado é a que substitui a “eficácia de irradiação” pelo recurso às funções dos direitos fundamentais de proibição de intervenção e de imperativo de tutela<sup>220</sup>.

Assimilando as categorias jurídicas elaboradas por Canaris, Luciano Feldens no âmbito de análise da aplicação dos direitos fundamentais no campo penal as refere como sendo uma obrigação de dupla face dirigida ao legislador que deverá se cingir a limites máximos e mínimos de intervenção, e posteriormente, ao Juiz Constitucional que poderá realizar respectivo controle acerca dos mencionados parâmetros<sup>221</sup>.

No plano penal sob a perspectiva de proteção no caso da vida, incluindo a vida intra-uterina vale destacar a decisão BverfG, Urteil 25/2/75, do Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca da 5ª lei de reforma penal que declarou nulo o § 218 “a” que estabelecia o critério de prazos em favor da mulher grávida, a qual a partir de então poderia optar pela interrupção da gravidez dentro do prazo estabelecido.

No caso em tela, o Tribunal compreendeu pela contrariedade da referida lei ao art. 2º, nº 2 e ao art. 1º, nº 1 da Lei Fundamental da Alemanha, sob o entendimento de haver um dever do Estado de proteção da vida por meio da criminalização do aborto<sup>222</sup>.

Posteriormente, foi editada uma lei no mesmo sentido, a qual também foi declarada inconstitucional, todavia, nessa oportunidade o Tribunal registrou indicações para tornar a medida constitucional, o que foi acolhido pelo legislador passando a Alemanha a adotar o modelo de prazos.

---

<sup>219</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003, p. 43-44.

<sup>220</sup> Ibid, 47-50.

<sup>221</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**, 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47-49.

<sup>222</sup> FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, op. cit., p. 364, nota de rodapé 995 e p. 388.

Desse modo, uma construção de entendimento dos Tribunais Alemães acerca da aplicação dos direitos fundamentais que se iniciou no âmbito cível – a qual, vale ressaltar, não possui aceitação pacífica – foi transplantada para o âmbito de relações sociais que interagem com as leis penais.

Destarte, considerando as peculiaridades das relações jurídicas que conformam as searas cível e penal, a análise da adaptação dessa construção de aplicação dos direitos fundamentais, nomeadamente na esfera penal para onde o transplante posterior se deu, é medida salutar haver análise pormenorizada quanto a eficácia.

Desse modo, a mesma ideia deve valer para esse instituto penal que é a monitoração eletrônica, ou seja, sendo observada sua real eficácia quando direcionada com exclusiva finalidade de segurança pública (proteção) como ocorre nos Estados Unidos na hipótese de aplicação da ME para a vida toda.

Tem-se, como reflexos da construção teórica da aplicação dos direitos fundamentais na relação jurídica entre particulares, basicamente, a designação de eficácia dos aludidos direitos no âmbito dessas relações e, também a assimilação de deveres de proteção do Estado na relação entre particulares.

Ambos os desenvolvimentos decorrem da dimensão objetiva que os direitos fundamentais possuem, portanto, esse entendimento seria uma evolução em relação a construção inicial de dimensão subjetiva dos aludidos direitos.

Surge na primeira perspectiva a chamada eficácia horizontal ou externa, em adição a ideia primária de eficácia vertical ou interna, apenas como direitos subjetivos do indivíduo de resistência contra ingerências do Estado, para uma feição ampliativa de eficácia perante terceiros (Drittwirkung)<sup>223</sup>.

Nessa primeira linha de pensamento pondera-se por uma aplicação imediata (direta) ou mediata dos direitos fundamentais.

Segundo Maria da Conceição Ferreira da Cunha na esfera penal face a necessária homenagem ao princípio da legalidade mister será a mediação do legislador<sup>224</sup>.

Na segunda perspectiva, vê-se, também, mesmo como uma nova forma de enxergar o Estado, tendo este um dever de proteção dos particulares nas relações que realizam entre

---

<sup>223</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., p. 137-140.

<sup>224</sup> FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, op. cit., p. 279, nota de rodapé 793.

si, sendo tal ótica inserida na lógica que pugna pela efetivação da Constituição de forma ampla.

Nesse contexto, é que surge a problemática da proteção de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos por meio da criminalização de condutas advindas da edição de leis penais (ou de leis penais que ampliam a restrição das liberdades como ocorre com a aplicação da ME) e a análise pela proporcionalidade de proibição de excesso e proteção insuficiente.

Por isso, no item anterior foi estudado a dinâmica do princípio da proporcionalidade enquanto principal instrumento de controle judicial dos atos do poder público, nomeadamente quando estes restringem ou limitam direitos fundamentais<sup>225</sup>, como acontece no âmbito das legislações que tratam da monitoração eletrônica.

Outro plano de ideias diz da compreensão da filosofia política sobre os direitos fundamentais que, a grosso modo, se distinguem entre utilitaristas, libertários e aqueles que se baseiam a partir da compreensão de Kant em um entendimento de que sendo os seres humanos seres racionais fazem jus a dignidade e respeito.

O utilitarista conforme menciona Michael J. Sandel “Poderá defender os direitos humanos a pretexto de que o respeito dos mesmos irá, a longo prazo, maximizar a utilidade”<sup>226</sup>, nesse caso o respeito dos direitos da pessoa não é uma finalidade em si, mas um meio para se alcançar algo.

É criticável essa corrente de pensamento, pois por essa lógica é possível se sacrificar direitos ou pessoas em prol de um benefício geral.

Já os libertários, face a ideia de autopropriedade, não partilham de que as pessoas podem ser utilizadas como meio para se alcançar algum objetivo da sociedade como um todo, chegando a essa conclusão em razão de considerarem que cada um pertence a si mesmo, apregoando, por conseguinte uma liberdade total do indivíduo.

Mas, caminhos como esses apontados pelos libertários podem se permitir chegar a situações de perplexidade e indignidade, sob o manto da liberdade total.

---

<sup>225</sup> Contextualizando acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto instrumento utilizado nas decisões judiciais que versam sobre atos do poder público que intervenham em direitos fundamentais, conferir, entre outros, as obras de TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 49; e PULIDO, Carlos Bernal, op. cit., p. 51.

<sup>226</sup> SANDEL, Michael J.. *Justiça - Fazemos o que Devemos*. Título original: Justice – **What’s the right thing to do?** Tradução: Ana Cristina Pais. 1ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2011, p. 112.

Por fim, a visão Kantiana traz uma significativa contribuição para o debate na medida em que responde a lacunas deixadas pelas teorias utilitarista e libertária. Nesse sentido, Kant o faz por meio da sua definição de liberdade como autonomia; valor moral como dever de fazer o certo não por que será útil a algum objetivo, mas por que é certo; de razão prática pura que assimila um agir incondicional. Neste último ponto desenvolve imperativos categóricos de que as pessoas devem universalizar as suas máximas e tratar as pessoas como fim<sup>227</sup>.

Esse desenvolvimento de olhar partindo da filosofia política nos interessa para o estudo da presente problemática na medida em que as respectivas discussões interagem com questões relativas ao fundamento da justiça e dos direitos.

Neste diapasão, Michael J Sandel interpretando Kant, assinala que para este último “a utilidade não pode ser fundamento da justiça e dos direitos”<sup>228</sup>.

Outrossim, considerando este embasamento, por exemplo, se poderá discutir o perfil das leis estadunidense que envolvem a monitoração eletrônica de pessoas pela vida toda por terem praticado delitos sexuais.

Uma última consideração ainda em nível de contextualização dos direitos fundamentais e que se tem assimilado nesta dissertação, diz da realização do respectivo estudo por meio da metodologia de análise do direito comparado.

Como acentua Suzana Tavares da Silva a utilização de tal metódica implica a compreensão histórico-político pela qual aquele dado país se enquadra<sup>229</sup>.

Tal observação ganha também especial relevo quando se trabalha o enfrentamento de realização de possíveis transplantes normativos.

### **3. 2 Perspectivas do conceito de dignidade da pessoa humana.**

Ir-se-á desenvolver neste tópico a visão estadunidense, europeia continental e brasileira da dignidade da pessoa humana, a fim de se ter uma melhor compreensão acerca do olhar que destinam ao tema.

---

<sup>227</sup> Para o estudo das categorias filosóficas mencionadas no texto por todos Michael J. Sandel em *Justiça - Fazemos o que Devemos*. Título original: *Justice – What’s the right thing to do?* Tradução: Ana Cristina Pais. 1ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2011.

<sup>228</sup> *Ibid*, p. 147.

<sup>229</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana, *op. cit.*, p. 15.

Tal ordem de consideração se faz importante para se assimilar de onde cada um expõe os respectivos posicionamentos nos temas correlatos a esse conceito.

Ganha também relevo essa apresentação, quando da análise de possíveis transplantes normativos.

### 3.2.1 *Visão Estadunidense da dignidade humana.*

A dignidade da pessoa humana não figura expressamente na Constituição dos Estados Unidos e nem na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*)<sup>230</sup>.

Desse modo, a dignidade humana não está nos Direito-Quadro ou Direito-Mãe da Constituição Estadunidense<sup>231</sup>.

O debate que se faz é quanto à possibilidade de se extrair do direito a liberdade, por exemplo, um direito-mãe, o direito a dignidade da pessoa como um direito-filho.

Segundo Aharon Barak a Suprema Corte dos Estados Unidos já decidiu que o direito a liberdade engloba o direito a privacidade e, aquele autor também menciona que a Suprema Corte da Índia no caso Francis Coralie v. Delhi (1981) incluiu no conteúdo do direito a vida o direito a dignidade humana.

Mas, o fato é que a Suprema Corte Estadunidense não vem reconhecendo a dignidade da pessoa humana como um direito. Salienta Aharon Barak que mesmo juízes como Brennan e Kennedy, cujas decisões enfatizavam o valor da dignidade humana não a concebiam como direito<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> O tema é abordado no capítulo 11 do livro de BARAK, Aharon. *Human Dignity: Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge University Press, 2015.

<sup>231</sup> Jeremy Waldron, embora anote o entendimento de que a dignidade da pessoa humana não é o fundamento dos direitos fundamentais, assimilando, inclusive, que face a ausência de um conceito definido do que seja dignidade poderia produzir enfraquecimento dos próprios direitos humanos, o mencionado autor expõe que “Dignity does not figure in the Constitution of the United States, but it is invoked sporadically in constitutional doctrine. Again this is true of some rights rather than others. It seems to be particularly important with regard to the Eighth Amendment prohibition on cruel and unusual punishment”. Portanto, assinala parecer ser importante a análise da oitava emenda a luz da dignidade da pessoa humana, mesmo não constando a dignidade da pessoa humana na Constituição dos Estados Unidos. (WALDRON, Jeremy. **Is Dignity the Foundation of Human Rights?** (January 3, 2013). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-73, p. 5. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2196074>>. Acessado em: 08.11.2019).

