

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**JOSÉ DE JESUS FILHO**

**VIGILÂNCIA ELETRÔNICA, GESTÃO DE RISCOS E POLÍTICA CRIMINAL**

**BRASÍLIA**  
**2012**

**JOSÉ DE JESUS FILHO**

**VIGILÂNCIA ELETRÔNICA, GESTÃO DE RISCOS E POLÍTICA CRIMINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Orientador: Terrie Ralph Groth

BRASÍLIA

2012

O candidato foi considerado \_\_\_\_\_ pela banca  
examinadora, com média igual a (\_\_\_\_) \_\_\_\_\_

---

Prof. Dr. Terrie Ralph Groth  
Orientador

---

Profa. Dra. Ela Wiecko Wolkmer de Castilho - UnB  
Membro

---

Profa. Dra. Maria Stela Grossi Porto - UnB  
Membro

---

Prof. Luis Roberto Cardoso – UnB  
Suplente

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

### Dedicatória

Aos meus pais e meus irmãos, eles são a extensão da minha existência.

A meu amor, Melissa Witcher, que dá sentido à minha vida e, ao meu lado, sonha e luta por um mundo melhor e mais justo.

## AGRADECIMENTOS

Devo agradecer à Capes pelo suporte financeiro, que foi importantíssimo na realização da pesquisa.

Ao professor Terrie R. Groth, amigo e parceiro, quem se entusiasmou pelo tema e me encorajou a levá-lo adiante, mesmo quando pensei desistir. Fabiana Severi, pela amizade que vem de longe e pela paciência em colaborar comigo desde da concepção do projeto até a revisão do texto.

À prof. Stela Grossi por me introduzir numa série de leituras sociológicas que me permitiram escrever a presente dissertação.

À prof. Ela Wiecko, cujas contribuições me fizeram rever ou fundamentar melhor os argumentos.

Ao Rafael Godói, devo a ele muito da bibliografia presente nesse trabalho.

Ao Marcelo Campos, cuja obra e diálogo foram importantes na elaboração das ideias e construção do argumento.

As amigos que me ajudaram a amadurecer o tema: Fernanda Matsuda, Gorete Marques de Jesus, Valdirene Daufemback e Manuel Ilson.

Aos Oblatos de Maria Imaculada, a quem pertenci por longos anos e cujo apoio incondicional me fez iniciar o mestrado.

Aos amigos da Pastoral Carcerária: Heidi Ann Cerneka, Valdir João Silveira, Petra Pfaller, Libânia Bolonha, Carolina, Rodolfo Valente, pela paciência em minhas ausências.

Aos amigos da mais tenra infância: Cláudio, Fábio, Etevaldo, que estão sempre ali, ao meu alcance.

Aos meus familiares, mãe, pai, irmãos, sobrinhos, constantemente presentes na minha vida. Nem sempre concordam comigo, mas sabem que estou fazendo a coisa certa.

E meu amor, Melissa Witcher, que me faz feliz e me obrigou muitas vezes a parar tudo para dedicar à dissertação.

## RESUMO

O presente trabalho procura contextualizar do ponto de vista histórico, político, sociológico, criminológico e jurídico o surgimento da vigilância eletrônica de condenados e processos no Brasil com as leis 12.258/2010 e 12.403/2011.

Basicamente a dissertação procura demonstrar que a vigilância eletrônica no Brasil é produto da convergência de uma série de fatores: um fator, de caráter histórico, caracteriza-se pela crise do ideal reabilitador e emergência de novas formas controle do crime ao longo dos últimos trinta anos; outro fator aponta para a crise do Estado-Nação motivada pela aposta neoliberal caracterizada pela perda da legitimidade do uso da força física com a abertura da esfera do controle do crime para o ingresso da iniciativa privada e o incremento de uma nova motivação para a intervenção na liberdade individual: a busca pelo lucro; um terceiro fator seria o surgimento da perspectiva de gestão de riscos enquanto “novo” elemento da política de controle do crime; como quarto fator apontaríamos os avanços tecnológicos, especialmente aqueles relacionados à comunicação, e o aperfeiçoamento desta no campo do controle a distância; por fim a expansão do Direito Penal, caracterizada pela flexibilização de seus princípios, que opera pelo ingresso da lógica administrativista no controle do crime e pelo alargamento aparentemente não intencional da teia punitiva.

Com relação ao alargamento da teia punitiva, realizamos um levantamento jurisprudencial acerca da aplicação da Lei 12.258/10 no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujos resultados apresentamos neste trabalho, que confirmam a hipótese dos efeitos expansivos nem sempre intencionados das medidas alternativas inseridas sob o discurso da redução da população prisional, como é o caso da vigilância eletrônica.

Palavras-chave: vigilância eletrônica, monitoramento eletrônico, cultura do controle, gestão de risco, Política Criminal, Direito Penal, expansão punitiva, alargamento da teia punitiva.

## ABSTRACT

The aim of the present work is to contextualize, from the historical, sociological, political, criminological and legal standpoint, the rise of electronic monitoring of offenders through laws 12.258/2010 and 12.403/2011.

Basically, this thesis aims to show that electronic monitoring of offenders in Brazil is the result of a convergence of many variables: one historical factor is characterized by the decline of the rehabilitation ideal and the rise of new forms of control over the last thirty years; a second, a political one, is the nation-state crises led by the neoliberal beliefs, characterized by the loss of legitimate use of force through the emergence of private interests in the public field and a new motivation to interfere in the individual liberty: the search for profit; a third, criminological and sociological factor would be risk management as a new feature of crime control policy; a fourth factor are technological developments, especially those related to communication and improvements in at-a-distance forms of surveillance; and finally we explore the criminal law expansion both through its flexibilization by downgrading the legal framework to management norms and throughout the net-widening effect of alternatives to prison sentencing.

Regarding the net-widening effect of alternative to prison sentencing through the introduction of electronic monitoring in the Brazilian legal framework, we did a research on precedents of the São Paulo State Supreme Court related to the use of law 12.258/11, of which results confirmed the hypothesis of the net-widening effect of electronic monitoring.

Key-words: electronic monitoring of offenders, culture of control, risk management, crime policy, criminal law, punitive expansion, net-widening effect.

**LISTA DE FIGURAS E TABELAS**

Figura: História em Quadrinhos do Homem Aranha inspirador da Vigilância Eletrônica de Condenados	18
Tabela 1. Habeas Corpus ou Agravo em Execução Penal	99
Tabela 2. Processo trata da VE?	99
Tabela 3. Houve regressão de regime?	100
Tabela 4. Houve referência a crime?	100
Tabela 5. Temas recorrentes	102
Tabela 6. O dano ao dispositivo gerou regressão de regime	102
Tabela 7. Houve regressão de regime por descumprimento da medida	103
Tabela 8. Decisões sobre regressão de regime conforme o desembargador relator	105

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – DO QUE TRATA A VIGILÂNCIA ELETRÔNICA	16
1.1 - Estágio Atual da Implementação da VE no Brasil	16
1.2 – O Monitoramento de Presos como Vigilância Eletrônica	24
CAPÍTULO 2 - HISTÓRIA RECENTE DAS REFORMAS PENAIS NO BRASIL	31
2.1- Administrativização do Direito Penal, Cultura da Vigilância e Justiça Gestora de Riscos	40
CAPÍTULO 3 - DESCENTRALIZAÇÃO DO USO DA FORÇA FÍSICA E CRISE DO ESTADO-NAÇÃO	50
CAPÍTULO 4 - CULTURA DO RISCO E CRIMINOLOGIA ATUARIAL	59
CAPÍTULO 5 - CULTURA DA VIGILÂNCIA E GOVERNAMENTALIDADE	68
5.1 A vigilância eletrônica pensada a partir do panotismo	70
5.2 Vigilância na perspectiva da Governamentalidade	72
5.3 Para Além do Panótico	77
5.4 Sociedade do Controle e Gestão Autoritária dos Pobres	82
CAPÍTULO 6 - VIGILÂNCIA ELETRÔNICA, POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO	89
6.1 Gestão de Riscos e Política Criminal	89
6.2 - Gestão de Riscos, Política Criminal e Práticas Penais	93

6.3. - Vigilância Eletrônica e Expansão do Direito Penal	94
6.4 – A Interpretação da Lei de Execução Penal pela Justiça Paulista	97
6.4.1 - Levantamento Jurisprudencial	98
6.5. Vigilância Eletrônica e Violação das Liberdades Individuais	110
6.6. – A Crise dos Princípios Constitucionais	115
6.6.1 Direito Penal do Agente?	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124

## INTRODUÇÃO

A Vigilância Eletrônica (VE)<sup>1</sup> ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio das leis 12.258/2010 e 12.403/2011. A primeira lei a inseriu no âmbito da execução penal, como acessória à prisão albergue domiciliar e como controle adicional à saída temporária durante o cumprimento da pena no regime semiaberto. A segunda lei inseriu a VE como medida cautelar restritiva da liberdade alternativa à prisão. Em outras palavras, até o momento, o Brasil optou apenas por duas formas de uso da VE, como instrumento para assegurar o cumprimento de uma pena ou como medida restritiva para garantir a instrução processual. Dessa forma, não trilhamos o caminho de outros países que optaram por erigir a VE como pena autônoma ou como alternativa independente da prisão.

A proposta da dissertação é oferecer algumas contribuições de ordem histórica, sociológica e criminológica que nos permitam contextualizar a VE, para então analisá-la sob a ordem jurídico constitucional, a fim de confrontar a sua implementação com os princípios inseridos na Carta Constitucional de 1988.

Basicamente a dissertação procura demonstrar que a vigilância eletrônica no Brasil é produto da convergência de uma série de fatores: um fator, de caráter histórico, caracteriza-se pela crise do ideal reabilitador e emergência de novas formas controle do crime ao longo dos últimos trinta anos; outro fator aponta para a crise do Estado-Nação motivada pela aposta neoliberal caracterizada pela perda da legitimidade do uso da força física com a abertura da esfera do controle do crime para o ingresso da iniciativa privada e o incremento de uma nova motivação para a intervenção na liberdade individual: a busca pelo lucro; um terceiro fator seria o surgimento da perspectiva de gestão de riscos enquanto “novo” elemento da política de controle do crime; como quarto fator apontaríamos os avanços tecnológicos, especialmente aqueles relacionados à comunicação, e o aperfeiçoamento desta no campo do controle a distância; por fim a expansão do Direito Penal, caracterizada pela flexibilização de seus princípios, que opera pelo ingresso da lógica administrativista no controle do crime e pelo alargamento aparentemente não intencional da teia punitiva.

---

<sup>1</sup>Preferimos usar o termo vigilância em vez de monitoramento ou monitoração porque o primeiro é mais amplo e se adequa mais ao propósito e abordagem da dissertação. Vigilância é um termo cujo conceito

Com relação ao alargamento da teia punitiva, realizamos um levantamento jurisprudencial acerca da aplicação da Lei 12.258/10 no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujos resultados apresentamos neste trabalho, que confirmam a hipótese dos efeitos expansivos nem sempre intencionados das medidas alternativas inseridas sob o discurso da redução da população prisional, como é o caso da vigilância eletrônica.

A implementação da VE encontra-se incipiente no Brasil. Nem todos os estados a implementaram, não há uma jurisprudência consolidada e há um número relativamente grande de barreiras a serem superadas. Impasses relacionados ao custo, à tecnologia, à metodologia, às falhas nos dispositivos, ao conflito de interesses na aprovação de uma ou de outra forma de monitoramento, são somente alguns exemplos de dificuldades que nos fizeram resistir em detalhar a experiência brasileira com a VE.

O presente trabalho não opta explicitamente por uma corrente teórica ou por um autor, mas procura fazer dialogar várias visões de controle social não incompatíveis entre si. Para isso, percorreremos algumas reflexões de autores como Max Weber e seus críticos. Os teóricos que trabalharam a sociedade do risco, como Ulrich Beck, Giddens e Luhmann serão citados na medida em que contribuem para a construção conceitual do risco na sociedade contemporânea. Estudiosos voltados ao tema do controle do crime como Ericson e Haggerty, David Garland, Pat O'Malley, John Braithwaite, Kant de Lima, Sérgio Adorno, Jessé de Souza e Michel Misse, estarão presentes no texto, porém sem ocupar centralidade. Michael Foucault e o panoticismo e governamentalidade serão mais bem explorados, bem como aqueles que propõem a superação de seu pensamento, como David Lyon, Ericson e Haggerty, Wilkinson e Lippert, e Kersty Ball, .

Discutiremos alguns conceitos chave para a compreensão do aparecimento da VE no Brasil. Dentre eles, os mais importantes serão o de cultura do risco, cultura da vigilância, vigilância eletrônica, panoticismo e governamentalidade.

As abordagens acima não são as únicas, outras leituras competem com elas na interpretação dos discursos e práticas penais dos últimos 30 anos, que culminaram com o surgimento da VE. Se ninguém contesta que o discurso do endurecimento penal (*tough on crime*), representado principalmente pelos movimentos *truth in sentencing*, *three strikes and you are out* e *law and order*, ganhou força e foi bem expressado no Brasil pela Lei dos Crimes Hediondos e suas alterações posteriores, não se pode concluir o mesmo com relação a leis que incluíram a VE entre as medidas

restritivas. Ao nosso ver, elas são resultado de uma nova forma de pensar o controle do crime, qual seja, desde uma perspectiva do risco<sup>2</sup>.

Pensar o crime a partir do risco significa abordá-lo numa perspectiva da prevenção de eventuais danos causados por potenciais criminosos. É a partir dessa forma de ocupar-se com a redução da criminalidade que se insere a cultura da vigilância, enquanto exercício do poder de que nos fala Foucault. Sob essa ótica, não seria a introdução da vigilância eletrônica realização do panopticismo, da sociedade disciplinar, ou para além disso, reflexo do que Foucault tratou como governamentalidade?

Alguns autores (Ericson e Haggerty, 2000; Lyon, 2006; Ball, 2006; Hier, 2003), ancorados em Deleuze (1992) irão sugerir a superação da sociedade disciplinar e o advento da sociedade do controle como melhor expressão de uma série de eventos e estratégias de controle social, dentre os quais a vigilância eletrônica.

A partir do conceito de 'agenciamento vigilante' (*surveillant assemblage*), Ericson e Haggerty, secundados por outros autores, irão propor a superação do conceito unidirecional e centralizado do panopticismo, focado no indivíduo e na sua identidade, para sugerir uma análise baseada na convergência de uma série sistemas distintos de vigilância resultando no que eles chamam de “agenciamento vigilante”, o qual operaria a abstração do corpo humano de sua configuração territorial, tomado não mais em sua integridade, mas desmontado em uma série de fluxos de informações, os quais, após processados e examinados, serviriam para atingir propósitos de controle.

Nossa pesquisa, porém, aponta para a convivência na VE desses dois aspectos da sociedade. De um lado a disciplina do indivíduo, o que se verifica das punições disciplinares em virtude do descumprimento da medida. De outro, o uso da VE como mecanismo de controle de grupos sociais suspeitos, previamente catalogados como potenciais criminosos, ou que requerem permanente vigilância quando fora dos muros das prisões, revela o aspecto da sociedade do controle.

---

<sup>2</sup> Ao tratarmos de risco, perigo e periculosidade nesta obra não estamos nos referindo às categorias do Direito Penal clássico. Não estamos tratando do risco ou perigo concreto e abstrato, este como perigo realmente existente, verificável e sujeito à valoração jurídico-penal. Tratamos de risco presumido, probabilístico ou estatístico, risco sistêmico e perigo global. Sobre essa distinção, conferir Silva Sánchez (2001, p. 127)

Existe uma pletera de considerações a esse respeito a serem exploradas, tais como de que modo a VE representa a introdução de novas formas de controle penal baseadas em estratégias preventivas em detrimento de repressivas, ou seja, ao manter os indivíduos, ou grupos de indivíduos, sob constante vigilância e, mais do que isso, sob a sensação de que estão sendo permanentemente vigiados.

Um outro aspecto da VE a ser abordado, porém em menor grau, é o seu efeito estigmatizador e humilhante e até onde isso confronta com a Constituição Federal de 1988. Numa sociedade em que detectores de metais estão espalhados por uma série de estabelecimentos públicos e privados, portar uma tornozeleira eletrônica poderá significar a proibição de acesso a uma série de bens supostamente disponíveis a todos. Há, sem dúvida, implicações de natureza constitucional que merecem consideração, tais como a violação da intimidade e da privacidade. Nesse sentido, alguns têm questionado se o acoplamento de um dispositivo de rastreamento a distância no corpo de um indivíduo não configuraria uma busca pessoal contínua e não aquela eventual baseada em fundada suspeita.

Por último procuraremos responder quais as implicações dessas transformações para o Direito Penal em sua relação com a Política Criminal. Indagamos se é possível falar em uma Política Criminal voltada ao controle do crime por meio de estratégias de regulação, redução de riscos e vigilância sobre grupos que oferecem riscos à ordem social, desvinculada dos limites constitucionais penais impostos à pretensão estatal de intervenção na liberdade individual. Propomos aqui que a intervenção na liberdade individual na contemporaneidade ancora-se em uma Política Criminal ambivalente. Uma Política Criminal orientada a incidir sobre a Dogmática-jurídico penal e o Direito Penal clássico, fundado no princípio da reserva legal e das garantias fundamentais constitucionais. Outra de caráter preventivo, forjada a partir da perspectiva de risco, menos preocupada com a responsabilização individual e mais voltada à vigilância e ao gerenciamento de grupos reputados perigosos à ordem social, cuja VE, ladeada a outras formas de controle a distância, figura como expressão das estratégias contemporâneas de controle da criminalidade.

Em nossa pesquisa, verificamos com certa surpresa um processo de resistência de presos e presas à vigilância eletrônica. Isto ficou refletido tanto em conversas espontâneas que mantivemos com presos quanto em recente levantamento jurisprudencial, onde a maioria dos processos tratava dos conflitos gerados pelo rompimento das tornozeleiras eletrônicas.

Haveria muitos outros aspectos merecedores de consideração, um deles seria a avaliação da efetividade dos programas de VE em cumprir suas promessas, tais como redução da população prisional, redução da reincidência criminal, redução dos custos para o Estado na execução da pena criminal. O tempo oferecido para a pesquisa do mestrado, porém, não nos permite levantar esses dados com o rigor necessário.

Embora a literatura de língua inglesa seja o principal referencial do presente trabalho, evitaremos trazer a debate a realidade americana ou inglesa para em nossa dissertação. Usaremos os instrumentais, as chaves de leitura propostas por alguns autores importantes de países como Estados Unidos, Inglaterra, África do Sul e Austrália, mas não transportaremos diretamente as conclusões deles para a análise da realidade brasileira. Cremos que as contribuições de autores brasileiros como Roberto daMatta, Jessé de Souza, Michel Misse, Kant de Lima, Marcos Alvarez, Adorno, Fernando Salla e outros permitiriam uma melhor compreensão dos ajustes realizados numa realidade periférica com tradição autoritária como a brasileira.

As notas históricas terão justamente a função de inserir o surgimento da VE no contexto político criminal brasileiro. Melhor dizendo, para nós interessa levantar a evolução histórica da Justiça Criminal brasileira durante os últimos anos para localizar a VE dentro desse processo.

## CAPÍTULO 1 – DO QUE TRATA A VIGILÂNCIA ELETRÔNICA

Every breath you take  
 And every move you make  
 Every bond you break  
 Every step you take  
 Ill be watching you

Every single day  
 And every word you say  
 Every game you play  
 Every night you stay  
 Ill be watching you  
**(Sting)**

### 1. 1 Estágio Atual da Implementação da VE no Brasil

A vigilância eletrônica, termo comumente adotado para se referir ao controle a distância do paradeiro de condenados e processados com o uso de tecnologia, ou monitoramento eletrônico, como preferem alguns, foi recentemente aprovada no Brasil pela Lei 12.258/2010, destinada aos presos sob regime semiaberto no período de gozo da saída temporária<sup>3</sup> e àqueles em prisão domiciliar. Alguns estados, como São Paulo, Rio Grande do Sul, Ceará e Paraíba, já a aplicam, porém de forma assistemática. No caso da comarca de Guarabira, no estado da Paraíba, o juiz optou por oferecer a tornozeleira eletrônica como alternativa à prisão desde que o próprio preso arque com os custos do seu uso.

A sanção da lei das medidas cautelares, Lei 12.403/2011, completou o ciclo de fundamentação legal para a implementação da VE. Ao inserir a VE como uma das medidas cautelares alternativas à prisão provisória, ao lado da prisão domiciliar, sugerindo inclusive a possibilidade de cumulação de medidas, como ocorre em outros países, o Brasil segue a tendência de cumular prisão domiciliar com vigilância eletrônica. Porém, parece-nos claro que o Brasil não optou pelo uso mais amplo da VE. Por exemplo, ela não foi pensada como sanção autônoma.

De acordo com Dick Whitfield (2001), a vigilância eletrônica de condenados teve início nos Estados Unidos em 1984. O conceito, e a primeira tecnologia, foram discutidos já em 1919 e houve tentativa de uso comercial em 1960 com experimentos em Harvard, envolvendo estudantes, pacientes psiquiátricos e pessoas em livramento condicional (parolees). Em 1980, todavia, três fatores se

---

<sup>3</sup> Segundo a Lei de Execução Penal, a saída temporária poderá ocorrer cinco vezes ao ano para os presos em regime semi-aberto que já cumpriram 1/6 da pena e durará 7 dias consecutivos.

combinaram para permitir o seu desenvolvimento em larga escala: avanço tecnológico, o crescente custo da população prisional e o gradativo aumento do uso de prisão domiciliar e do recolhimento noturno.