<sup>232</sup> Jeremy Waldron, consigna ter a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86, 100 (1958), reconhecido a dignidade da pessoa humana como um conceito básico subjacente a oitava emenda. (Ibid, p, 5, nota de rodapé 12). Assim, mesmo que não haja a compreensão da mais alta corte de justiça dos Estados Unidos como sendo a dignidade da pessoa humana um direito, há precedente no

Nesse contexto, Aharon Barak desenvolve quatro argumentos que explicam a dignidade da pessoa humana não ser reconhecida como um direito, sendo os seguintes:

a) As regras de interpretação aceitas pela Suprema Corte Estadunidense tornam difícil derivar um direito-filho constitucional de um direito expresso na Constituição. A interpretação constitucional é baseada no entendimento público do momento de formação da estrutura da Constituição (originalismo), assim tal entendimento não permite o reconhecimento da dignidade da pessoa como um direito-filho, pois não foi considerado como um direito digno de proteção à época. Não obstante, o valor dignidade humana dever-ser considerado e homenageado pelas Instituições.

Assim, por essa base interpretativa tem-se como difícil o reconhecimento. Não obstante, vale registrar, que o direito constitucional a privacidade, o qual também não era reconhecido no momento do enquadramento foi reconhecido pela Corte máxima dos Estados Unidos.

b) Destaca que toda a jurisprudência que vê importância no valor dignidade humana não é suficientemente forte para se considerar a dignidade da pessoa humana como um direito.

c) O terceiro argumento seria que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como derivação de um direito expresso poderia causar transtornos no balanceamento já construído no âmbito da declaração de direitos, inclusive, podendo vir a fragilizar a proteção dos direitos humanos. Menciona-se que a Declaração de Direitos dos Estados Unidos é baseada na liberdade individual vis-à-vis com o governo, e não a dignidade.

d) Por fim, mas não menos interessante, que os argumentos acima ilustrados por Aharon Barak assinalam que alguns entendem que a dignidade da pessoa humana é estranha a cultura da sociedade estadunidense e, certamente do ordenamento jurídico dos

---

sentido de se extrair da oitava emenda a dignidade da pessoa humana como um conceito básico. Desse modo, considerando que entende-se deverem as leis de ME de forma vitalícia para as pessoas que tenham praticado crimes sexuais, serem analisadas sob o prisma do princípio da proporcionalidade a partir da oitava emenda (cf. capítulo II, item 2.3.1.), tem-se que esse reconhecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no que concerne a dignidade da pessoa humana, afirma mais ainda a possibilidade de enfrentamento do tema sob o viés constitucional por mais um relevante argumento, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Nesses termos, a oitava emenda serviu para fundamentar a análise tanto pelo princípio da proporcionalidade como da dignidade da pessoa humana.

Estados Unidos. O que se tem é o reconhecimento da dignidade humana como um valor social.

Nesse ponto, vale salientar observação assentada por Suzana Tavares da Silva, para qual, embora os Estados Unidos reconheçam a dignidade humana, a raiz fundante neste país dos direitos fundamentais não é esta, mas sim a liberdade<sup>233234</sup>.

Mister igualmente assentar, a utilização da dignidade humana como valor no âmbito dos julgamentos relacionados a vários direitos inseridos na Declaração de Direitos.

Novamente aqui os estudos de Aharon Barak explicitam que a dignidade humana vem sendo utilizada como valor interpretativo subjacente a Quarta, Quinta, Sexta, Sétima, Oitava<sup>235</sup> e Décima Quarta Emenda.

Destarte, oportuno mencionar que os casos a serem analisados no que se refere aos Estados Unidos nos itens seguintes do trabalho dizem da interpretação acerca de se a lei da monitoração eletrônica de pessoas que tenham praticado delitos sexuais viola ou não a quarta emenda<sup>236</sup>.

Nesse sentido, poderiam os Tribunais garantir uma análise da questão por esse viés, todavia, isto não se deu como se irá observar.

### 3.2.2 *Visão Europeia da dignidade humana.*

De modo bem diferente dos Estados Unidos, os países, nomeadamente da Europa Ocidental tem como matriz fundante dos respectivos Estados Constitucionais a dignidade da pessoa humana<sup>237</sup>.

---

<sup>233</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 26. No mesmo sentido, NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28.

<sup>234</sup> Jeremy Waldron realiza crítica a compreensão que assimila ser a dignidade da pessoa humana fundamento dos direitos fundamentais (WALDRON, Jeremy, op. cit., p. 9).

<sup>235</sup> Ibid, p. 5. No mesmo sentido, cf. BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 42.

<sup>236</sup> BARAK, Aharon. **Human Dignity: Constitutional Value and the Constitutional Right**, op. cit., p. 197-198.

<sup>237</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 26.

Isto facilmente se reconhece pela análise das respectivas Constituições, podendo se destacar como um bom exemplo o art. 1º da Constituição da República Portuguesa e o art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha.

Ademais, os diversos diplomas de direitos humanos do pós-guerra assentam a dignidade humana no sentido ora evidenciado.

Salienta-se que um caminho ou outro, não é mera retórica, isto se expressa principalmente nos atos dos Estados.

Sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana em caso envolvendo prisão perpétua o Tribunal Constitucional Federal Alemão em julgamento BverfGE 45, 187 (245) declinou “[...] o núcleo da dignidade humana será afetado quando o condenado, a despeito do desenvolvimento de sua personalidade, tiver de renunciar a toda esperança de recuperar sua liberdade”<sup>238</sup>.

Destaca-se pela pertinência, os apontamentos quanto à tese-objeto desenvolvida por Dürig<sup>239</sup>. Segundo Jorge Reis Novais o reconhecimento da tese, deve-se a combinação de dois fatores complementares alusivos a determinação negativa do conteúdo normativo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como por construir a norma da dignidade em torno da exclusão do tratamento como objeto, como coisa, como meio<sup>240</sup>.

A aludida decisão, inclusive, sendo absorvida pela Suprema Corte Estadunidense em nível de um diálogo judicial poderá, mesmo respeitando as peculiares dos Estados Unidos quanto ao reconhecimento da dignidade humana apenas como valor e não como direito, levar a mesma conclusão de que não é possível a uma lei estabelecer um ônus de uma pessoa para a vida toda ser monitorado eletronicamente, *mutatis mutandis* subsiste a mesma razão.

---

<sup>238</sup> HÄBERLE, Peter. «A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal», *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, 2013, nota de rodapé p. 55.

<sup>239</sup> Cf. TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 26; HÄBERLE, Peter. «La Dignidad Del Hombre como Fundamento de La Comunidad Estatal», *In*: SEGADO, Francisco Fernandez (coord.). **Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional**. Madrid: Editorial DYKINSON, 2008, p. 183; NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 111-123; ENDERS, Christoph. **The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Unisinos. janeiro-junho 2010, p. 3)

<sup>240</sup> *Ibid*, p. 113.

Outro ponto que interessa bastante, diz da reflexão de não se banalizar o conceito, nesse ponto surgem duas perspectivas de aplicação da dignidade da pessoa humana, a primeira relativa a não se permitir como no caso acima, seja o ser humano utilizado como objeto e a segunda como construção jurídica para se gerar direito subjetivo a permitir reivindicações de prestações positivas ou apenas de maneira retórica para apoiar pleitos que são possíveis de ser garantido pelo chamamento do direito circunscrito a questão que se está analisando<sup>241</sup>.

Face os objetivos do presente trabalho nos dedicaremos a analisar com mais atenção à primeira modalidade de aplicação, mas não sem deixar de registrar que de fato como expressa Suzana Tavares da Silva o *ethos* da dignidade da pessoa humana parece está mais bem estabelecido na primeira modalidade.

### 3.2.3 Visão Brasileira da dignidade humana.

O constituinte de 1988, assentou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal do Brasil de 1988).

Desse modo, enquanto fundamento da República deve nortear os atos estatais e a conduta daqueles que habitam o território brasileiro<sup>242</sup>.

De igual modo, pode se dizer que a dignidade da pessoa humana no cenário brasileiro é a raiz fundante dos direitos fundamentais, ocupando, portanto, posição central no sistema de proteção da pessoa em terras brasileiras<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> Ibid, p. 26-29. Jorge Reis Novais declina acerca da mencionada preocupação por meio das concepções ampliativa – que consiste em estratégia de se incluir na esfera de proteção tudo que toque a dignidade da pessoa humana – e restritiva, que consiste em haver uma delimitação do conteúdo permitindo, portanto, tornar inquestionável a esfera de proteção estabelecida pela dignidade da pessoa humana.

<sup>242</sup> Daniel Sarmento indica e desenvolve como funções da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para a ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados (SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77).

<sup>243</sup> No mesmo sentido cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – algumas notas, com destaque para jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 955-956.*

Entende-se, pois marcadamente a Constituição Federal de 1988, que erigi a dignidade humana como fundamento da República, foi promulgada após período de ditadura militar, a qual se estabeleceu entre 1 de abril de 1964 a 15 de março de 1985, momento da história brasileira em que se registrou flagrantes violações aos direitos humanos.

O STF, mais alta corte de justiça do Brasil, já aplicou o princípio da dignidade da pessoa humana em diversas oportunidades, tal como no julgamento do HC 98.675, rel. min. Eros Grau, j. 9-6-2009, 2ª T, *DJE* de 21-8-2009, em que tratava-se de pessoa com o estado de saúde debilitado e que estava custodiada em estabelecimento prisional que reconheceu não poder prestar assistência médica, porém a legislação brasileira a época não previa a possibilidade de prisão domiciliar para tratamento de saúde quando a pessoa estava presa provisória como era o caso do impetrante. Nesse contexto, a Suprema Corte brasileira estabeleceu “Em que pese a situação do paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja o afastamento da Súmula 691/STF e impõe seja a prisão domiciliar deferida, pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição do Brasil).”

Destarte, por esse e outras casos fica evidenciado, inclusive, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento direto e único de decisão, é dizer, dando expressão a força normativa da Constituição, aplica-se o texto constitucional diretamente, prescindindo da necessidade de texto legal para concretização do direito.

Isto demonstra o relevo que a Suprema Corte brasileira empresta a realização efetiva do preceito da dignidade humana. Nesse contexto, o STF, inclusive, sintetiza a dignidade da pessoa humana como valor fonte, no sentido de conformar e inspirar todo o ordenamento constitucional vigente no Brasil<sup>244</sup>.

#### 3.2.4 *Transplantes Normativos: (Im) Possibilidade de Inserção no Âmbito Europeu e Brasileiro de Comandos Legais nos Termos das Leis Estadunidenses sobre Monitoração Eletrônica de Pessoas para Vida Toda que Tenham Praticado Crimes Sexuais.*

---

<sup>244</sup> Cf. HC 87.676/ES, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 06.05.2008.

Transplantes normativos podem ser entendidos como as transposições de algumas doutrinas e institutos jurídicos de um sistema jurídico-constitucional para outros sistemas jurídico-constitucionais<sup>245</sup>.

Analisar as leis estadunidenses sobre monitoração eletrônica de pessoas que tenham praticado crimes sexuais com o fim de se saber sua adequação ou não para o efeito da realização de um possível transplante normativo para o âmbito Europeu e brasileiro é um exercício metodológico necessário, tendo em vista que transplantar instituto sem verificação de harmonia com o sistema que irá receber é, ao invés de trazer soluções, potencializar problemas.

Nos tópicos anteriores se procurou realizar um estudo crítico a luz da doutrina, jurisprudência e cultura jurídica pelas quais perpassam o campo de inserção das leis estadunidenses sobre monitoração eletrônica de pessoas que tenham praticado crimes sexuais nos Estados Unidos em comparativo com a Europa e o Brasil.

Dessa análise, fica cristalina a incompatibilidade das mencionadas leis com os ordenamentos europeus, os quais tem como raiz fundante a dignidade da pessoa humana, a luz de uma filosofia kantiana, em que os seres humanos devem ser situados como fins e não meio, ou objeto como preconiza Dürig.

Sob o mesmo viés deve ser observado a incompatibilidade das aludidas leis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Referidas legislações utilitaristas e os argumentos que as defendem colocam o ser humano nessa condição de objeto.

Destarte, entende-se haver incompatibilidade das leis estadunidenses sobre monitoração eletrônica de pessoas que tenham praticado crimes sexuais com os sistemas jurídico-constitucionais europeus e brasileiro.

### **3.3 O direito à vida privada e familiar: reflexos no delineamento da monitoração eletrônica de pessoas.**

---

<sup>245</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 49.

O direito à vida privada e familiar, se insere naquela categoria que visa proteger o cidadão em face do Estado, portanto, engendra perspectivas de abstenção dos mecanismos estatais em relação a privacidade e as relações familiares do cidadão.

Tal compreensão auxiliará no entendimento do posicionamento dos Tribunais de jurisdição constitucional, assim como permitirá formar convicção acerca de questões que ainda não foram objeto de análise, como as situações envolvendo novas tecnologias.

Não obstante, nesse primeiro momento, se buscar trazer luz para os delineamentos do direito à vida privada e familiar em termos de generalidade, pois situações mais específicas como a das pessoas privadas de liberdade no que tange as respectivas peculiaridades decorrentes do encarceramento serão estudadas mais a frente.

De todo modo, as premissas aqui fixadas são relevantes de serem conhecidas mesmo para que se tenha uma visão global acerca do tema.

Nessa senda, todo acúmulo argumentativo que já foi construído terão valor no enfrentamento de questões alusivas ao desenvolvimento de novas tecnologias e sua interface com os direitos à vida privada e familiar.

Tais direitos passaram a frequentar diplomas normativos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), artigo 12, o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), artigo 17, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Conv. Am.), artigo 11, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta da UE), artigos 7º e 8º, Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Conv. Europ), artigo 8º, a Constituição da República Portuguesa, artigo 26, Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, X, XI e XII, entre outros.

Nesse passo, vale salientar, que todos os enunciados normativos acima mencionados guardam uma similaridade redacional, sendo garantido ao cidadão o respeito à vida privada e familiar, ao domicílio, as comunicações e a proteção de dados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 distingue em seu texto as expressões “intimidade” e “vida privada” pelo que a doutrina brasileira<sup>246</sup> faz distinção entre os vocábulos, tendo aqueles que dizem que o direito à intimidade estaria dentro do direito à privacidade, o qual seria mais amplo. O direito à privacidade estaria

---

<sup>246</sup> Cito por todos BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 280.

compreendido nos comportamentos e acontecimentos relativos as relações pessoais em geral, comerciais e profissionais que a pessoa natural não deseja que se divulguem ao conhecimento de todos. O núcleo do direito à intimidade estaria inserido nos acontecimentos ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Malgrado, essa consideração, tal ponto não se verifica na análise dos demais diplomas normativos mencionados.

Por outro lado, entende-se que a privacidade está diretamente relacionada com o sigilo bancário/fiscal, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações, de tal modo que, mesmo que não se positivassem tais expressões, todas já estariam compreendidas no conceito de vida privada.

Esse ponto nos remete a um debate importante correlacionado com tema, alusivo ao direito natural e ao direito positivo, bem assim do ponto de partida para qualquer análise jurídica que deve ser a pessoa.

Nesse sentido, Miguel Reale observa “Mesmo quando não se aceita a idéia de um Direito Natural, anterior e superior ao Direito Positivo, pode-se considerar prevalecente o entendimento de que a defesa dos direitos humanos se fundamenta no conceito de *pessoa*”<sup>247</sup>.

Esse reconhecimento da pessoa como centro do sistema jurídico e objeto de proteção, o qual, inclusive, se verifica nos diversos diplomas internacionais e nacionais supramencionados se mostra deveras relevante, pois é notório no plano atual a formação de arranjos institucionais e mesmo privados opressores da pessoa humana.

No âmbito dessa repressão, a publicização sem ética de dados pessoais, muitas vezes por meio de intromissões clandestinas e sub-reptícias com utilização, inclusive, de aparato tecnológico, são técnicas fáceis de se observar no momento hodierno.

Acerca dessa preocupação Miguel Reale destaca:

Fala-se, continuamente, nos poderes avassaladores do Estado, que já estende suas garras sobre todas as áreas culturais, subtraindo aos indivíduos seu poder de iniciativa ou, então, subordinando-os a esquemas e processos administrativos cada vez mais uniformizadores e opressivos. Mas o que desejo focalizar, neste trabalho, são os perigos que as estruturas eletrônicas da Informática e

---

<sup>247</sup> REALE, Miguel. **Direito Natural / Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 17.

Telecomunicação representam como instrumentos capazes de privar o homem de sua intimidade, *socializando*, não os meios de produção – segundo a previsão marxista – mas sim o patrimônio ético inerente à nossa própria subjetividade<sup>248</sup>.

Tem-se, como fundamental nesse cenário identificar o núcleo essencial daquilo que é privativo só do indivíduo e/ou o que é do indivíduo, mas interessa a sociedade e com esta pode ser socializado.

Trazendo luz sobre a questão ora proposta Miguel Reale enfatiza:

Posta a questão nesses termos, assim como ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo, confessando delitos ou revelando segredos, sob as mil formas de violência, que vão desde a coação física ao emprego de técnicas psicológicas ou farmacológicas, também não se coaduna com a Justiça a subordinação da vida individual à curiosidade popular doentia, alimentada pelos canais de informação, especialmente pelo rádio e televisão. Sob a aparência de interesse público, o que há, não raro, são interesses empresariais não merecedores de amparo. Certos programas de televisão, (...), constituem verdadeiros tribunais, sendo expostos ao público em geral dramas e tragédias que deviam ser respeitados como valores vinculados ao que há de mais sagrado na personalidade humana, a sua privacidade.

(...)

No fundo, o que é manipulado, tanto para fins políticos como para fins publicitários e mercantis, *são os valores da subjetividade* (...).

(...)

Não se trata, é claro, de converter a intimidade pessoal ou das empresas em um mito, pois há casos em que o interesse público não pode ser atendido sem a obtenção de informações de caráter individual: tudo depende, porém, de um equilíbrio razoável entre aquilo que toca a cada um e o que cabe à coletividade.

(...)

Como bem observou Vittorio Frosini, a liberdade de informação, tanto como a liberdade política, ou econômica, tem duas faces, uma *negativa*, relativa a necessária preservação do que é individual e próprio, e outra *positiva*, no sentido de ser lícito à coletividade obter dados particulares, desde que não atinjam a privacidade do indivíduo ou a exclusividade de uma entidade econômica. Há, diz ele, com razão, um “direito a informação” contraposto a um “direito ao segredo”, e este é o limite natural daquele<sup>249</sup>.

Referidas palavras, pode-se entender sejam as premissas gerais para o tratamento do tema, o qual está imbricado no âmbito de trazer condições para o próprio desenvolvimento da subjetividade traço característico da personalidade.

Realizando gradações de privacidade, conforme o relacionamento da pessoa com o meio externo, tem-se a “teoria das três esferas”, vejamos:

---

<sup>248</sup> Ibid, p.20.

<sup>249</sup> REALE, Miguel, op. cit., p. 21-23.

A doutrina jurídica adota a *Teoria das Três Esferas* (Kayser, 1984, pp. 14-29) para estabelecer os contornos da valorização da natureza pessoal:

a) esfera íntima ou individual;

b) esfera privada;

c) esfera pública

A *esfera íntima* ou *individual* está no núcleo de existência humana, caracterizada por peculiaridades da individualidade, como sigilos e balizas da honra subjetiva, que não se reparte com ninguém, visto que a intimidade se concentra no direto ao isolamento que está à margem do mundo exterior.

A *esfera privada* é inerente ao aspecto reservado da individualidade humana que deseja compartilhar a vida apenas com um grupo restrito em um ambiente de confiança e estima, aí incluídas as relações de família e de amizade.

A *esfera pública* diz respeito ao ser humano como cidadão do planeta, aberto a exposição no meio social circundante.

Em todas as três esferas, ergue-se a presença do ordenamento jurídico à proteção dos componentes personalíssimos adstritos ao corpo, à liberdade, à honra, e à essência moral da personalidade<sup>250</sup>.

De alguma forma, pode-se entender que quanto mais o comportamento se desenvolva em esfera mais afastada do núcleo essencial e/ou a pessoa que pratique o ato tenha proeminência na sociedade, menos forte será a proteção a privacidade, nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal do Brasil:

A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. A extensão do dano é média; pois, apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade.<sup>251</sup>

Como se verifica, a teoria das três esferas nos traz relevantes balizas de compreensão no âmbito de possíveis intromissões na vida privada das pessoas.

Porém, cabe alertar que aludida teoria segundo entende-se não tem plena recepção no que tange ao direito à vida privada da pessoa encarcerada, haja vista que, não insere na sua lógica de desenvolvimento a perspectiva da

---

<sup>250</sup> OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., p. 122.

<sup>251</sup> AO 1.390, rel. min. Dias Toffoli, j. 12.5.2011, P, DJE de 30.8.2011

vulnerabilidade do preso, a qual segundo percebe-se tem o condão de potencializar o direito.

Essa última menção será mais pormenorizada posteriormente.

Como mencionado, embora as questões relacionadas a sigilo bancário/fiscal, inviolabilidade de domicílio e sigilo das comunicações nos textos normativos sejam explicitamente mencionadas, entende-se que tais formas que se expressam a vida consubstanciam facetas da privacidade.

A privacidade e o sigilo bancário/fiscal encontram tratamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil nos seguintes termos:

O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade<sup>252</sup>.

No que tange ao sigilo fiscal aquela Suprema Corte brasileira também assim, decidiu:

O chamado sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Aqui se cuida de pessoa jurídica que exerce atividade tributável. Contribuinte, portanto. Os documentos foram apreendidos no interior da sede da empresa, e não no domicílio do seu responsável legal. A atividade da pessoa jurídica está prevista como crime contra a ordem econômica. Legítima, assim, a atuação do Fisco, com respaldo na legislação pertinente. Legítima, também, a atuação do Ministério Público instando a autoridade policial à instauração do inquérito policial, com vista a apurar a ocorrência de um fato típico (...) <sup>253</sup>.

Já a inviolabilidade de domicílio nesse mesmo contexto relacionada a privacidade preceitua o Supremo Tribunal Federal do Brasil, que:

**Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos** (art. 5º, LVI, da CF); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, **por estar-se diante de microcomputador que, além de ter**

---

<sup>252</sup> AI 655.298 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 4.9.2007, 2ª T, DJ de 28.9.2007.

<sup>253</sup> HC 87.654, voto da rel. min. Ellen Gracie, j. 7.3.2006, 2ª T, DJ de 20.4.2006.

**sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF)<sup>254</sup>. (grifo nosso).**

Outra faceta em que se desdobra o direito a privacidade é em relação ao sigilo das comunicações, nesse quadrante o posicionamento da Suprema Corte do Brasil, assinala:

**HC/80949 = Habeas Corpus**

**EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita.**

(...)

2. Da explícita proscrição da **prova ilícita, sem distinções quanto ao crime** objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da **verdade real** no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao **princípio da proporcionalidade** - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. **Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais.** 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu **direito ao silêncio**. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - **nemo tenetur se detegere** -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a **falta da advertência** - e da sua **documentação formal** - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. IV. **Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores.** 5. A hipótese não configura a gravação da **conversa telefônica própria** por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, **escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia**, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de **terceiro**, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for

<sup>254</sup> AP 307, rel. min. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994, P, DJ de 13.10.1995.

incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. **Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree)**. (grifo nosso)

Nessa ordem de ideias, percebe-se que o direito a privacidade tende a ser mitigado, quando envolve questões de interesse público e/ou fiscalizatórias, embora pela análise das decisões da Suprema Corte do Brasil, procure-se garantir mesmo nesse contexto um mínimo de formalismo para a flexibilização do direito.

Normalmente, o ponto de partida para a atenuação do direito é o fato de não ser absoluto, portanto, devendo ceder se necessário a questões de interesse da sociedade.

Já o direito à vida familiar segundo Irineu Cabral Barreto “No seu conteúdo, pode-se referir o nome, a nacionalidade, a coabitação e sobretudo as relações de filiação”<sup>255</sup>.

De toda sorte, para sua defesa necessário se faz definir o conceito de família, o qual tem se mostrado contemporaneamente bem dinâmico.

Não obstante, adota-se para o presente trabalho a definição que vem sendo assinalada pelos órgãos da Convenção Europeia, os quais como acentua Irineu Cabral Barreto “preferem uma aproximação prática baseada na existência de laços substanciais e afetivos entre as pessoas que se apresentam como uma família, mesmo que se encontrem separadas”<sup>256</sup>.

O direito a vida familiar se consubstancia em aspecto relevante do próprio desenvolvimento da personalidade na medida em que as relações familiares afetam diretamente as pessoas.

Traçar os seus contornos de forma mais ampla possível, ou seja, fora daquele dogma estabelecido de a família se constituir apenas com o casamento, ser apenas entre homem e mulher, são marcos civilizatórios da contemporaneidade que vem privilegiando a afetividade e o direito a felicidade<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> BARRETO, Irineu Cabral, op. cit., p. 244.

<sup>256</sup> Ibid, p. 244.

<sup>257</sup> O Supremo Tribunal Federal do Brasil possui uma gama de decisões definindo conceitos amplos acerca do conceito de entidades familiares, por todas vale mencionar a que reconheceu as uniões homoafetivas e que foi estabelecida no julgamento da ADI ADFP 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, 4 e 5.5.2011. No mesmo passo, por todos os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), envolvendo a temática declinam-se os seguintes: caso X e outros / Áustria, de 19 de setembro de 2013, § 96 e o Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Queixa n.º33290/96.

Se insere nesse contexto, igualmente, a ampliação da autonomia que diz do Estado o quanto possa não se imiscuir em decisões pessoais do indivíduo que deve escolher aquela arquitetura familiar que melhor lhe aprouver.

Malgrado esse entendimento, também é cediço que pela relevância e repercussões jurídicas que possuem as relações familiares merecem ser reguladas.

Porém, deve haver temperança na regulação, a qual deve atender o quanto possível os anseios da sociedade sem deixar de lado o acúmulo já estabelecido no âmbito das decisões judiciais.

Contextualizado o panorama geral em que se situa o direito à vida privada e familiar, convém a partir desse momento investigar quanto a manutenção desses direitos após a segregação, pois conhecendo essa perspectiva naturalmente o cenário do monitorado eletronicamente se esclarecerá.

Desse modo, mister indagar: o preso possui direito à vida privada e familiar?

A indagação assinalada, pode parecer despropositada, haja vista o expreso reconhecimento nos diplomas normativos já aqui mencionados do aludido direito para as pessoas em geral.

Todavia, quando analisa-se a jurisprudência dos diversos Tribunais Constitucionais, Supremos Tribunais dos Estados e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, percebe-se que sua afirmação é bastante necessária na medida em que são muitos os casos que chegam a estas cortes de justiça alusivas a violação dos mencionados direitos dos presidiários.

Esse sem número de processos que chegam aquelas altas cortes jurisdicionais faz parecer que o encarcerado encontra-se em uma situação a parte, em um espaço paralelo, o qual não é albergado pelo manto dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Destarte, asseverar que o preso é sujeito de direito e, como tal possui todos os direitos que qualquer cidadão possui, lhe sendo restringido tão somente a liberdade<sup>258</sup>, se mostra relevante.

Destacando ter o preso apenas restringido o direito de liberdade, logo subsistindo os demais, mister apresentar acórdão do TEDH no caso Khoroshenko vs Rússia, vejamos:

---

<sup>258</sup> No Brasil conforme estabelece o art. 15º, III, da Constituição Federal de 1988, ficam suspensos os direitos políticos nos casos de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

116. As is well established in the Court's case-law, during their imprisonment prisoners continue to enjoy all fundamental rights and freedoms, save for the right to liberty (see, for instance, *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 67, ECHR 2007-V, quoting *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 69, ECHR 2005-IX; and *Boulois v. Luxembourg* [GC], no. 37575/04, § 82, ECHR 2012).<sup>259</sup>

Neste diapasão, tem-se como estreme de dúvidas o direito à vida privada e familiar da pessoa em situação de encarceramento sob o sentir do TEDH, sendo um importante pronunciamento, inclusive, pela perspectiva do diálogo judicial.

De toda sorte, mesmo se estabilizando essa premissa é interessante conhecer questões controvertidas envolvendo o direito à vida privada e familiar no ambiente carcerário.

Assim, verificado que de fato e de direito o encarcerado possui direito à vida privada e familiar, passa-se a analisar casos que o TEDH enfrentou, a fim de se saber acerca da possibilidade de se extrair um conteúdo jurídico diferenciado do direito à vida privada e familiar direcionado para as questões carcerárias que coteje essa peculiaridade.

Nesse contexto, vale mencionar, que aquela corte colaciona diversos julgados emblemáticos acerca de diversas nuances conectadas com o direito da vida privada e familiar no âmbito prisional, porém, face os objetivos do presente trabalho irão se destacar apenas três situações, mas que são significativas e relevantes para a compreensão do que se pretende esclarecer.

A primeira que pode ser destaca diz do “Uso de registro de áudio ou vídeo da cela ou da área da prisão destinada a receber visitas”.

No âmbito do caso *Khan vs United Kingdom* foi analisado a circunstância do uso de registro de áudio e vídeo na cela e, em área da prisão destinada ao recebimento de visitas, sendo inclusive utilizada essas gravações como prova em processo judicial criminal.

Nessa oportunidade, apenas se cuidará do ponto da decisão do TEDH concernente a perspectiva do direito à vida privada e familiar.

Nesse ponto o Tribunal assim observou:

---

<sup>259</sup> Acórdão *Khoroshenko vs Russia*, Queixa n. 41418/04, julgamento em 30.06.2015, p.34.

26. The Court recalls, with the Commission in the *Govell* case (see paragraphs 61 and 62 of the report cited above), that the phrase “in accordance with the law” not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (see the *Halford v. the United Kingdom* judgment of 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, p. 1017, § 49). In the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with an individual's right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (see the *Malone v. the United Kingdom* judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, p. 32, § 67).

27. At the time of the events in the present case, there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices, although the Police Act 1997 now provides such a statutory framework. The Home Office Guidelines at the relevant time were neither legally binding nor were they directly publicly accessible. The Court also notes that Lord Nolan in the House of Lords commented that under English law there is, in general, nothing unlawful about a breach of privacy. There was, therefore, no domestic law regulating the use of covert listening devices at the relevant time.

28. It follows that the interference in the present case cannot be considered to be “in accordance with the law”, as required by Article 8 § 2 of the Convention. Accordingly, there has been a violation of Article 8. In the light of this conclusion, the Court is not required to determine whether the interference was “necessary in a democratic society” for one of the aims enumerated in paragraph 2 of Article 8.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) no item 2, do art. 8º, insere regra que permite aos Estados Contratantes de mitigarem ao direito à vida privada e familiar, desde que a ingerência esteja prevista em lei e constitua uma providência que, em uma sociedade democrática, seja necessária.

No tema em análise o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte foi condenado por não ter em seu ordenamento lei que permitisse o registro audio-visual de preso no âmbito das celas e no local em que recebiam visitas.

Outrossim, essa lei tem também que ser qualificada, ou seja, compatível com o Estado de Direito.

Desse modo, o direito interno deve proporcionar proteção contra a ingerência arbitrária no direito do indivíduo, bem assim deve ser suficientemente transparente para dar aos indivíduos uma indicação adequada quanto às circunstâncias e condições em que as autoridades públicas podem utilizar tais medidas.

Vê-se que o TEDH como se mencionou decretou a condenação ante a inexistência de diploma legal regulamentando o registro, assim não analisou se a interferência era

necessária em uma sociedade democrática para os fins do enunciado n.º 2, do artigo 8º da CEDH.

Logo, uma análise mais completa do tema acabou não havendo, todavia em sede de *obiter dictum* ficou consignado que deve essa lei ser qualificada a observar o Estado de Direito, entre outros aspectos já mencionados.

No caso Allan v. The United Kingdom, envolvendo também circunstâncias similares ao caso Khan, o TEDH, assentou que:

59. The Court observes that the applicant's right to respect for his private life was violated in several respects and that he had no effective remedy under domestic law. It considers that the applicant must thereby have suffered some feelings of frustration and invasion of privacy which is not sufficiently compensated by a finding of violation. As regards the finding of a violation of Article 6 § 1 of the Convention in regard to the use of the informer H. and his evidence at trial, it finds it inappropriate to speculate as to the outcome of the trial in other circumstances and considers that a finding of a violation constitutes just satisfaction in that respect.

No julgamento acima mencionado o TEDH deixou assentado que o direito do postulante ao respeito a sua vida privada foi violado em vários aspectos sem que tivesse nenhum recurso efetivo nos termos do direito interno. Assinalou também, que o pleiteante deve, assim, ter sofrido alguns sentimentos de frustração e de invasão no âmbito da respectiva privacidade que não são suficientemente compensados por apenas uma constatação de violação do direito.

Desse modo, novamente se tem presente o reconhecimento do direito de privacidade do preso.

Não obstante, o entendimento assentado pelo TEDH e o que consta no art. 8º, n. II, da CEDH, entende-se que face a reconhecida vulnerabilidade do preso, este não deve ser objeto de nenhuma restrição, além da que já absorve em razão da restrição da liberdade, portanto, o Estado se pretende realizar investigações acerca de fatos deve fazê-lo com base nos meios investigativos que já existem.

Uma possível abertura, mesmo que por lei, de se permitir ao Estado em nome da segurança nacional e segurança pública, praticar essa ingerência é potencializar a mencionada vulnerabilidade.

O preso que já está em posição fragilizada perante o Estado, ter que se conter no âmbito da verbalização com colegas de cela ou com as visitas é provocar o regresso do cárcere a tempos aubornianos e filadelfianos, regimes de cumprimento de pena baseados no silêncio.