O confinamento domiciliar começou como um simples meio de aliviar a superpopulação prisional e não vislumbrava tratamento específico para condenados por crimes não violentos. A redução de custos foi bastante elogiada à época (Petersilia, 1988).

Todavia, percebeu-se logo que a capacidade dos agentes fiscalizadores em verificar e supervisionar frustrava as expectativas pelo seu baixo nível de atividade. Buscava-se um dispositivo de controle que fosse barato, confiável, automatizado, remoto e que, por meio de um sistema de computadores, pudesse resolver o problema da insuficiência de pessoal para supervisão. O desenvolvimento da tornozeleira eletrônica tornou possível esse desejo.

O grande estimulador do desenvolvimento comercial em larga escala foi o juiz Jack Love do Novo México. Ele queria uma alternativa à prisão para o condenado por embriaguez no volante e outros crimes do colarinho branco, pois a prisão local de Albuquerque encontrava-se superlotada, violenta e degradante. Após ler uma revista em quadrinhos, no qual o vilão acoplou no Homem Aranha um bracelete eletrônico para monitorar os seus movimentos, Jack Love procurou companhias de desenvolvimento de computadores para produzir um dispositivo eletrônico similar ao que viu na revista para monitorar condenados. O dispositivo foi usado pela primeira vez em 1983 em uma pessoa que violou a regra do “probation”. (Cf. Whitfield, 2001)

Paralelamente, em Palm Beach, Flórida, a mesma tecnologia estava sendo desenvolvida e o primeiro uso em série se deu efetivamente em 1984.

História em Quadrinhos do Homem Aranha inspirador da Vigilância Eletrônica de Condenados



A VE pode ser usada de diversas formas, como medida cautelar para assegurar o comparecimento do réu em audiência, como sanção em si mesma, como instrumento para assegurar o cumprimento de outra medida ou pena alternativa ou o comparecimento em um programa de reintegração social.

Em linhas gerais, três são os fins da VE:

**Detenção.** A VE pode ser usada para assegurar que o indivíduo mantenha-se no mesmo lugar. Por exemplo, a prisão domiciliar geralmente supõe a permanência na residência durante o período noturno ou horário designado. Este foi o primeiro e permanece o mais ordinário uso da VE;

**Restrição.** Alternativamente, a VE pode ser usada para assegurar que um indivíduo não acesse determinadas áreas, ou se aproxime de determinada pessoa, tais como potenciais vítimas ou mesmo coautores em crime;

**Vigilância.** A VE pode ser usada para o contínuo rastreamento da pessoa sem necessariamente restringir seus movimentos. (Cf. Black and Smith, 2003)

Pouco se pode afirmar acerca do futuro, em termos concretos, da implementação da VE no Brasil, uma vez que somente o Estado de São Paulo a tem utilizado em maior escala, ainda assim com certa oscilação em seu alcance. Em São Paulo, a VE está sendo implementada para aqueles que se encontram no semiaberto, por ocasião das saídas temporárias. A VE foi utilizada pela primeira vez em 2010, nas saídas temporárias de Natal e Ano Novo. Em 2011, cerca de 2 mil presos trabalhavam fora das prisões (deixam a unidade de manhã e voltam à noite, para dormir) sendo monitorados eletronicamente<sup>4</sup>.

A Secretaria de Administração Penitenciária afirmou que há “pleno sucesso” no sistema e diz que o número de fugas diminuiu “substancialmente”. De acordo com o governo, no Dia das Mães de 2011, 1.721 detentos eletronicamente vigiados deixaram as prisões, e 3,54% não retornaram.

Este “sucesso”, porém, carece ser ponderado. A suposta redução comemorada pelo secretário de administração penitenciária de São Paulo pode não corresponder à realidade. As taxas de não retorno após a saída temporária sempre

---

<sup>4</sup> Conferir matéria jornalística, acesso em 08/10/2011:  
<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/07/tornozeleira-para-presos-vira-alternativa-em-lei-mas-para-poucos.html>

foram baixas, giram em torno de 6 a 8%<sup>5</sup>. Cerca de 10 mil pessoas deixaram as prisões sem serem monitoradas, ou seja, somente 5 mil foram vigiadas eletronicamente e, evidentemente, foram selecionadas conforme critérios predeterminados pela administração. Muitos presos retornaram da saída temporária com as tornozeleiras partidas ou apresentando defeito, alguns provavelmente as romperam e ainda assim retornaram à prisão; não foi oferecida uma comparação entre a taxa de retorno entre vigiados e não vigiados eletronicamente. É evidente que o uso da VE carece de pesquisa empírica para avaliar sua efetividade em termos de maior ou menor taxa de cumprimento da saída temporária.

Em entrevista que mantivemos com presas da Penitenciária Feminina de Santana, algumas mencionaram que não tinham pretensão alguma de respeitar a VE e que iriam, assim que surgisse a oportunidade, romper com a tornozeleira, como de fato o fizeram. Algumas foram recapturadas, outras não. Esse fato também revela que a aceitação da VE não é uniforme como querem seus entusiastas.

No Rio de Janeiro, a tornozeleira eletrônica chegou a ser usada, mas, após a fuga de 32% dos presos monitorados e 54 tornozeleiras rompidas em um mês, os juízes da execução decidiram por não usar a tornozeleira para os que se encontram no regime semiaberto. Em abril de 2011, o monitoramento passou a ser utilizado para o regime de prisão albergue domiciliar. Ao final daquele ano, 136 presos estão utilizando o equipamento.

Matéria veiculada pelo canal da internet da Globo, G16, fornece um quadro de como caminha o VE no Brasil no presente momento:

O que dizem as administrações sobre a utilização do monitoramento eletrônico:	
- Não têm previsão para implantar o sistema:	
Acre	Governo informou que o estado passa por dificuldades de arrecadação, que não tem recursos para adotar o monitoramento, mas que há expectativa de implantar um

<sup>5</sup> Confeir matéria jornalística, acesso em 15/02/2012: [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10814:implantacao-do-sistema-da-ouvidoria-no-cnj-agiliza-atendimento-ao-publico&catid=1:notas&Itemid=169](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10814:implantacao-do-sistema-da-ouvidoria-no-cnj-agiliza-atendimento-ao-publico&catid=1:notas&Itemid=169)  
Em Minas Gerais tem sido 6%. Confeir: <http://policianolocal.blogspot.com/2012/01/6-dos-presos-de-minas-nao-retornaram.html>. Acesso em 15/02/2012.

<sup>6</sup> Matéria publicada em 05/07/2011, pode ser acessada em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/07/tornozeleira-para-presos-vira-alternativa-em-lei-mas-para-poucos.html>

	projeto-piloto por meio de um convênio com o Ministério da Justiça. O G1 procurou o ministério e foi informado que, de forma geral, ainda não estão sendo discutidos convênios.
Amapá	O Instituto de Administração Penitenciária (Iapen) informou que não há previsão, projeto ou orçamento para implantar o monitoramento eletrônico.
Ceará	O governo informou que não há data prevista para implantar o monitoramento. Segundo o governo, uma equipe estuda o assunto e uma audiência pública deverá ser marcada para discutir o tema com a sociedade.
Espírito Santo	A Secretaria de Estado da Justiça informou que o governo vai adotar o monitoramento, mas que “está aguardando a normatização da lei por parte do Ministério da Justiça para então iniciar o processo de licitação dos equipamentos”.
Mato Grosso do Sul*	O secretário de Justiça e Segurança Pública, Wantuir Jacini, informou que vai esperar o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) adquirir os equipamentos e fornecê-los para uso no estado.
Pará	O governo ainda não decidiu se adotará o monitoramento. A Superintendência do Sistema Penitenciário (Susipe) está avaliando os resultados de um teste realizado para apresentar um relatório ao Conselho Estadual de Segurança Pública, que decidirá se abrirá licitação.
Piauí	Governo informou que não utiliza o monitoramento e que não há previsão para adotar o sistema.
Rio Grande do Norte	O governo prevê fazer testes em agosto, mas afirma que faltam recursos para implantar o monitoramento.
Roraima	O governo informou que não possui nenhuma forma de monitoramento eletrônico de presos e que, por enquanto, não há projetos para implantação.
Sergipe	O Departamento Penitenciário informou que não há projeto e que o governo primeiro irá aguardar manifestações do Judiciário para saber se os juízes vão demandar o monitoramento.
Tocantins	A assessoria de imprensa da Secretaria de Segurança Pública do Tocantins informou que não há previsão para implantar o sistema, mas que irá realizar estudos sobre o tema.

Estados com previsão ou que já adotam o monitoramento atualmente	
Alagoas	Está testando o monitoramento e abriu uma licitação para contratar o serviço.
Amazonas	Já fez testes e vai reabrir uma licitação. Pretende implantar no segundo semestre.
Bahia	Existe projeto e o governo abrirá licitação.
Distrito Federal	O subsecretário do Sistema Penitenciário, André Espírito Santo, afirmou, por e-mail, que “não será possível os juízes decidirem pela utilização do equipamento de monitoramento eletrônico em princípio”. Segundo ele, o governo pretende terminar testes e apresentar um projeto para promover uma licitação.
Goiás	Está participando de licitação para contratar o serviço e espera adotar em julho.
Maranhão	Pretende abrir licitação e adotar o sistema a partir de setembro.
Mato Grosso	Governo informou que abrirá licitação 'nas próximas semanas'.
Minas Gerais	Abriu licitação para uso em presos e poderá expandir para uso como medida cautelar.
Paraíba	Já fez testes e abriu licitação para adotar o sistema. A previsão é concluir processo até o fim do ano.
Paraná	O governo informou que pretende implantar a nova lei e que um comitê está analisando as propostas.
Pernambuco	Já realizou testes entre 2008 e 2010, elaborou parecer e o processo de licitação está em estudo.
Rondônia	O governo informou que utiliza o equipamento. Atualmente, custo do serviço é um problema para adoção como medida cautelar.
Santa Catarina	Houve testes com 285 presos, e apenas um tentou violar o equipamento. Não há licitação em andamento. O estado

	procura reduzir os custos do equipamento estudando novas tecnologias.
São Paulo	O monitoramento é utilizado para detentos em semiaberto desde 2010.
Rio de Janeiro	Em abril, o monitoramento passou a ser utilizado para o regime de prisão albergue domiciliar. Atualmente, 136 presos estão utilizando o equipamento.
Rio Grande do Sul	Um pregão eletrônico será realizado no dia 12 de julho, às 14 horas, no site da Secretaria de Segurança Pública (SSP).

Como conclusão desse título, cabe notar o que disse o professor Mike Nellis (2011), ao argumentar que é paradoxal que embora o advento e a trajetória do desenvolvimento de práticas fundadas em evidências e a vigilância eletrônica a partir dos anos 1980 tenham sido mais ou menos cronologicamente coincidentes, o uso e expansão da VE tem caminhado longe de qualquer orientação fundada em evidências.