Por isso, deve-se rechaçar qualquer hipótese nesse sentido, além do que em relação a monitoração eletrônica deve ser vedado conter no equipamento componente que permita gravação de áudio e imagem.

Outro item de relevo diz dos “contornos do direito a inviolabilidade do sigilo da correspondência das pessoas privadas de liberdades”.

Acerca do tema relativo ao direito de inviolabilidade do sigilo da correspondência das pessoas privadas de liberdade o TEDH possui cristalina jurisprudência ratificada no caso Enea vs Itália, correspondente a queixa 74912/01, tendo sublinhado na oportunidade:

143. The Court does not underestimate the actions of the judge responsible for the execution of sentences in limiting the scope and duration of the monitoring arrangements from August 1999 onwards. However, it is of the view that the monitoring of the applicant’s correspondence was in breach of Article 8 of the Convention as it was not “in accordance with the law”, given that section 18 of the Prison Administration Act does not regulate either the duration of measures monitoring prisoners’ correspondence or the reasons capable of justifying such measures, and does not indicate with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the discretion conferred on the authorities in the relevant sphere (see, inter alia, Labita, cited above, §§ 175-85). It sees no reason to depart in the instant case from its existing case-law, designed to ensure that all prisoners enjoy the minimum degree of protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society (see Calogero Diana, cited above, § 33, and Campisi v. Italy, no. 24358/02, § 50, 11 July 2006).

Como se denota do trecho do julgamento acima, o TEDH aponta que a lei prevista no art. 8º, da CEDH, relativa a análise da correspondência dos presos deve possuir prazo de duração para as medidas de controle da correspondência dos reclusos, necessidade de se expressar os motivos suscetíveis que justificam tais medidas, indicação suficientemente clara do alcance e o modo de exercício do poder discricionário conferido às autoridades competentes para definir a medida.

Também é tema fundamental o “direito do preso de receber visitas”.

O caso *Khoroshenko vs Rússia*, desenvolvido a partir da Queixa 41418/04, demonstra que a garantia do direito de visita do preso é um consenso no âmbito europeu<sup>260</sup>, tendo o TEDH, assim acentado:

134. The starting point in the regulation of visiting rights of prisoners, including life-sentence prisoners, at the European level is that national authorities are under an obligation to prevent the breakdown of family ties and provide life-sentence prisoners with a reasonably good level of contact with their families, with visits organised as often as possible and in as normal manner as possible (see Articles 24.1, 24.2, 24.4 and 24.5 of the European Prison Rules in paragraph 58 and Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules in paragraphs 59-62 above). These principles appear to have been consistently applied by the Contracting States in accordance with the Recommendations of the Committee of Ministers (see paragraphs 63 and 64 above) and the Committee on the Prevention of Torture (see paragraphs 65-67 above).

Nessa senda, é indene de dúvida a perspectiva permissiva quanto a visita familiar e a afirmação do TEDH de que tem-se que manter um núcleo mínimo do direito a vida familiar no sentido de que mesmo se estabelecendo o regime mais rigoroso, as visitas devem ser garantidas.

Nesse contexto, ao preso monitorado eletronicamente esse precedente deve ser observado.

Outrossim, os direcionamentos ora apontados em relação ao direito à vida privada e familiar do preso deve fazer emergir reflexo no delineamento da monitoração eletrônica de pessoas.

Desse modo, dentre outros aspectos, o presente trabalho visa trazer luz para o fato de que a partir do direito à vida privada e familiar o legislador deve inserir nas leis nacionais que tratam da monitoração eletrônica disposições que ensejem a observância desses direitos.

Assim, a regulação do instituto da ME em Portugal, realizado pela Lei n. 33/2010, de 02 de setembro, deve ser aprimorada para:

a) explicitar que a regra é a ausência do local de vigilância eletrônica, haja vista que o aprisionamento na residência do monitorado tal como por regra acontece, cria sérios problemas de estigmatização da pessoa sob vigilância eletrônica e da própria família, tal

---

<sup>260</sup> Acórdão *Khoroshenko vs Russia*, Queixa n. 41418/04, julgamento em 30.06.2015, item IV, parágrafo 81, p. 26.

qual o próprio aprisionamento, ferindo, portanto, diretamente o direito à vida privada e familiar, além de não permitir a realização de potencialidades do equipamento que é o resgate da vida pessoal;

b) revogar o art. 22, haja vista que as hipóteses previstas neste dispositivo, embora tenham a aparência de benefício para o monitorado, em verdade, por regra serão casos de liberdade sem nenhum monitoramento, apenas com outras restrições que o juízo queira realizar e que se a pessoa a que teve a concessão infringir se lhe aplicaria as medidas de restrição previstas com a revogação da medida; e

c) que o art. 31, seja melhor depurado, a fim de está consentâneo com o conteúdo jurídico do direito à vida privada e familiar, pois a forma como disposto, sem nenhum filtro de acesso das autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal a dados sensíveis do monitorado, permite que sejam obtidos como fonte primária de investigação, expondo em demasia as pessoas monitoradas. Deveria se criar mecanismo tal como primeiro haver suspeita que dada pessoa monitorada estivesse na cena de dado delito, para então ser possível o pedido de acesso dos dados do monitorado pelas autoridades policiais<sup>261</sup>. O aceite que o monitorado confere para o uso do aparelho é para cumprir a medida ou a pena não para servir possivelmente de prova contra si mesmo. Assim, entende-se, plenamente possível o acesso aos dados de localização do monitorado, porém, após minimamente haver possibilidade de identificação do monitorado, deve haver fundamentação para se levantar os dados. Não se está a dizer acerca da inviabilidade do acesso, porém o que se quer expressar é a necessidade de se estabelecer limites como os consignados no art. 2º da lei brasileira nº. 9.296/1996 (Lei de interceptação telefônica) alusivos a não admissão de interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Assim, *mutatis mutandis* considerando tratem de situações similares poderiam ser fixadas vedações, tais quais as ora anotadas. Com isso, se estará respeitando o direito à vida privada.

---

<sup>261</sup> O art. 26º, 2, da Constituição da República Portuguesa dispõe, *in verbis*: “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”.

Já em relação a legislação brasileira, deve ser editado tal como em Portugal uma lei própria da matéria, que traga os delineamentos para o cumprimento da medida ou pena com ME, sendo respeitado o direito à vida privada e familiar da pessoa monitorada, assim como observando os aludidos direitos, a partir da não aplicação sem que seja adequada e necessária, desse modo a lei nacional brasileira a ser editada deverá conter os seguintes parâmetros mínimos:

a) apontamentos que a medida cautelar da monitoração eletrônica somente poderá ser aplicada quando verificada e fundamentada a necessidade da vigilância eletrônica da pessoa processada ou investigada, mediante a demonstração da inaplicabilidade da concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, e a insuficiência ou inadequação das demais medidas cautelares diversas da prisão;

b) no processo penal de conhecimento ser, exclusivamente aplicada apenas quando: 1) a pessoas acusadas por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal Brasileiro e; 2) para garantir o cumprimento de medidas protetivas de urgência em crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Neste último caso, somente aplicada quando houver descumprimento;

c) deve se expressar a sua não aplicação quando: 1) a eventual superveniência de decisão condenatória não ensejará aplicação de pena privativa de liberdade, exceto nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e; 2) quando a medida se mostrar inadequada em vista de condições ou circunstâncias atinentes à situação da pessoa processada ou investigada;

d) no processo penal de conhecimento a medida de monitoração eletrônica deve ser aplicada por prazo determinado, de no máximo noventa dias, permitida uma única prorrogação, por decisão fundamentada, pelo prazo máximo de igual período e, na execução penal, mesmo não se estabelecendo prazo, o juízo da execução poderá rever a aplicação da medida a qualquer tempo se entender que aquele preso já reuni condições de ser sobrestado o monitoramento;

e) no âmbito da execução da pena: 1) O uso da monitoração eletrônica no âmbito da execução penal deve privilegiar os casos de progressão antecipada, livramento condicional antecipado ou prisão domiciliar deferida em substituição à pena privativa de liberdade, na hipótese de ausência de vagas no regime semiaberto ou fechado; 2) seja vedado o uso da monitoração eletrônica na execução da pena, nas seguintes hipóteses: 2.1) em substituição ao regime aberto; 2.2) para o cumprimento de livramento condicional, salvo na hipótese de antecipação do direito e pelo tempo necessário até atingir o requisito objetivo; 2.3) no cumprimento de suspensão condicional da pena ou transação penal; 2.4) para o desenvolvimento do trabalho externo pelo custodiado, salvo se estiver no regime fechado e não estiver escoltado pela polícia; 2.5) em outras hipóteses não previstas em lei e que impliquem agravamento da pena imposta;

f) Se fixar que o serviço de monitoração eletrônica deverá ser estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada, garantindo-se todos os desdobramentos dessa perspectiva;

### *3.3.1 Leis Estadunidenses sobre Monitoração Eletrônica de Pessoas para Vida Toda que Tenham Praticado Crimes Sexuais: (In) Violabilidade da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.*

Em diversos Estados estadunidenses foram editadas leis aplicando a monitoração eletrônica para a vida toda àquelas pessoas que tenham praticado crimes sexuais e tenham sido apontados como pertencentes à escala nível 3 (três) de periculosidade.

Essas leis aplicam a restrição da monitoração eletrônica para período após o cumprimento da pena e são aplicadas imediatamente após a entrada em vigência pelas juntas de liberdade ou supervisão condicional.

Nesse contexto, as pessoas a quem tem sido determinado cumprir a medida tem ingressado no Poder Judiciário a fim de fazer cessar a respectiva obrigação.

Diversos Tribunais dos Estados Unidos têm recebido demandas dessa natureza, inclusive, já tendo chegado processo na Suprema Corte, porém esta ainda não se pronunciou, tendo em vista a necessidade no feito que lá foi recebido de se sanar questões processuais.

Os principais questionamentos constitucionais acerca dessas leis se circunscrevem as seguintes teses: a) (In) Violabilidade da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América; e b) (In) Aplicação da Cláusula *Ex Post Facto*.<sup>262</sup>

Desse modo, como se observa a primeira tese é prejudicial em relação à segunda, pois se acatada ficará desnecessária a análise da segunda.

Não obstante, conhecer ambos os desenvolvimentos se faz interessante, pois enquanto não há uma posição definitiva acerca da primeira tese, há um número significativo de casos que poderão ser resolvidos pela segunda tese.

Acerca da temática constante no item, a Suprema Corte dos Estados Unidos iniciou julgamento no caso *Torrey Dale Grady v. Carolina do Norte* 575 U.S. (2015), porém devido ao Supremo Tribunal da Carolina do Norte não ter apreciado naquele momento a tese acerca da análise dos programas de ME vitalício pelo prisma do desafio da quarta emenda, o julgamento não avançou, sendo determinado o retorno para o Tribunal de origem. Porém, após o retorno, cumprindo o determinado, o Supremo Tribunal da Carolina do Norte entendeu que o programa de ME vitalício é inconstitucional diante do que preceitua a quarta emenda.<sup>263</sup>

Vale ressaltar, que o objeto do julgamento do caso acima indicado era referente tão somente ao desafio da quarta emenda.

O pleiteante *Torrey Dale Grady* foi condenado no Estado da Carolina do Norte por dois delitos sexuais, um em 1997 e o outro em 2006. Depois de cumprir a sentença pelo último crime, *Grady* foi notificado a comparecer em *New Hanover County Tribunal Superior* para uma audiência, a fim de determinar se ele seria submetido a monitorização por satélite face ser um ofensor sexual reincidente. *Grady* não contestou os delitos praticados, no entanto, argumentou que o Programa de monitoramento, sob o qual ele seria forçado a usar dispositivos de rastreamento em todos os momentos, violaria seu direito previsto na Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos<sup>264</sup>. Não convencido, o

---

<sup>262</sup> Nesta dissertação foram inseridos outros argumentos que podem compor a análise da questão jurídica em tela.

<sup>263</sup> O Supremo Tribunal da Carolina do Norte em julgamento realizado no dia 16.08.2019, por maioria concluiu pela inconstitucionalidade do programa de ME vitalício face violar os direitos estabelecidos na quarta emenda. Neste sentido matéria jornalística, disponível em <<https://apnews.com/78d4f8f00ce54bc0817335ca5bd755ec>>. Acessada em: 18.11.2019.

<sup>264</sup> Amendment IV (1791) - The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon

Tribunal ordenou Grady para se inscrever no programa e ser monitorado o resto de sua vida.

Nas suas razões argumentativas anotou que seu apelo pela aplicação da Quarta Emenda se baseava na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *United States v. Jones*, 565 U. S. \_\_\_\_ (2012). Nesse caso, a Suprema Corte considerou que os policiais haviam realizado uma "busca" na acepção da Quarta Emenda quando instalaram e monitoraram um dispositivo de localização do Sistema de Posicionamento Global (GPS) no carro de Jones e não consideraram razoável a manutenção da diligência por 4 (quatro) semanas.

Grady aprofunda o argumento mencionando que se a aposição de um GPS a um veículo de um indivíduo constitui uma busca, então o ato mais intrusivo de afixar uma tornozeleira em uma pessoa deve constituir igualmente uma busca<sup>265</sup>.

Pelo fato de a Corte de Apelação e o Supremo Tribunal da Carolina do Norte entenderem que a monitoração eletrônica é um programa de natureza civil, naquele momento compreenderam que o caso Jones não se aplicava ao caso, assim não analisaram a argumentação de Grady, haja vista entenderem haver clara distinção.

Não obstante, a Suprema Corte aduziu que mesmo que se considerasse o programa civil, ainda assim teriam aqueles Tribunais que analisar a questão pelo prisma da Quarta Emenda, pois a Suprema Corte possui precedentes no sentido de que mesmo a circunstância se passando no âmbito cível pode haver de a busca não ser razoável.

Vale esclarecer que com esse pronunciamento a mais alta Corte de Justiça dos Estados Unidos também não se manifestou quanto ao programa ter natureza cível ou criminal.

---

probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a1](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1)> Texto da Constituição dos Estados Unidos traduzido para o português pela Universidade de São Paulo – USP: **EMENDA IV** - O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acessada em: 18.11.2019.

<sup>265</sup> 575 U. S. \_\_\_\_ (2015), p. 2.

Porém, diante dessa consideração como não poderia analisar em primeira instância devolveu os autos para o Tribunal da Carolina do Norte a fim de que se manifestasse acerca da razoabilidade ou não do programa.

Por oportuno, vale registrar, ter anotado que para a análise da razoabilidade da busca, deveria verificar a totalidade das circunstâncias, incluindo a natureza e o propósito da busca e até que ponto a busca se intromete em expectativas razoáveis de privacidade.

Como já se mencionou o Supremo Tribunal da Carolina do Norte em julgamento realizado no dia 16.08.2019, por maioria concluiu pela inconstitucionalidade do programa de ME vitalício face violar os direitos estabelecidos na quarta emenda.

É de ressaltar que o teste que a Suprema Corte dos Estados Unidos realiza a partir da quarta emenda é de razoabilidade e não de proporcionalidade<sup>266</sup>.

Outrossim, mister salientar que a questão alusiva a (in) constitucionalidade do programa de ME vitalício continua em aberto no cenário estadunidense, tendo em vista que a mais Alta Corte de Justiça daquele país ainda não pacificou o tema.

Por outro lado, a fim de ilustrar o estudo com um caso em que houve julgamento pela constitucionalidade do programa de ME vitalício, vale analisar MICHAEL J. BELLEAU v. EDWARD F. WALL, Nº 15-3225, julgamento realizado pela Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Sétimo Circuito.

Na presente oportunidade, buscando compreender o aludido julgamento se consignará os argumentos do recorrente, do Tribunal e comentários contra argumentativos a manifestação do Tribunal. A opção por essa metódica de análise teve a finalidade de gerar um diálogo de ideias acerca do objeto do julgamento.

Os fatos do processo dizem que Michael J. Belleau em 1992 tinha então 48 anos de idade, sendo condenado em um tribunal estadual de Wisconsin por delito sexual praticado contra um menino repetidamente por cinco anos, começando quando o menino tinha oito anos, por esse delito foi preso e sendo concedida liberdade condicional, mas antes do período de prova expirar, ele foi condenado por ter em 1998 praticado um novo delito agora contra uma menina de nove anos, nessa oportunidade foi condenado a 10 anos de prisão, foi liberado depois de 6 anos. Mas sua liberdade condicional foi revogada um ano

---

<sup>266</sup> É pertinente registrar que no âmbito da quarta emenda a análise deve se dá pelo prisma da razoabilidade, todavia como foi anotado no item 2.3.1., entende-se caber análise do programa de ME de forma vitalícia, também pelo princípio da proporcionalidade consoante interpretação decorrente da oitava emenda.

depois, após admitir que tinha tido fantasias sexuais com duas meninas, uma de quatro anos e a outra de cinco, e que ele as "preparava" para atividades sexuais e ele as molestaria se tivesse uma oportunidade de fazê-lo.

Michael foi liberado em 2010. Porém, em 2006, o Estado de Wisconsin promulgou uma lei que exige que as pessoas liberadas que tenham praticado delitos sexuais sejam monitoradas eletronicamente por GPS, 24 horas por dia, para o resto de suas vidas. Portanto, desde a sua libertação Michael encontra-se forçado a usar uma tornozeleira eletrônica.

Em razão dessa situação Michael propôs processo argumentando violação da Quarta Emenda e do Artigo I, § 10 da Constituição dos Estados Unidos, o qual trata da proibição de os Estados promulgarem leis ex post facto. Esta outra argumentação será tratada no item 3.6.

Analisado o processo pelo Juiz Distrital, este considerou o Estatuto de ME de Wisconsin inconstitucional por ambas as razões, todavia, a Corte de Apelações do Sétimo Circuito reformou a decisão do Juiz Distrital para entender que a lei é constitucional.

Michael argumentou que o equipamento violava a sua privacidade na medida que quando a calça levantava e pessoas ao seu lado viam o equipamento se sentia constrangido.

Quanto a essa tese a Corte rebateu aludindo que a Quarta Emenda não menciona privacidade ou cria qualquer direito de privacidade, apenas exige que as buscas sejam razoáveis, mas não requer um mandado ou outra formalidade concebida para equilibrar a necessidade de investigação contra um desejo de privacidade. E, embora a Suprema Corte tenha dito haver na emenda uma proteção qualificada contra invasões de privacidade, sua recente decisão em *Grady v. Carolina do Norte*, 135 S. Ct. 1368, 1371, 191 L. Ed. 2d 459 (2015), indica que o controle eletrônico de pessoas que praticam delitos sexuais é permitida se razoável e este critério está satisfeito no caso em apreço.

Esse ponto de consideração da Corte de Apelações do Sétimo Circuito deve ser analisado com bastante reserva, pois é uma leitura bem própria do que a Suprema Corte estabeleceu em *Grady*, pois a depender dos parâmetros que sejam fixados será difícil estabelecer razoabilidade para essas leis que possuem esse objeto.

Aduz também como tese para constitucionalidade da lei uma ponderação de que o monitoramento é menos restritivo e invasivo da privacidade do que está na prisão.

Esse ponto, da decisão é afastável ante o fato de que a mensuração não é cabível, pois a lei não cuida de substituição de prisão por monitoração eletrônica, mas do estabelecimento desta para a vida toda, ou seja, de forma adicional.

Assinala o Tribunal também a tese de que o monitoramento poderá impedir a prática de delitos sexuais pelo acompanhamento que se fará do monitorado.

Trata-se de premissa falsa, pois o monitoramento no máximo permite a verificação dos locais por onde a pessoa passou, mas não evitar o delito. Pode até servir como prova em processo penal, mas de duvidosa legitimidade, pois formular imputação e possivelmente condenar uma pessoa, dando até uma possível presunção de culpa por que já praticou delitos anteriores, é no mínimo temerário.

Outra tese formulada pela Corte de Apelação do Sétimo Circuito diz da questão de que a pessoa que pratica crimes sexuais, por designação de outra lei, consta em cadastro de fácil acesso pela internet, logo a alegação de violação da privacidade pela calça possivelmente descobrir é bem diminuta.

Em contraposição a essa argumentação pode-se dizer que elas não interagem na medida em que as situações são totalmente diversas e, aqui ainda há algo bem determinante, trata-se de uma restrição ao corpo para a vida toda.

Assinala a Corte de Apelação que deve haver um balanceamento entre o fato de se está sendo monitorado e a proteção da sociedade, ante a demonstração por pesquisas trazidas nos autos de possibilidade de reincidência.

Aqui novamente a premissa é falsa, logo também a conclusão o é. A monitoração eletrônica não se presta a antecipar o crime, não é um “Minority Reports”<sup>267</sup>, o papel do monitoramento deveria ser compreendido como um sistema complementar ao prisional, assim como são as penas e medidas alternativas.

Por essa quebra de paradigma o monitoramento deveria ser absorvido por categorias novas diversas da estabelecida no sistema prisional. Exasperar a pena com o monitoramento eletrônico é diminuir sobremaneira as suas potencialidades, enquanto um

---

<sup>267</sup> Filme baseado no conto “Minority Reports” de Philip K. Dick, foi dirigido por Steven Spielberg e estrelado por Tom Cruise. O filme traz a estória, em síntese, de que no ano de 2054, foi criado um sistema que permite visualizar o acontecimento de um crime antes que ele aconteça, assim os delitos são impedidos por uma equipe da polícia que impede que o crime de fato possa se concretizar.

mecanismo tecnológico que poderia auxiliar na humanização das sanções decorrentes do processo penal.

Face a fundamentação que desenvolveu, como já se mencionou, a Corte de Apelação para o Sétimo Circuito entendeu ser a lei de monitoração eletrônica constitucional.

Malgrado o que fora decidido pelo Sétimo Circuito, entende-se que a decisão tomada se baseou em premissas irreais de que a monitoração eletrônica pode prevenir crimes, quando não é este o seu propósito e, isto não pode realizar.

Por outro lado, também há um fundamento que entende-se decisivo relativo a que se a Suprema Corte dos Estados Unidos em *United States v. Jones*, 565 U. S. \_\_\_\_ (2012), considerou que os policiais haviam realizado uma "busca" na acepção da Quarta Emenda quando instalaram e monitoraram um dispositivo de localização do Sistema de Posicionamento Global (GPS) no carro de Jones, e, não considerou razoável a manutenção da diligência por 4 (quatro) semanas, mais ainda não se tem como mostrar com expectativas razoáveis uma busca que se realizará pela vida toda.