Até o momento, o nível de cumprimento de seus objetivos de reduzir a população prisional e manter a segurança pública ainda está por ser estabelecido. Apesar da ausência de evidência empíricas da efetividade da vigilância eletrônica, esta estratégia de controle tende a se tornar uma abordagem de âmbito nacional de gerenciamento de infratores de alto risco em meio comunitário. (PADGETT, BALES, & BLOMBERG, 2006)

Não há todavia uma total ausência de pesquisas, ou mesmo ausência de pesquisa positiva em relação ao uso da VE, mas é forçoso reconhecer que, ao menos entre os criminólogos mais sérios, que "fatores políticos" têm invariavelmente cumprido um papel chave, talvez o mais importante, na introdução da VE nos sistemas de justiça criminal nacionais, seja nos EUA ou na Europa, ou no Brasil.

## 1.2 – O Monitoramento de Presos como Vigilância Eletrônica

O tema do monitoramento de presos remete à vigilância eletrônica em sentido mais amplo. Percepções como: “eu sei o que eles sabem de mim”, “existem dados armazenados a respeito da minha vida privada, mas eu não sei exatamente o que sabem, que uso fazem dessas informações, ou como as manipulam”; “sei que sou observado, mas não sei exatamente por quem e para quê”; são exemplos de que na contemporaneidade, a vigilância ingressou no cotidiano da maioria das pessoas.

Em nossa experiência de visitas a estabelecimentos de internação coletiva, especialmente a manicômios judiciários, houve ocasiões de ouvirmos afirmações de internos sobre a existência de um suposto “chip” acoplado em alguma parte de seus cérebros, por meio do qual o governo os vigia e os controla a distância. Esse exemplo extremo, porém recorrente, é expressivo do quão inseridos estamos numa cultura de vigilância.

Algumas dessas questões serão abordadas com mais pormenor no capítulo destinado à cultura da vigilância. Preliminarmente, podemos afirmar que vigiar indivíduos não constitui algo novo e já estamos habituados a debater socialmente sobre algumas formas de vigilância, como é o caso dos grampos telefônicos (Lyon, 1994). Mas o que caracteriza o momento social atual parece ser o número indiscriminado de indivíduos sujeitos à vigilância. O que era tratado social e juridicamente como exceção, tornou-se a regra, de modo que qualquer pessoa atualmente é alvo de alguma forma de monitoramento e todos de alguma forma são suspeitos. Em outros termos, a vigilância deixou de ser um instrumento para obter informações privadas de indivíduos para se inserir como mecanismo de gerenciamento e preservação da ordem social.

Segundo David Lyon (1994), vigilância consiste no secular, ordinário e presumido mundo de retirar dinheiro de uma máquina no banco, fazer uma chamada por celular, solicitar benefícios referentes à saúde, dirigir carro, criar um correio eletrônico, usar o cartão de crédito, fazer um cadastro na internet, participar de redes sociais, realizar buscas pela internet. Em cada uma dessas transações, computadores coletam, registram, processam nossos dados pessoais e comparam com informações nossa já existentes. Cada vez que precedemos a qualquer uma dessas operações, deixamos um traço daquilo que fizemos. Computadores hoje medeiam quase todas as

nossas relações. Participar na vida moderna nos dias atuais é estar sob vigilância eletrônica.

A definição de vigilância, porém, de Ericson e Haggerty (1997), parece mais apropriada ao tema da vigilância como controle do crime. Vigilância, segundo esses autores, é a produção burocrática de conhecimento, e gerenciamento de riscos, de populações suspeitas. Esses autores argumentam que a modernidade tardia inaugurou a proliferação de técnicas de coleta de informação e dados que operam a fragmentação do corpo humano em fluxos distintos de informação: sons, imagens, batidas cardíacas, dados sobre os créditos, capazes de transmitir significado com o fim de alimentar outras categorias de informação para as quais o processo de vigilância foi concebido.

Haggerty e Ericson introduziram o conceito de agenciamento vigilante num esforço por superar a desgastada explicação de vigilância baseada no centralismo estatal do "Grande Irmão" na obra de George Orwell e no onipresente panóptico de Foucault. O agenciamento vigilante caracteriza-se por ser descentralizado e se refere a uma variedade de tecnologias e formas de informação estatais e não estatais que se ligam de forma tênue e provisória. O agenciamento vigilante funciona não a partir da onipresente "teletela" orweliana ou do panóptico "disciplinador da alma", mas a partir de um processo de abstração dos corpos humanos de seus contextos, a fragmentação deles em fluxos de informação, os quais são remontados para fins interventivos. (Cf. Wilkinson e Lippert, 2011)

Trata-se de abstrair corpos humanos de seus contextos territoriais e separá-los em uma série de fluxos distintos. Esses fluxos são então recuperados em distintas "duplicações de dados" (um perfil eletrônico, compilado a partir de dados fragmentados dos indivíduos) capazes de serem examinados, processados e usados para intervenção. Com esse processo, nós estaríamos testemunhando um nivelamento "rizomático"<sup>7</sup> da hierarquia da vigilância, de modo que grupos previamente isentos de vigilância rotineira estariam agora sendo progressivamente monitorados. Por essa abordagem, não é a identidade ou a subjetividade do indivíduo que interessa, mas a informação que ele pode fornecer, as categorias para as quais ele pode contribuir, as quais são replicadas no corpo para fins de influenciá-lo e manipulá-lo.

---

<sup>7</sup>Conceito cunhado por Deleuze para indicar que algo possui muitas e diversas instâncias, conectadas por uma infraestrutura invisível, concernentes a tecnologias interconectadas e contextos múltiplos.

Com isso, eles deduzem que há importantes mudanças na forma e intenção da vigilância, mas a linha de raciocínio é estendida para afirmar que uma democratização parcial de hierarquias de vigilância tomaria lugar, (Hier, 2003), uma vez que o processo vigilância já não seria unidirecional nem destinado a determinados grupos, todos são sujeitos e objetos de vigilância.

Como aponta Patterson (2009), com a VE, o objetivo da vigilância é de observar e registrar a aceitação individual da restrição à liberdade imposta a pessoa. Além disso, informações são criadas de modo que também podem ser utilizadas por outras agências do sistema de justiça criminal.

A princípio, não se pode afirmar que a VE, assim como tantas outras formas de vigilância, é em si má ou boa. Com efeito, para nós parece muito mais fácil pagar sempre com o mesmo cartão de plástico que estar sempre portando novos amontoados de papel no bolso. Do mesmo modo, as pessoas tendem a concordar que é melhor um condenado preso em sua própria casa, monitorado eletronicamente, que atrás dos muros de uma prisão sob condições indignas de habitabilidade.

Esse entendimento levou a Juíza da 2ª Vara de Execuções de Fortaleza, no processo nº 0407427-89.2010.8.06.0001, em 24 de fevereiro de 2012, a conceder permissão de saída para uma mulher presa em regime fechado para frequentar curso superior na Universidade Federal do Ceará, sob vigilância eletrônica. De acordo com a decisão:

*Assim, acolho o parecer do Ministério Público, e de forma excepcional e por analogia ao disposto no art. 36 da LEP, DEFIRO à presa o direito de frequentar o Campus da Universidade Federal do Ceará, para estudo no Curso de História, de segunda a sexta-feira, em um único período (manhã ou tarde), bem como autorizo sua saída para ir à UFC realizar sua matrícula no referido curso, dentro do período solicitado, devendo, neste momento, estar acompanhada da escolta policial. Em atendimento às condições impostas pela lei para fins de cautela contra a fuga e em favor da disciplina, e considerando que o Estado não é dotado de estrutura para a fiscalização no modo convencional por longo período, aliado ao fato de que o histórico da apenada revela que o monitoramento eletrônico mostra-se suficiente à fiscalização, determino que a presa fará uso da tornozeleira eletrônica, que restringirá sua liberdade de locomoção no percurso entre o Instituto Penal Feminino Aury Moura Costa e o Campus da Universidade, no período em que estiver estudando e que será fixado quando da audiência admonitória, devendo após o término das aulas retornar à unidade penitenciária. Destaco, de logo, que nos dez primeiros dias de aula, a condenada deverá estar submetida não só ao monitoramento eletrônico, mas também, a acompanhamento presencial de autoridade do sistema penitenciário, a fim de colhermos todos os elementos indispensáveis para uma fiscalização rigorosa*

*quanto ao atendimento das regras impostas por este Juízo. Cabe à SEJUS o acompanhamento do cumprimento das limitações oriundas do monitoramento, e que serão impostas na audiência admonitória, que de já, designo para o dia 01/03 de 2012, às 09:00h.*

Podem-se citar umas tantas decisões como esta, apontando para os benefícios ou os malefícios da implementação da VE no Brasil. Porém isso pouco ajudaria em compreender as razões e propósitos para as quais a VE surgiu. Inserir-la dentro de um mais amplo conjunto de transformações socioeconômicas e culturais refletidas na Política Criminal parece-nos proveitoso para a compreensão do fenômeno.

Passamos adiante a oferecer algumas das razões que ao nosso ver são causas do surgimento da VE no Brasil e suas peculiaridades.

Há certo consenso na literatura especializada de que programas baseados em VE descendem da longa tradição da prisão domiciliar, uma medida de incapacitação histórica e estreitamente vinculada a iniciativas políticas, que foca mais na administração de indivíduos e grupos que na sua reabilitação ou reforma. Desde essa perspectiva, o sistema de justiça penal se concentra na identificação de riscos, atingindo infratores como agregados e não como indivíduos, avaliando, antes, os meios de seu controle e administração, por meio das melhores medidas em termos de custo-benefício (Feeley and Simon, 1992).

A VE é uma forma de controle que mescla antigas e novas formas de controle. Se de um lado, tecnologias de vigilância a distância pretendem, como ocorre com o sistema de aplicação de multas no trânsito, prescindir da intervenção humana, necessitando somente de operadores eletromecânicos, em todo o seu processo de fiscalização, dosimetria da sanção, aplicação e mesmo execução da multa, até o presente momento, vigilâncias como VE de presos e CFTV não podem depender unicamente de tecnologias, e dispensar os operadores humanos.

O surgimento da VE está também associado ao fortalecimento da indústria de segurança privada nos países onde ela surgiu. (Garland, 2001, Feeley, 2002), especialmente no período pós Guerra Fria. Segundo Paterson (2009a), o nascimento e desenvolvimento da VE está ligado à construção política de espaço para organizações comerciais entrarem na jurisdição da execução penal das penas e medidas alternativas à prisão (Paterson, 2009a).

Na década de 1970 nos Estados Unidos e Reino Unido ocorria, tanto entre técnicos do sistema de justiça quanto especialistas, uma descrença no ideal

reabilitador e na prisão como meio idôneo para alcançá-lo, o que levou, também por outras razões, ao uso da prisão como instrumento unicamente de incapacitação para o crime e conseqüentemente ao encarceramento em massa. Foi justamente nesse período que propostas desencarceradoras, de um lado, e reabilitadoras, de outro, ocuparam papel importante no Brasil. O reformismo penal, impulsionador de alternativas à prisão, gerou um processo de paralelismo entre prisão e medidas e penas alternativas que culminou na expansão acelerada de ambos. O número de medidas sancionatórias em meio comunitário cresceu sem gerar um desafogamento do sistema prisional.