#### **3.4 A Cláusula *Ex Post Facto* e as leis estadunidenses de monitoração eletrônica de forma vitalícia para criminosos sexuais.**

Outro ponto de relevo nos debates a propósito das leis estadunidense que estabelecem ME para a vida toda de criminosos sexuais é a questão atinente à respectiva violação ou não da cláusula *Ex Post Facto*.

Sobre esse tema, interessante julgamento foi o realizado no caso *GEORGE C. RILEY v. NEW JERSEY STATE PAROLE BOARD*, No. A-94 (2014), cujos delineamentos se irão destacar, mas vale adiantar que foi reconhecida a violação da cláusula constitucional.

De início o Tribunal assentou que o objeto do julgamento era determinar se a Lei de Monitoramento de Ofensores Sexuais de 2007 (*Sex Offender Monitoring Act (SOMA)*), quando aplicado a um indivíduo cujo delito foi consumado antes de sua promulgação, viola

a proibição constitucional de leis ex post facto (Art. I, Seção 9, cláusula 3 (Leis Federais) e Seção 10 (Leis Estaduais))<sup>268</sup>.

Sobre os fatos do caso, tem-se que em setembro de 1986, George Riley foi condenado por tentativa de agressão sexual de segundo grau de um menor, a pena de vinte anos, sujeito a um período de 10 anos de liberdade condicional.

Em agosto de 2009, a Junta de Liberdade Condicional do Estado de Nova Jersey informou Riley que ele passaria a está sujeito a monitoramento por GPS sob a SOMA. Foi informado de que teria que usar uma tornozeleira eletrônica 24 horas por dia para o resto de sua vida, que seus movimentos seriam seguidos continuamente por satélites pelo sistema de posicionamento global (GPS), e que a ele seria atribuído uma supervisão de liberdade condicional oficial.

Ressalte-se que, o equipamento deveria ser conectado a uma tomada elétrica para ser carregada uma a duas horas todos os dias e durante esse tempo os movimentos de Riley ficariam limitados ao comprimento do cabo. Riley foi alertado de que não cumprir com o programa lhe sujeitaria a um processo por um crime de terceiro grau.

Os votos vencedores no julgamento aduziram como argumento que um princípio bem estabelecido de origem antiga é que o legislador não pode aumentar a punição por um crime depois que ele foi cometido. Este princípio simples, de que as leis pós-fato não podem elevar a punição para uma conduta cometida anteriormente, está incorporado nas Cláusulas *Ex Post Facto* das Constituições Federal e New Jersey, US Const. I, § 10; N.J. Const. arte. IV, § 7, § 3.

Apontam também que, a liberdade condicional é uma forma de punição sob a Constituição. A SOMA é essencialmente supervisão de liberdade condicional para a vida toda chamada por outro nome e as restrições e incapacidades impostas a Riley pela SOMA e a similaridade da SOMA com a supervisão da liberdade condicional para a vida colocam claramente esta lei na categoria de uma lei penal, e não cível. Assim, quando aplicada a

---

<sup>268</sup> Constituição dos Estados Unidos de 1787 ARTIGO I - Seção 9 (...) Não serão aprovados atos legislativos condenatórios sem o competente julgamento, assim como as leis penais com efeito retroativo e Seção 10 - Nenhum Estado poderá participar de tratado, aliança ou confederação; conceder cartas de corso; cunhar moeda; emitir títulos de crédito; autorizar, para pagamento de dividas, o uso de qualquer coisa que não seja ouro e prata; votar leis de condenação sem julgamento, ou de caráter retroativo, ou que alterem as obrigações de contratos; ou conferir títulos de nobreza.

Riley, a SOMA viola as garantias constitucionais federais e estaduais contra as leis *ex post facto*.

Declinaram os julgadores acerca dos objetivos da cláusula *ex post facto*, identificam o que é uma lei retroativa, assentam também que mesmo que a intenção do Poder Legislativo fosse promulgar um esquema de regulação civil e não-punitivo, o Tribunal deveria examinar se o regime estatutário é não-punitivo, tanto no propósito quanto no efeito. Aduz que para determinar os "efeitos" de um estatuto para fins da cláusula *ex post facto*, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos encontrou "como um quadro útil" sete fatores mencionados em *Mendoza-Martinez*, um caso envolvendo um duplo desafio de perigo A 97, 123 S.Ct. A 1149, 155 L.Ed.2d a 179.

Os votos divergentes anotaram que não encontravam nenhuma violação *ex post facto* em aplicar SOMA a Riley, pois a Legislatura expressou claramente sua intenção de criar um esquema de regulação civil ao aprovar a SOMA e que os argumentos de Riley não conseguiram fazer convencer de que os efeitos da SOMA são suficientemente punitivos para transformar seu remédio civil em punição criminal. Ademais, sob outra perspectiva aplicaram os fatores *Mendoza-Martinez* para chegarem a essa conclusão.

Os votos vencidos acresceram em argumento que o acoplamento de um dispositivo de monitoramento GPS para Riley é muito menos intrusivo do que qualquer compromisso involuntário sob a *Sexually Violent Predator Act*, N.J.S.A. 30: 4-27, 24 a -27,38, ou os procedimentos de registro e notificação da Lei de Megan, N.J.S.A. 2C: 7-1 a -11, ambos os quais foram considerados não punitivos 248-49, 32 A.3d 190.

Assinalam, que o programa de monitoramento de GPS é suficientemente distinguível da liberdade condicional ou da liberação supervisionada, desse modo, não se enquadra na incidência constitucional *ex post facto*.

Mencionaram também os votos vencidos que há uma relação racional entre o programa de GPS de Nova Jersey e o propósito não punitivo de proteger o público e, que a sanção da SOMA não é excessiva em relação ao seu objetivo não-punitivo, apenas porque a sua duração é vitalícia. Por isso, sustentam que o método tecnologicamente avançado de monitoramento de infratores sexuais da SOMA não tem antecedente histórico que sugira que sua aplicação viola a proibição da retroatividade.

Por fim, a Junta de Liberdade Condicional no âmbito do processo defendendo seu posicionamento declinou que as preocupações quanto a incidência da cláusula *ex post facto* não deveriam ser consideradas, porque a SOMA foi desencadeada pela classificação de Riley como nível 3 em 2009, uma determinação de sua periculosidade no presente, não pelo seu delito de 1986. A partir desse raciocínio, conclui que a SOMA não foi aplicada retroativamente a Riley.

A argumentação dos votos vencidos e da junta não foram suficientes, assim o Tribunal entendeu que a SOMA violava a Constituição no que tange a cláusula *ex post facto*.

Entende-se, também ser a SOMA lei de perfil punitivo atraindo a incidência da cláusula *ex post facto*.

Não pode o Juiz mesmo a propósito do incremento da segurança pública relegar direitos fundamentais básicos como o da irretroatividade de leis penais gravosas.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise das leis de monitoração eletrônica dos Estados Unidos que tratam da monitoração para a vida toda de pessoas que tenham praticado crimes sexuais, da lei portuguesa que regula a monitoração eletrônica e das leis brasileiras que normatizam o tema, tudo isto sob o prisma do princípio da proporcionalidade, com contributos de aportes criminológicos, e dos direitos fundamentais das pessoas monitoradas.

Como resultado dessa análise verificou-se a inconstitucionalidade das leis estadunidenses que fixam ME pela vida toda para pessoas que tenham praticado crimes sexuais, tal compreensão no cenário dos Estados Unidos pode ser assimilada a partir do controle das referidas leis pelo princípio da proporcionalidade, observância mesmo que pela perspectiva valorativa da dignidade da pessoa humana e violação da quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Nomeadamente no que tange a ofensa do princípio da proporcionalidade, chegasse a essa conclusão, tendo em vista que as aludidas leis não observam ao teste da adequação mesmo para aqueles que o concebem em sua variante fraca ou débil, admitem como adequado o meio se ao menos fomentar o objetivo a que se propõe.

Diz-se isto, pois os estudos empíricos relativos a efetividade das respectivas leis quanto ao fim visado de dissuasão e incapacitação da pessoa para a prática de delitos, demonstraram-se inconclusivos, logo, verificando-se incoerente a aplicação de medida tão severa sem estudos mais consistentes acerca da sua real idoneidade.

Outrossim, referida análise pelo prisma da proporcionalidade no ambiente estadunidense decorreu do entendimento que a oitava emenda da Consittuição dos Estados Unidos permite no domínio penal essa verificação de observância.

Por outro lado, no que toca a possíveis transplantes normativos de leis de mesma conformação para Portugal ou para o Brasil, da mesma forma em ambos os países tais diplomas normativos não poderiam ser inseridos nos respectivos ordenamentos jurídicos em razão de incompatibilidade face não resistirem a verificação pelo princípio da proporcionalidade que nestes países é amplamente aplicado, assim como face o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre as leis estadunidenses, por ser um debate nos Tribunais daquele país em relação a natureza jurídica do diploma legal, se regulação civil ou de caráter punitivo, portanto, se atrai ou não a aplicação da Cláusula *ex post facto*, registra-se que o entendimento assumido foi no sentido de que as referidas leis são de caráter punitivo, desse modo incidindo a observância da Cláusula *ex post facto*.

No que é pertinente a monitoração eletrônica em Portugal nomeadamente quanto a opção do Estado Português para monitorar de modo geral as pessoas por Rádio Frequência e apenas no âmbito da violência doméstica com a utilização da tecnologia GPS, entende-se ser tal escolha violadora do princípio da proporcionalidade na medida em que não observa ao teste da necessidade, logo, cabendo na perspectiva jurisdicional a realização de uma “decisão intermédia” de inconstitucionalidade parcial do art. 2º, da Lei nº 33/2010, na qual seja fixada a inconstitucionalidade do sentido da norma que permita admitir a aplicação da ME por RF, tendo em vista haver meio alternativo menos gravoso.

Já em relação a observância que a lei nº. 33/2010 deve prestar ao direito à vida privada e familiar, concluiu-se pela necessidade de ser prescrito expressamente para ser regra a concessão de ausência do local de vigilância eletrônica, assim como de se revogar a disposição do art. 22 e, se realizar alteração do art. 31 para impedir que dados sensíveis do monitorado sejam acessados pelos órgãos de polícia criminal como fonte primária de investigação, na medida que o aceite que o monitorado confere para o uso do aparelho é para cumprir a medida ou a pena e não para servir possivelmente de prova contra si mesmo. Não se está a dizer acerca da inviabilidade do acesso, porém o que se quer expressar é a necessidade de se estabelecer limites como os consignados no art. 2º da lei brasileira nº. 9.296/1996 (Lei de interceptação telefônica) alusivos a não admissão de interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Assim, *mutatis mutandis* considerando tratem de situações similares poderiam ser fixadas vedações, tais quais as ora anotadas. Com isso, se estará respeitando o direito à vida privada.

Em relação a legislação brasileira, analisou-se a adição da monitoração eletrônica para a realização do direito de saída temporária.

Referida verificação se deu pelo prisma do princípio da proporcionalidade, a partir de aporte da criminologia concernente a estudo empírico acerca do instituto, tendo se concluído face a violação do mencionado princípio pela inconstitucionalidade das disposições do art. 146-B, II, da Lei de Execução Penal.

Ainda sobre a monitoração eletrônica no Brasil, conclui-se pela necessidade da edição de lei tal qual como acontece em Portugal, que regule a respectiva aplicação nas diversas modalidades, porém a mencionada normativa deve observar o direito à vida privada e familiar a partir de limites racionalizadores do uso da tecnologia, assim como em concordância com o respeito aos dados sensíveis da pessoa monitorada.

Nessa medida, os objetivos da pesquisa, alusivos a análise da observância das legislações de monitoração eletrônica eleitas como objeto de verificação-experimentação em relação aos parâmetros do princípio da proporcionalidade com os aportes da criminologia e os limites relativos aos direitos fundamentais, foram cumpridos.

Nesse contexto, a metodologia do direito constitucional comparado adotada foi fundamental, pois permitiu a compreensão do instituto da monitoração eletrônica sob as matizes do ordenamento em que está inserido, assim como possibilitou a análise de possíveis transplantes normativos tão comuns no momento atual do mundo globalizado.

Em estudo posterior agregaria a análise ora realizada desenvolver a verificação da observância pelas leis de monitoração eletrônica dos Estados Unidos, Portugal e Brasil, quanto aos limites que os princípios da igualdade e da legalidade impõem.

Por fim, a partir do que se compreendeu referente a parâmetros apontados pelo princípio da proporcionalidade e limites indicados pelos direitos fundamentais da pessoa monitorada eletronicamente, necessário se faz que as legislações analisadas possam se compatibilizar a ordem constitucional dos respectivos países, assim como sejam evitados transplantes normativos de leis que não possuam harmonia com a vivência constitucional do país para o qual será transplantada.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2<sup>a</sup>. ed. 2<sup>a</sup>. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5<sup>a</sup> edição alemã, *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006).

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia/Revan, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12<sup>a</sup> ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARAK, Aharon. **Human Dignity: Constitutional Value and the Constitutional Right**. Translated from the Hebrew by Daniel Kayros, Cambridge University Press, First published 2015, Based on *Human Dignity: the Constitutional Right and its Daughter-Rights*, published in 2014 by Nevo Publishing, Israel.

BARAK, Aharon. **PROPORTIONALITY: Constitutional Rights and their Limitations**. Translated from the Hebrew by Doron Kalir, Cambridge University Press. First published in Hebrew by Nevo Publishing 2010, First published in English by Cambridge University Press 2012, Printed in the United Kingdom at the University Press, Cambridge.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia/Revan, 6<sup>a</sup> edição, outubro de 2011, 2<sup>a</sup> reimpressão, agosto de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 2<sup>a</sup> reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Coimbra: Almedina, 2016.

BLANQUÉ, Cristina Gonzalés. **El control electrónico em el sistema penal**. Disponível em: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5092/cgb1de1.pdf?sequence=1>> Acesso em: 10.09.2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Penas Alternativas: análise político criminal das alterações da Lei n. 9.714/98, 4ªed. rev. e atual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana**. 50ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev, e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI sistema carcerário**. Edições Câmara (Série ação parlamentar; 384). Brasília, 2009, p. 60-61.

\_\_\_\_\_. Ministério da Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Brasília: DEPEN/MSP, 2018. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf>>. Acessado em: 20.11.2019.

CAIADO, Nuno Franco. «A Vigilância Electrónica em Portugal – contributos para a História do primeiro ciclo da Vigilância Electrónica (2002-2005)», *In*: CAIADO, Nuno Franco; CORREIA, Luís M.; LEITE, André Lamas; LOPES, Teresa; NELLIS, Mike. **Vigilância Electrónica**, col. Direito e Avesso, Lousã: Labirinto de Letras, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANAS, Vitalino. **O princípio da proibição de excesso na conformação e no controlo do ato legislativo**. Teses de Doutoramento. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.<sup>a</sup> edição revista. Coimbra: Coimbra: Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CHRISTIE, Nils. **Limits to pain: The Rule of Punishment Policy**. WIPF & STOCK: Eugene, Oregon, 1981.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

DA SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais: Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares**. Coleção: Teses de Direito. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. "**Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring**." *Journal of Political Economy* 121, no. 1 (February 2013): 28–73. Disponível em: <[https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28548029/ditella%20Cschargrotsky\\_JPE-electronic-monitoring.pdf?sequence=1](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28548029/ditella%20Cschargrotsky_JPE-electronic-monitoring.pdf?sequence=1)>. Acessado em: 20.11.2019.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

EISENBERG, Avlana K., **Mass Monitoring**, 90 S. Cal. L. Rev. 123 (2017).

ENDERS, Christoph. **The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Unisinos. janeiro-junho 2010.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**, 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e unir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 36ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GABLE, Ralph Kirkland; GABLE, Robert S. **Electronic Monitoring: Positive Intervention Strategies**, 69 Fed. Probation 21 (2005).

HÄBERLE, Peter. «A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal», *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013.

HÄBERLE, Peter. «La Dignidad Del Hombre como Fundamento de La Comunidad Estatal. *In*: SEGADO, Francisco Fernandez (coord.). **Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional**. Madrid: Editorial DYKINSON, 2008.

HÄBERLE, Peter; BOFILL, Hèctor López. **Um diálogo entre poesia e direito constitucional**. tradução de Grácia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão**, Título Original: Peines perdues. Le système pénal em question 1982: Editions du Centurion, Paris. Trad.: Maria Lúcia Karan.

ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto Urbano: nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle**. Campina Grande: EDUEPB, 2017.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **O Brasil e o Monitoramento Eletrônico: Experiências internacionais e perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2º semestre de 2008.

KENNETH, Russell. **Electronic Monitoring Equipment**, 4 Y.B. L. Computers & Tech. 139 (1989).

LANDREVILLE, Pierre. La surveillance électronique des délinquants: un marché en expansion. In: **Déviante et société**. 1999 - Vol. 23 - N°1. p. 114-115. Disponível em: <[https://www.persee.fr/doc/ds\\_0378-7931\\_1999\\_num\\_23\\_1\\_1685](https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1999_num_23_1_1685)>. Acessado em: 01.07.2018.

LAURENTIIS, Lucas Catib De. **A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo: Malheiros, 2017.

LEITE, André Lamas «Algumas observações e propostas sobre a Vigilância Electrónica em Portugal», In: CAIADO, Nuno Franco; CORREIA, Luís M.; LEITE, André Lamas; LOPES, Teresa; NELLIS, Mike. **Vigilância Electrónica**. col. Direito e Avesso, Lousã: Labirinto de Letras, 2017.

MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe. **Prison Technologies:** an appraisal of Technologies of political control. Net, Luxembourg, july 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2000/289666/DG-4-JOIN\\_ET\(2000\)289666\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2000/289666/DG-4-JOIN_ET(2000)289666_EN.pdf)>. Acessado em: 01.07.2019.

MARCIEIRINHA, Tiago. <<Avaliar a avaliação custo-benefício: um olhar sobre a concepção francesa do princípio da proporcionalidade>>. *In:* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012.

MARCIEIRINHA, Tiago <<Avaliar a avaliação custo-benefício: um olhar sobre a concepção francesa do princípio da proporcionalidade>> *In:* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012 *apud* F. Wieacker *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*, in M. LUTTER / W. STIMPEL / H. WEIDEMANN (orgs.), Festschrift für Robert Fisher, Walter Gruyter, Berli, New York, 1979.

MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI** – a abolição, um sonho impossível? Conferência publicada com a autorização da Association for Humanist Sociology. Proferida no Brasil, na PUC/SP, em ocasião do Seminário Internacional de Abolicionismo Penal e publicada em Edson Passetri e Roberto Baptista Dias da Silva (orgs.) *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCcrim/PEPGCS-PUC/SP, 1997, pp. 263-287. Tradução de Jamil Chade.

MENESCAL, Cinthia Rodrigues. **Cada pena a seu tempo:** o monitoramento eletrônico como sanção no Direito Penal. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2013.

NELLIS, Mike «Imaginar a Vigilância Electrónica como uma prática penal progressiva», *In: CAIADO, Nuno Franco; CORREIA, Luís M.; LEITE, André Lamas; LOPES, Teresa; NELLIS, Mike. **Vigilância Electrónica**. col. Direito e Avesso, Lousã: Labirinto de Letras, 2017.*

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana – Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana – Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: A Prisão Virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. **A monitoração eletrônica como medida cautelar no processo penal**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012,

PAROLE. 41 Ann. Rev. Crim. Proc. 866 (2012)

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Staatsrecht: grundrechte, Tradução de António Francisco de Sousa, António Franco, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PORTUGAL. Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais – DGRSP/MJ. **Estatística Mensal das Penas e Medidas com Vigilância electrónica**. Lisboa: DGRSP/MJ, agosto de 2019.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette Câmara; revisão de tradução e texto final Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

PROBATION. 41 Ann. Rev. Crim. Proc. 797 (2012)

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales:** El principio de proporcionalidade como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 4ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

REALE, Miguel. **Direito Natural / Direito Positivo.** São Paulo: Saraiva, 1984.

REZEMA, Marc. Rationalizing the Use of Electronic Monitoring. **Journal of Offender Monitoring.** p. 5-11, 2009.

RODRÍGUES-MARGARIÑOS, Faustino Gudín. **Cárcel electrónica para la creación del sistema penitenciário del siglo XXI.** Disponível em: <[http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6128/C%c3%a1ecel\\_Gud%c3%adn\\_AFDUA\\_2004\\_2005.pdf?sequence=1](http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6128/C%c3%a1ecel_Gud%c3%adn_AFDUA_2004_2005.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 05.06.2018.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** Coleção: Vega Universidade – Direito e Ciência Jurídica, tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII), Maria Fernanda Palma (texto IX) e Ana Isabel de Figueiredo (texto X). Vega, 3ª edição em 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – algumas notas, com destaque para jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In:* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **(In) Consistências do Monitoramento Eletrônico no Brasil**. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIX, n. 433, 1<sup>o</sup> de fevereiro de 2015, Brasília, p. 18-20.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas: Um Estudo Criminológico à Luz da Psicologia das Massas**, São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SHUTE, Stephen. **Rastreamento Via Satélite de Presos: Um Estudo dos Projetos na Inglaterra e no País de Gales. Experiências internacionais e perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2<sup>o</sup> semestre de 2008.

STERN, Klaus. «Genesis y Evolución Del Constitucionalismo Americano-Europeu. Algunos Comentarios sobre Aspectos Fundamentales. *In*: SEGADO, Francisco Fernandez (coord.). **Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional**. Madrid, Editorial DYKINSON, 2008.

TAVARES DA SILVA, Suzana. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2<sup>a</sup> ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

U.S. Congress. Office of Technology Assessment, Criminal Justice, New Technologies, and the Constitution, OTA-CIT-366 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, May 1988). Acessado em: 24.04.2018, disponível: <<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.31210024828657;view=1up;seq=4>>. Acessado em: 15.06.2019.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Is Dignity the Foundation of Human Rights?** (January 3, 2013). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-73. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2196074>>. Acessado em: 08.11.2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.