Pensar a VE historicamente tem nos levado à pergunta sobre a existência potencial de um processo histórico intencional (Garland, 1999) voltado ao controle da população e a vigilância eletrônica concretização, ou se a vigilância eletrônica surgiu como fruto da imaginação de alguns, diante do extraordinário avanço tecnológico, sem qualquer conexão com os precedentes históricos que a ela teriam convergido.

De todo modo, o que percebemos é uma redução gradativa na Política Criminal focada nas preocupações com direitos fundamentais de grupos 'indesejáveis', acompanhada de uma crescente afirmação das exigências gerais por segurança. As demandas por segurança ganharam proeminência nos discursos dos membros dos órgãos governamentais. Se observarmos os debates parlamentares do nosso Congresso Nacional na década de 70, principalmente daqueles que impulsionaram as reformas penais, o discurso em favor da humanização das penas pareceu prevalecer. Nas recentes décadas, porém, este discurso perdeu força para os discursos do endurecimento penal, da segurança nacional e do uso de tecnologias para enfrentamento do chamado “crime organizado”, terrorismo, e de todos aqueles que oferecem risco à ordem pública.

A carência de estudos e pesquisas empíricos justificadores das leis que criaram vigilância eletrônica evidenciam a prevalência de razões políticas sobre razões científicas na aprovações dessas leis.

Um conjunto de argumentos que também estão associados ao discurso da ampliação da vigilância eletrônica envolve a descrença na capacidade da prisão em reduzir a criminalidade. O aumento da população prisional em 10 % representa apenas de 2 a 4 % da redução da criminalidade (Cf. Spelman, 2000). A necessidade discursiva de redução dos custos com o sistema prisional e diminuição da população prisional, aliada a um outro fator, que é a desconfiança em relação a qualquer medida desencarceradora, cujos exemplos maiores são as penas alternativas e a justiça

restaurativa, fez com que a VE não passasse de instrumento acessório a uma pena ou medida alternativa à prisão.

A crescente perda da capacidade do Estado em controlar a intervenção punitiva, em frear a sua expansão, somada ao crescimento da indústria de segurança, e da insegurança, afirmando que cada um deva assumir as rédeas de sua própria segurança, e ao ingresso do setor privado em áreas que outrora permaneciam circunscritas ao monopólio estatal. O setor privado, que já havia ocupado o lugar do Estado na prestação de serviços de segurança, percebeu oportunidade de lucro também na esfera estritamente punitiva.

A emergência do discurso do risco e a construção de um sistema de comunicação corresponde justamente ao controle preventivo dos possíveis eventos e pessoas que oferecem risco à ordem e segurança social, na qual a vigilância a distância surge como resposta adequada a esse fenômeno. A potencialização da cultura da vigilância permitida pelos desenvolvimentos tecnológicos e o encantamento com as possibilidades desses avanços levaram, por sua vez, à ampliação da aplicação das tecnologias para quase todos os aspectos da vida moderna e a punição não poderia ficar de fora. O controle do crime dentro do discurso do risco foca menos nos indivíduos e na responsabilização individual e mais no gerenciamento dos grupos que oferecem risco à ordem social, de modo que assegurar a ordem, por meio da vigilância e controle a distância dos grupos potencialmente perigosos, torna-se cada vez mais prioridade para as instâncias formais de controle.

Essa tendência em controle do crime por meio da gestão de risco reflete também um certo desencanto com o ideal reabilitador<sup>8</sup> por parte de alguns gestores públicos e especialistas. A VE, por ser uma mera forma de controle sem compromisso algum com a melhora ou criação de oportunidade para os indivíduos, responde bem às formas de controle mais utilitaristas e menos garantistas. Busca-se não a correção dos indivíduos, mas prevenir que eles venham a desestabilizar a ordem.

O argumento da eficiência permeia os discursos em torno do Justiça Criminal, demandando por formas de controle do crime menos custosas, mais eficazes, menos preocupadas com as direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles conquistados no âmbito do Direito Penal clássico. Há uma tendência em flexibilização

---

<sup>8</sup> Embora ao longo do texto inserimos a emergência do gerenciamento de riscos associada ao declínio do ideal reabilitador, não estamos com isso afirmando qualquer posição em favor da reabilitação ou ressocialização.

das garantias penais em favor de uma “administrativização”<sup>9</sup> do Direito Penal, que prescinde da jurisdicionalização para a restrição da liberdade, do devido processo legal e da formação da culpa para a intervenção na liberdade individual.

A VE se inclui entre as novas formas de controle penal que desconsideram qualquer perigo concreto e se antecipam à violação de bens jurídicos para influenciar até mesmo o cálculo pessoal, as motivações internas dos indivíduos, suas cogitações, em outras palavras, estaria a VE funcionando como superego capaz de condicionar a própria elaboração das ações daqueles submetidos ao seu controle.

Por fim, a VE coloca-se ao lado das históricas tentativas de superação da prisão, mas que resultam na expansão da teia punitiva. Assim como as penas alternativas, há dúvidas sobre a capacidade da VE em reduzir a população carcerária, como propagam os seus entusiastas e promotores. A atual lei aprovada no Brasil sobre VE, que alterou o Lei de Execução Penal, não se apresenta como alternativa à prisão, mas como um complemento à pena de prisão ou como uma restrição aos benefícios já existentes, tais como cumprimento da pena em domicílio ou saída temporária. No entanto, mesmo nos países onde a VE surgiu como alternativa à prisão, similarmente às penas restritivas de direitos, seu efeito tem sido mais o de expandir a teia punitiva do que de efetiva redução da população prisional (Cohen, 1985; Bonta, 2000, PADGETT, BALES, & BLOMBERG, 2006)

---

<sup>9</sup> Acerca do tema da administrativização do Direito Penal, trataremos o tema com mais pormenor adiante, no capítulo 2.

## CAPÍTULO 2 - HISTÓRIA RECENTE DAS REFORMAS PENAIS DO BRASIL

Nosso intento nesse capítulo é recuperar a história recente dos discursos penais e processo legislativo no Brasil, o que não significará elaborar uma lista exaustiva da legislação penal produzida no Brasil nas últimas décadas, mas sim apontar a legislação reflexo de um contexto socioeconômico e que exerceu algum impacto na orientação punitiva do país. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal de 1984 e a Lei dos Crimes Hediondos serão privilegiadas em nossa análise, sobretudo porque a compreendemos como dois marcos importantes do punitivismo brasileiro.

As inspiração inicial para essa tarefa veio da obra de David Garland (2001), ao titular o primeiro capítulo de sua obra *The Culture of Control*, uma história do presente e com isso procurar apresentar uma perspectiva analítica das condições históricas que deram existência às práticas punitivas contemporâneas. O que se procura responder nesse capítulo é porque o Brasil hoje implementa a VE como meio de controle do crime, e quais as raízes históricas para esse fenômeno. A importância dessa pergunta pode ser aferida a partir da questão inversa, qual seja, o Brasil implementaria a VE trinta anos atrás para o controle penal ainda que houvesse tecnologia para tal?

Formas de controle de processados e condenados a distância existem há décadas, mesmo sem os recursos tecnológicos à disposição. Basta pensar, por exemplo, que o uso do telefone para assegurar a permanência em residência daqueles que cumprem penas em regime domiciliar tem sido aplicado alhures por longo tempo, sem jamais ter sido cogitado no Brasil. Mesmo a VE tem sido utilizada há mais de duas décadas nos EUA, sem que o Brasil tenha se preocupado em importá-la.

Ao contrário do que se costuma observar na literatura crítica sobre o processo legislativo penal no Brasil, não acreditamos que seja possível afirmar que a Política Criminal predominante durante os últimos anos no Brasil foi a do endurecimento penal. Entendemos, sim, haver um fenômeno próximo daquilo que Garland denomina Política Criminal esquizoide. Garland (2001) argumenta que a sociedade moderna vive a cultura penal esquizofrênica expressada na ambivalência dos discursos penais. Um bom exemplo disso, como bem apontado por Zaffaroni e Nilo Batista (2003) é a exposição de motivos do Ministério da Justiça ao projeto que deu origem à lei 9.268/96. Primeiro se afirma que “a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social” fundamentava ali uma notável ampliação do uso substitutivo das penas restritivas de direito, poucas linhas

adiante o argumento desapareceria perante “agentes de crimes graves cuja periculosidade recomenda seu isolamento do seio social”.

Como aponta Neylane Mendonça (2006), há uma ambiguidade na produção legislativa, pois, em um mesmo contexto, surgem propostas legislativas para humanizar e “solucionar os problemas dos cárceres” e propostas conservadoras e repressoras tendentes a suprimir as garantias individuais.

Ao lado, porém, dessa esquizofrenia, conviveu no Brasil sempre uma Política Criminal perpetuadora da estratificação social herdada do processo colonial aqui estabelecido pelos portugueses.

Segundo Neder (2009), o estudo das ideias jurídicas e da cultura jurídica em Portugal e no Brasil deve levar em conta a formação histórico-social que condicionou o processo de passagem à modernidade que ocorreu na Europa. Os estados absolutistas europeus desempenharam um papel chave no processo histórico de passagem ao capitalismo. O Estado português, no entanto, atuou num universo de ambivalências, tendo um duplo papel: garantiu a ordem aristocrática e, ao mesmo tempo, incentivou o desenvolvimento das atividades mercantis, cujas bases foram estabelecidas pela expansão marítima.

O Código Penal de 1940 articulou em um mesmo texto o autoritarismo próprio da ditadura Vargas e a forte tendência do Estado em controlar moralmente a sociedade por meio de uma série de tipos de conteúdo moral, porém ficou reconhecido pelo seu elevado tecnicismo jurídico e por uma certa abertura a princípios democráticos (Mendonça, 2006)

A pena de prisão irrá, no Código Penal de 1940, figurar como praticamente a única resposta ao crime, assumindo a pena de multa caráter acessório, pois na maioria das vezes era aplicada cumulativamente. (Cf. Dotti, 1998).

A Lei 3.274/57 foi a primeira a apontar para as reformas que haveriam de vir, ela foi a primeira legislação a tratar do direito dos presos, individualização das penas, classificação dos internos, e a regular o trabalho e o salário do preso, além da assistência aos condenados e à sua família. Ela, porém, como aponta Mendonça (2006), não significou real mudança, pois as garantias nela previstas jamais foram efetivadas.

A aposta na pena de prisão como única resposta somente veio a ruir no final da década de 1970. Vale mencionar aqui, que enquanto nos Estados Unidos e Inglaterra o ideal reabilitador está sob forte crítica tanto de liberais quanto de conservadores (Garland, 2001), no Brasil é o punitivismo retribucionista representado

pelo Código de 1940 que está em plena crise. O reformismo penal no Brasil está plenamente voltado à reintegração do indivíduo à sociedade, consubstanciado na reforma do Código Penal de 1984 e a aprovação da Lei de Execução Penal.

Já antes, a reforma penal e penitenciária promovida pela Lei 6.416/77 apontava a descrença na pena de prisão como resposta idônea à criminalidade, pois em sua exposição de motivos manifestava a necessidade de esvaziar as prisões (Cf. Dotti, 1998).

Com efeito, segundo Mendonça<sup>10</sup> (2006), nos anos setenta a situação penitenciária brasileira era muito grave, pois os presídios encontravam-se superlotados com condições mínimas de vida. Nos anos de 1975 e 1976, no âmbito da Câmara dos Deputados foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito para conhecer a realidade carcerária do país, que teve a virtude de chamar a atenção para o problema carcerário.

A Lei 6.416/77, segundo Mendonça (2006), procurou ajustar algumas normas do Código Penal, Processo Penal e Lei de Contravenções Penais. A exposição de motivos salientou que um dos graves problemas determinantes do movimento de reforma se devia à superpopulação carcerária. Os estabelecimentos penais já não podiam mais atender ao grande volume de internados. Destacava-se a preocupação em buscar solução condizente com a moderna tendência em reservar as penas privativas de liberdade somente para os autores de delitos mais graves. A proposta de lei mantinha as penas principais e acessórias, mas concedia maior amplitude ao sursis e ao livramento condicional. Além disso, o projeto avançava no território da execução, com alterações importantes, como: a instituição dos regimes (fechado, semiaberto e aberto) para individualizar a execução em correspondência com a culpa do condenado, a indicação para transição nos regimes, a consagração da prisão-albergue, a instituição dos critérios para as saídas temporárias, entre outros.

A Lei 6.416/77 também caminhou no sentido de promover a unificação das penas privativas de liberdade, criando regimes de execução comuns e institucionalizando a prisão-albergue como modalidade de regime aberto, estipulando benefícios reintegradores a serem regulamentados pela legislação estadual, instituindo cinco anos de caducidade da reincidência e ainda alterando positivamente a disciplina

---

<sup>10</sup> Muito do que se dirá adiante sobre as reformas foi retirado do excelente trabalho de Neylane Mendonça (2006)

do sursis e do livramento condicional. A essas mudanças, acrescenta-se a revogação promovida em 1978 dos atos institucionais, supressores das liberdades individuais.

Florescia nos anos 70 um discurso de redução da execução da privação de liberdade, bem como as propostas de descriminalização e no nascente abolicionismo. Muito desse pensamento se agregava à Lei 6.416/77 que pela primeira vez intervinha estruturalmente no Código Penal de 1940. (Zaffaroni e Batista, 2003; Mendonça, 2006).

O processo de reforma culminou com o Código Penal de 1984. As reformas do Código Penal tiveram caráter dogmático e a modernização de alguns institutos, especialmente pela adoção do finalismo e os ajustes no tratamento do erro, figurando agora o erro de tipo e o erro de proibição. Conferiu-se melhor coerência às penas privativas de liberdade, assumindo agora a reclusão para as penas graves e a detenção para as penas menos graves. Além de por um fim ao sistema do duplo-binário e optar pelo vicariante.

As linhas fundamentais que nortearam a reforma do Código Penal de 1984, segundo René Ariel Dotti (1998) foram o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança. No tocante às penas patrimoniais, a reforma de 1984 estabeleceu que a pena de multa deve consistir no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. A perda de função pública, de cargo ou de mandato eletivo passou a ser um dos efeitos da condenação, que constam agora no art. 92 do CP. Por fim as alterações com vistas à recuperação e o tratamento dos condenados: a revisão das medidas de segurança: determinando a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, como também a sujeição a tratamento ambulatorial e a introdução da noção das penas restritivas de direito: prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. (Cf. Dotti, 1998)

Já a Lei de Execução Penal criou uma verdadeira sistemática voltada à integração<sup>11</sup> social do condenado. Estabeleceu o sistema progressivo de forma a dar

---

<sup>11</sup> Optamos pelo termo integração, reinserção ou reintegração social porque, como se infere das referências a outros autores aqui mencionados, o termo ressocialização é polissêmico e por vezes se aproxima muito do sentido de reabilitação. Ambos têm conotação corretiva, pedagógica, de mudança de comportamento ou, no mínimo, estão voltados à redução da reincidência. Preferimos a interpretação de que a Lei de Execução Penal, embora muitos entendam que o contrário, não explicitou qualquer intento de que o programa individualizador ou as prestações de assistência, material, jurídica, à saúde ou social, estivessem instrumentalizadas para a mudança de comportamento do condenado. A harmônica integração parece-nos limitar-se a afirmar que a Execução Penal favorecerá o retorno à sociedade, reduzindo ao máximo os impactos negativos da execução da pena.

coerência à execução penal. De acordo com a LEP, todo condenado à pena privativa de liberdade deveria passar por três avaliações iniciais, o exame de personalidade, a classificação inicial e o exame criminológico. Essas três avaliações seriam a base para o chamado programa individualizador, o qual seria complementado por um sistema de sanções e recompensas que levariam à progressiva liberdade do indivíduo. Conforme o condenado fosse ganhando a confiança dos responsáveis por sua custódia, aumentariam as suas chances de antecipar a liberdade. Foram estabelecidas a progressão de regime após um sexto de cumprimento da pena, saídas temporárias, remição da pena pelo trabalho, possibilidade de indulto e comutação da pena, livramento condicional. Com esse sistema, o condenado, conhecido e avaliado pelo sistema de justiça, com pena perfeitamente individualizada, percorreria um caminho bem planejado e harmônico da integração social.

Na exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel afirmou que as penas privativas de liberdade devem se restringir a infrações graves, pois: “uma Política Criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere”. (Mendonça, 2006)

A sistemática elaborada na Lei de Execução Penal seria perfeita em termos de individualização da pena não fossem as condições materiais que impossibilitaram a sua plena aplicabilidade. Embora a opinião pública continuasse a falar em ressocialização, poucos eram os operadores do sistema de justiça criminal que acreditavam ao menos em integração social harmônica, como queria a LEP. A corrupção, o reduzido investimento no sistema penitenciário, a superlotação, a precarização das condições de trabalho de agentes penitenciários, a violência dentro das unidades, e tantos outros fatores minaram os sonhos dos reformadores e a LEP passou a figurar no rol de leis que não se aplicam no Brasil.

Ainda, segundo Mendonça (2006), uma análise do momento político em que ocorreu a reforma de 1984 deve se basear em diversos fatores: em primeiro lugar, a presença dos presos políticos nas prisões da ditadura, em sua maioria pertencentes às classes média e alta, deu maior visibilidade aos problemas das prisões brasileiras. Somado a este fato, com a abertura política, a CPI do Sistema Penitenciário trouxe a questão carcerária à tona, através de audiências públicas e do relatório final, que atestava as terríveis condições das prisões brasileiras.

Com respeito ao contexto em que essa legislação foi aprovada, conclui Mendonça (2006):

Importante frisar que nos anos oitenta o Brasil estava passando por profundas alterações políticas e sociais com a transição de um regime militar ditatorial para um regime democrático. Nesse contexto, a bandeira humanitária e de garantia dos direitos humanos era o pilar fundamental para a consolidação da República, evitando assim, o retrocesso ao regime das violações constantes dos direitos, das torturas e mortes nos porões da ditadura. Dessa forma, a reforma de 1984 adotou todo o discurso ressocializador do pensamento crítico europeu, buscando através das penas alternativas e das medidas de segurança um novo caminho de recuperação e tratamento dos condenados.

Ao nosso ver, o reformismo penal do final da década de 1970 e início dos anos 1980 caracterizou-se pela crítica à pena privativa de liberdade, crítica à execução pena no período anterior, confuso e assistemático, criação de alternativas à prisão bem como a objetivação de uma proposta reintegradora em normas autorizadas da antecipação da liberdade, especialmente pela instituição do sistema progressivo, pelos sintomas da abertura democrática, assim como pela preservação das estruturas hierarquizadas próprias de nossa tradição autoritária.

Campos (2010) afirma em seu trabalho de pesquisa sobre o processo legislativo em matéria penal que, após a Constituição de 1988, a criminalização resultou de múltiplas iniciativas, ora da reação da opinião pública, da ação de políticos e do aparato da segurança pública, assim como de reivindicações de movimentos sociais em favor dos direitos de grupos da população. Campos conclui que tal variedade reflete tendências que se complementam e coexistem e não políticas ou tendências contraditórias.

A legislação do pós Constituição de 1988 vai se caracterizar por uma dualidade discursiva, segundo Zaffaroni e Batista (2003), a qual distingue os delitos dos consumidores ativos, aos quais se confere uma despenalização em sentido amplo, e do outro lado dos delitos grosseiros dos consumidores falhos, aos quais corresponde uma privação da liberdade neutralizadora.

No primeiro grupo estaria a lei 9.099/95 que criou os Juizados Especiais Criminais, orientada à reparação do dano *ex delicto* e aplicação de medidas não

privativas da liberdade. As duas grandes novidades dessa lei foram justamente a transação penal e a suspensão condicional do processo. Outra lei desse grupo seria a 9.268/96, impedindo a conversão da multa não paga em privação da liberdade. A criação dos Juizados Especiais Federais pela Lei 10.259/01 ampliou o cabimento da suspensão condicional do processo, que passou de um para dois anos. Lei emblemática desse conjunto de leis foi a 9.714/98, que criou novas penas restritivas de direitos, alternativas à pena privativa de liberdade e ampliou o rol de crimes cuja pena privativa de liberdade poderia ser substituída por restritiva de direitos quando o máximo daquela não superasse 4 anos.

No segundo conjunto de leis, encontra-se a Lei dos Crimes Hediondos, Lei. 8.072/90 e suas posteriores alterações, a lei 9.034/95 sobre o “crime organizado” e as leis 9.807/ 99 e 10.409/02, que instituíram a delação premiada.

Sobre as reformas penais da década de 90, Azevedo (2003) faz uma divisão um pouco distinta, com a qual tendemos a concordar. Para o autor, a primeira tendência constatada seria a 'expansão do Direito Penal ' definido como hipertrofia ou inflação de normas penais que adentram áreas da vida social antes não regulamentadas por sanções penais em “...resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais.” No Brasil, tal movimento caracterizou-se por cinco leis nos anos 90: 1) Delitos contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo - Lei 8.137 de 1990; 2) Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078 de 1990; 3) Criminalização dos delitos ambientais - Lei 9.605 de 1998; 4) Tipificação de delitos de discriminação racial - Lei 7.716 de 1989; 5) Dispõe sobre os crimes de lavagem e ocultação de bens e valores - Lei 9.613 de 1998.

O 'Processo Penal de Emergência' seria outra tendência caracterizada por Azevedo na nossa legislação criminal. Define-se como tal tendência o que foge dos padrões tradicionais do sistema repressivo, pois, estabelece determinados tipos criminais como graves, junto com a adoção de mecanismos e dispositivos legais para combatê-los. Exemplos no Brasil, segundo Azevedo, de dispositivos nessa tendência: 1) Leis de Crimes Hediondos – Lei 8.072 de 1990; 2) Utilização de meios operacionais (meios de prova e procedimentos investigatórios) para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas – Lei 9.034 de 1995; 3) Emenda a Lei de Crimes Hediondos – Homicídio Simples - Lei no 8.930/94; 4) Emenda a lei de Crimes Hediondos - Falsificação, corrupção, adulteração ou

Outra tendência assinalada por Azevedo é classificada como a proteção a vítimas e testemunhas, na qual há apenas um exemplo de lei: 1) Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas - Lei 9.807 de 1999.

Por fim, a 'informalização ou simplificação do processo penal' é caracterizada pelos modelos diferenciados de informalização de justiça nos estados contemporâneos como uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua, com capacidade dos disputantes de promoverem a sua defesa; menor uso da linguagem formal legal; preferências por normas substantivas e procedimentais que sejam mais flexíveis; particularistas; preferência pela mediação e conciliação entre as partes do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; maior abrangência de evidências e assuntos do processo; facilitação de acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados; justiça resolutiva mais rápida com ênfase na maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância de sanções e medidas não coercitivas. (Azevedo, 2003)

Lei representativa dessa tendência seria a Lei 9.099/1995 - Juizados Especiais Criminais – JEC - Lei 9.099 de 1995 – instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, criados pela União, Distrito Federal e nos T territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Azevedo chama a atenção para a utilização simbólica do Direito Penal material e processual. A evidência de tal fenômeno seria a inflação de normas penais criminalizando campos da vida social que antes não eram regulados por sanções penais. Por meio do uso do Direito Penal, como resposta para todos os tipos de conflitos e problemas sociais frente às demandas por segurança e penalização na sociedade atual, e sem qualquer relação direta com a verificação da eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.

Entendemos que as leituras tanto de Azevedo quanto de Zaffaroni e Batista complementam-se e nos fornecem chaves interpretativas da elaboração legislativa da década de 1990.

Todavia, escapa aos autores o fenômeno criminalizante na década de 1990 inspirado pela nova cultura de controle que estava sendo gestada naquele período,

qual seja, o discurso do risco e a cultura vigilância. Tanto a Lei dos Juizados Especiais Criminais como a Lei das Penas Alternativas colaboraram com a redução de acusados por furto no sistema prisional, porém o que caracterizou essas leis não foi tanto o fato de beneficiar um ou outro grupo, pois elas do ponto de vista político criminal se inserem na mesma linha reformista da década de 1970. O que caracteriza essa legislação, politicamente mais suave, na verdade é o seu efeito reverso. Elas ampliaram a teia punitiva em vez de reduzi-la. Pessoas que antes não eram atingidas pelo controle punitivo, com essas leis passaram à vigilância punitiva. E isso já havia sido apontado por autores como Stanley Cohen (1985) e Pavarini (1995), por não ser um fenômeno único do Brasil.

A chamada Lei das Penas Alternativas que ampliou o rol das penas restritivas de direitos alternativas à prisão e elevou para quatro anos o tempo máximo da pena para que houvesse substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos foi aprovada em 1998.

A ideia básica para criação das penas alternativas foi justamente reduzir o número de pessoas levadas à prisão por sentença condenatória e assim baixar o número de presos com vistas a uma execução penal menos coercitiva e mais humana.

Não encontramos no Ministério da Justiça informação sobre o número da população prisional de 1998, mas a do final de 1997 era de 170.207 e a taxa por 100 mil habitantes era de 108,6.

Após 10 anos da publicação da Lei 9.714/98, o número de pessoas sob penas e medidas alternativas alcançou e superou o de pessoas presas. Em junho de 2008 a população prisional era de 440.000 com uma taxa de 227 por 100 mil habitantes, ou seja, o crescimento da população prisional em relação à população geral dobrou.

Se atualizarmos esses números<sup>12</sup> e adicionarmos todos os egressos do sistema prisional, cujo registro criminal é mantido pelas instâncias de controle em caráter perpétuo, a despeito da proibição legal, incluindo-se os que estão em livramento condicional, em regime aberto, e todos os que aguardam julgamento em liberdade, o número de pessoas sob vigilância do sistema de justiça criminal aumenta exponencialmente.

---

<sup>12</sup> Fizemos o recorte de 10 anos, ou seja desde a aprovação da Lei 9714/98 até 2008.

O Brasil é o 4º. país do mundo em número de presos<sup>13</sup>. É também o segundo país na América do Sul em número de presos por cem mil habitantes, perdendo só para o Chile. Esse dado é suficiente para dizer que o controle punitivo, embora louváveis as tentativas de superá-lo, tende a se ampliar.

## **2.1 Administrativização do Direito Penal, Cultura da Vigilância e Justiça Gestora de Riscos**

Em recente artigo publicado no Jornal O Globo<sup>14</sup>, o Ministro Gilmar Mendes, ao comentar a aprovação da lei 12.403/2011, Lei das Medidas Cautelares e lamentar as condições carcerárias, expressou bem a tônica do discurso da última década: “O problema ultrapassa a esfera dos direitos humanos. Tem a ver, mais de perto, com a efetividade da segurança pública e a eficácia da prestação da Justiça no país.”

Critérios de justiça e afirmação dos direitos fundamentais, embora presentes nos discursos dos operadores da Justiça, aos poucos cedem espaço para um novo discurso, o da eficiência da segurança pública e eficácia do Sistema de Justiça.

Reflexão similar faz Silva Sánchez (2001) ao tratar da administrativização do Direito Penal. Segundo o autor, a mentalidade administrativizada do Direito Penal se manifesta em vários âmbitos, mas particularmente por meio da inclusão entre seus objetos de proteção a atividade administrativa em si mesma considerada.

Para Silva Sánchez, o Direito Penal, que reagia posteriormente contra um fato lesivo individualmente delimitado, se converteu em um Direito Penal de gestão (punitiva) de riscos gerais e, em certa medida, se administrativizou

O que para o autor acima é decisivo na distinção entre Direito Penal e direito administrativo sancionador é que o primeiro busca proteger bens concretos em casos concretos e toma em conta critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto particular. O direito administrativo sancionador, por sua vez, procura ordenar, de modo geral, setores da atividade (reforçar mediante sanções um determinado modelo de gestão sectorial). Por isso não tem de levar em conta critérios de lesividade ou periculosidade concreta, mas deve levar em consideração o impacto geral, estatístico e, ainda assim, não tem que restringir-se à

---

<sup>13</sup> Cf. International Center for Prison Studies: <http://www.prisonstudies.org/>

<sup>14</sup> A Lei e os Porões, em Jornal O Globo, edição de 01/09/2011.

imputação e nem mesmo à perseguição, pois rege-se por critérios de conveniência e não de legalidade.

Um dos fenómenos apontados por Silva Sánchez como manifestação de uma visão administrativizada da intervenção do Direito Penal é a chamada neutralização seletiva (*inocuidación selectiva*) voltada grupos de infratores considerados de alto risco. Esta incapacitação para o crime funda-se da previsão de periculosidade cujo método de aferição mudou radicalmente, porque não está voltada à verificação da periculosidade individual. Segundo Silva Sánchez, os métodos de predição baseados na análise psicológica individual de responsabilidade ou periculosidade foram substituídos por outros de natureza atuarial, de modo que o delito passa a ser abordado com as mesmas técnicas probabilísticas e quantitativas que no âmbito dos seguros se utiliza para a gestão de riscos. Para Silva Sánchez isso supõe recorrer a métodos estatísticos, tomando com fundamento alguns indicadores, cuja quantificação é o ponto de partida para emitir prognósticos de periculosidade sobre grupos ou classes de sujeitos.

Em sua leitura sobre a obra de Silva Sanchez, Azevedo (2008) expõe os dez fatores da expansão o Direito Penal, sendo um deles o gerencialismo, que se caracteriza pela visão do Direito Penal como um mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com os valores que estiveram na base do Direito Penal clássico (verdade, justiça), vistos muito mais como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. O que há de comum, segundo Azevedo (2008), nessas propostas gerencialistas é a desconfiança frente ao público e ao formalizado e sua conseqüente deslegitimação. O resultado é a expansão do Direito Penal por via de mecanismos que pretendem fazer frente ao colapso da justiça penal em sociedades sobrejuridificadas e sobrejudicializadas, reduzindo-o a uma simples manifestação administrativo-executiva.

Estamos plenamente de acordo os autores acima quando estes afirmam que gerencialismo penal corresponde o novo discurso criminológico, chamado atuarial. Atuarialismo e gerencialismo, Segundo Azevedo (2008) respondem a uma mesma lógica tecnocrática e foram assimilados como manifestações de uma mesma racionalidade que impregna as técnicas de controle do delito na atualidade. A criminologia atuarial propõe um câmbio de paradigma, com o abandono do discurso correccionalista, característico do welfare state, e do debate a respeito das causas do delito. No modelo actuarial, o projeto não é disciplinar, entendido no sentido foucaultiano como modalidade de poder que garante a docilidade e utilidade dos

indivíduos, mas sim o controle e gerenciamento dos riscos que oferecem os agregados populacionais

O que para nós é importante na obra de Silva Sánchez é que esta alerta para a impregnação da racionalidade administrativa no Direito Penal e por conseguinte no controle do crime. Queremos, porém, apontar para um fenômeno do processo legislativo brasileiro dos últimos anos que, ao nosso ver, expressa essa mesma tendência administrativista, porém voltada a incidir na Execução Penal. A estratégia gerencialista é a mesma, incapacitar, isolar ou manter permanentemente vigiados os grupos de risco, porém, em vez de fazer as alterações legislativas incidirem na legislação substantiva, o legislador preferiu recorrer a mudanças na Lei de Execução Penal. Dessa forma, o legislador a uma só vez esquivou-se das exigências impostas pelo Direito Penal clássico, a saber, o respeito aos princípios da lesividade, reserva legal e culpabilidade, reduz o controle jurisdicional sobre as medidas tendentes a restringir a liberdade e transfere para o administrador prisional poderes para reduzir o espectro de liberdade, sob o argumento de são medidas mais de gestão do que jurisdicionais.

Percebe-se uma artimanha do legislador: o endurecimento penal não se faz somente por meio do estabelecimento de novos delitos, mas por meio do endurecimento da pena na execução penal: elevação do lapso temporal para a progressão de regime<sup>15</sup>, criação do sistema penitenciário federal com regime próprio de cumprimento de pena, criação do RDD, inserção da vigilância eletrônica na execução penal e no Código de Processo Penal.

A Lei de Execução Penal, embora tenha buscado romper com a índole administrativa da execução da pena, não superou totalmente o administrativismo do sistema de justiça criminal. Estamos de acordo com Andrei Zenkner Schmidt (2002) ao denunciar que diversos dispositivos da Lei de Execução Penal pendem para essa natureza administrativa da execução. O autor cita entre as evidências desse caráter administrativo da Execução, o não acolhimento do princípio da inércia jurisdicional, na medida em que ele de ofício poderá praticar uma série de atos da execução penal, entre eles o de dar início de ofício à execução penal, revogar o livramento condicional, dar início à execução das penas restritivas de direitos.

---

<sup>15</sup> Em consulta ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, em fevereiro de 2012, verificamos a existência de 54 projetos legislativos para modificar o 112 da Lei de Execução Penal, com o fim de alterar o tempo de progressão de regime.

Isso também pode ser constatado especialmente nos dispositivos da Lei de Execução Penal que passavam à administração prisional o poder de punir por meio de sanções disciplinares, podendo o diretor do presídio isolar preventivamente o preso por dez dias, sem qualquer controle judicial, e aplicar sanção disciplinar de isolamento celular de até 30 dias, retardar o momento de sua liberdade definitiva, por meio da emissão de atestado de conduta carcerária negativo e, no caso do Estado de São Paulo, a instituição do Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, conhecido como “Piranhão” ou Anexo de Taubaté, para onde a Administração Penitenciária transferia os presos por ela reputados de alto risco para a segurança e disciplina dos estabelecimentos prisionais (Cf. Teixeira, 2009), local onde os presos permaneciam por até 23 horas totalmente isolados, sob constante violência e privação das necessidades básicas como assistência material, saúde e jurídica.

As práticas e discursos próprios de uma cultura da vigilância e de se pensar o Sistema de Justiça de forma gerencial e não com critérios de justiça (Cf. Hudson, 2001 ) tomaram força nos últimos anos e parecem predominar os discursos atuais. A vigilância eletrônica, objeto de nosso estudo, é somente uma manifestação dessa tendência.

Emblemáticos desse novo discurso são: a) a criação do RDD, inicialmente por meio de um ato administrativo da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, Resolução SAP 026/01, e mais tarde convertida na Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal; e b) a partir de 2006, a construção do Sistema Penitenciário Federal.

A criação do RDD, na verdade, foi uma evolução e aperfeiçoamento do antigo Anexo de Taubaté, porém agora com claro propósito a uma só vez punitivo e gestor de riscos. O caráter punitivo-gerencial está expresso na atual redação da Lei de Execução Penal, pois se aplica tanto como sanção ao cometimento de certas faltas como para acolher aqueles que apresentam “alto risco” à segurança e à disciplina, conforme o §1 do artigo 52: “O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”.

Vale dizer que, após a aprovação dessa legislação, houve tentativa de desjuridicalizar a execução penal, e transferir para a Administração Penitenciária a decisão sobre a concessão de benefícios, proposta pelo então Secretário de

Administração Penitenciária de São Paulo, Nagashi Furukawa. A proposta, porém, não foi acolhida e gerou forte reação da comunidade jurídica.

Já as unidades penitenciárias federais assumiram explicitamente o propósito gestor de risco. Isso pode ser percebido pelo teor do Art. 3o., da Lei 11.671/2008: “Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório”. Com efeito, essas unidades, onde os internos permanecem 22 horas em total isolamento, distantes de seu domicílio original e sob a mais absoluta vigilância, com circuitos fechados de TV instalados em toda a área interna das unidades, onde a privacidade é quase nula e a identificação tanto de visitantes, quanto dos agentes público e mesmo dos internos se dá pela coleta eletrônica das impressões digitais, são uma das maiores manifestações da cultura da vigilância para a qual progredimos a passos largos.

A Lei Antidrogas de 2006, a pretexto de desencarcerar o usuário de entorpecentes, gerou um efeito devastador sobre usuários e pequenos traficantes. A lei foi expressão de confusão legislativa, equívoco estratégico e de que as propostas político-criminais não são necessariamente assimiladas por aplicadores da lei. Essa lei ao final foi responsável pela alteração do perfil da população prisional, hoje composta por um alto número de usuários e traficantes de varejo.

Porém duas leis aprovadas mais recentemente são relevantes para figurar aqui, porque são paradigmáticas do novo pensamento criminológico. A primeira delas a Lei 12.258/2010, que autorizou definitivamente o uso da vigilância eletrônica no país em duas modalidades, como complemento à pena de prisão albergue domiciliar e como instrumento de fiscalização de saída temporária. A segunda, a Lei 12.403/2011, abriu o leque de medidas cautelares à prisão provisória, criando 10 medidas supostamente alternativas à prisão provisórias, entre elas a VE. Esta última ainda se encontra sob forte debate doutrinário e seria temerário analisá-la em profundidade nesse momento, pois seu objetivo foi eliminar o binômio prisão-liberdade e criar um novo modelo de vigilância sobre os processados, em que a liberdade e a prisão são os polos de uma variedade de medidas restritivas.

Outras leituras são possíveis a respeito das duas leis acima mencionadas, porém há algo que não pode ser evitado, essas duas leis inauguram a era da vigilância eletrônica no país para aqueles que estão sob o controle da justiça penal<sup>16</sup>.

O que nos parece claro é que, ao contrário de outros países que optaram pela VE explicitamente como forma de punição, como temos mencionado na introdução, o Brasil preferiu implementá-la como instrumento acessório, como meio para assegurar a efetividade de uma outra medida restritiva. Com efeito, a possibilidade de aplicação da VE cumulativamente à outra medida cautelar, prevista na Lei 12.403/2011, parece responder perfeitamente ao propósito do uso da VE, de que ela assegure a implementação de uma pena ou medida restritiva de direitos em meio aberto.

Isso não obstante, Cristina Gonzalez Blanqué (2008) com razão afirma que a vigilância eletrônica pode afetar a liberdade ambulatoria da pessoa monitorada no sentido de condicioná-la a não realizar determinadas atividades, tal como ir à praia ou ao ginásio de esportes, dada a visibilidade do dispositivo, ou mesmo privar-se de tomar banho na praia ou na piscina, uma vez que, especialmente a tecnologia de vigilância por GPS, não o permitiria. Neste sentido, se a intimidade e a liberdade se constituem interesses considerados básicos à pessoa, a vigilância, na medida em que os afeta, assume carga punitiva, do ponto de vista da valoração normativa do conteúdo da sanção.

Quando a Lei 12.258/2010 foi aprovada, algumas empresas já estavam bem estabelecidas no Brasil e com tornozeleiras à disposição dos governos para a efetiva implementação. Em conversa que mantivemos com um dos conselheiros do CNPCP, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, à época da propositura do projeto que veio mais tarde a ser convertido em lei, ele nos disse que 15 dias antes da propositura do projeto, o CNPCP recebeu uma visita das empresas interessadas na implementação da VE para expor a novidade que chegara ao Brasil.

A nova Lei das Medidas Cautelares, por sua vez, parece a uma só vez agradar e desagradar conservadores e liberais<sup>17</sup>. Conservadores, de um lado, criticam na lei a possibilidade de colocar nas ruas um alto número de processados que, ao ser ver, deveriam estar presos, especialmente aqueles que praticam crimes de rua, como furto, roubo, pequenos estelionatos. Por outro lado, também veem na lei a possibilidade de

---

<sup>16</sup> Não temos notícia se há no Brasil vigilância eletrônica sobre trabalhadores em empresas.

<sup>17</sup> Falamos em conservadores e liberais no aspecto político, aqueles advogam a responsabilidade individual e enxugamento dos governos, os últimos pela responsabilidade do governo em promover igualdade social.

reduzir custos, pois ela tem a vantagem de transformar a casa em prisão, ou seja, combinados VE com prisão domiciliar, o Estado manteria processados sob permanente vigilância sem arcar com altos custos para tanto. A própria pessoa arcaria com os custos de estar presa. O que a Constituição chama de asilo inviolável do indivíduo, agora é o asilo permanentemente vigiado.

O seguinte trecho de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Habeas Corpus nº 0056753-94.2011.8.26.0000, confirma que dissemos acima.

Consta nos autos que a decisão da regressão de regime resultou do descumprimento das condições impostas. Tal descumprimento refere-se ao fato do paciente, no período de indulto natalino, ter se ausentado dos limites do endereço onde deveria permanecer para o cumprimento do benefício. O MM. Juiz de Direito determinou a regressão nos seguintes termos: “recolher-se ao endereço declinado e nele permanecer durante todo o tempo de saída temporária (**nos períodos diurno e noturno**), não podendo dele se ausentar antes da data marcada para retornar ao presídio, salvo mediante prévia autorização judicial ou por justo motivo comprovado por documento (artigo 6 parágrafo 1º, d Portaria nº 5/2010)”. (grifo nosso)

Liberais, por sua vez, reconhecem na lei a possibilidade de não manter presas pessoas desnecessariamente, quando há alternativas eficazes de se manter o controle, porém observam nela um potencial expansivo da teia punitiva, ou seja, a Lei das Medidas Cautelares pode de efeito contrário do prometido, qual seja, o de ser uma alternativa à liberdade e não uma alternativa à prisão.

A seguinte decisão em Habeas Corpus, HC Nº 0024224-22.2011.8.26.0000 3, questiona a legalidade da portaria citada acima com respeito ao recolhimento à residência no período diurno.

Em 15 de junho de 2010 entrou em vigor a Lei 12.258, que, entre outras alterações, acrescentou o § 1º ao art. 124 da Lei de Execução Penal. Estatui o novo dispositivo que "ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: II - recolhimento à residência visitada, no período noturno" (grifei). Como se vê, trata-se de imposição predeterminada por lei, não abrangida pelo poder discricionário do Juiz e que, assim, não pode ser modificada por portaria, norma de hierarquia inferior, principalmente se prejudicial ao sentenciado, como na hipótese. Ademais, a condição de nunca se ausentar de casa durante o gozo da saída temporária desvirtuou o objetivo precípuo da benesse, qual seja, a reintegração do paciente à sociedade.

Por fim, cabe destacar que essas duas leis foram gestadas dentro de um discurso afirmador da efetividade do sistema de justiça, a preocupação por maior

eficácia e racionalidade na prestação jurisdicional. Manutenção da ordem e redução de custos com a justiça foram os discursos predominantes na defesa dessas duas leis<sup>18</sup>.

A chamada castração química para aqueles que praticaram crimes sexuais, que vem ganhando espaço nos discursos de congressistas e especialistas, inclusive tramita no Congresso Nacional projeto com o fim de aprová-la, e tem sido proposta até em São Paulo como medida administrativa regulamentar e não como sanção (PL 215/11), ao nosso ver também reflete a forma de pensar a partir do risco.

Ao nosso ver, a metodologia seguida por Garland (2001) ao recorrer à genealogia das atuais práticas punitivas dentro do processo histórico das últimas décadas, deve ser complementada com a análise realizada por historiadores do sistema de justiça criminal brasileiros porque aqui a tradição autoritária operada no seio de uma sociedade extremamente desigual e estratificada, cujos segmentos mais baixos, para utilizar a expressão de Jessé de Souza (2009), são geridos autoritariamente, é que se constitui fator determinante tanto das propostas de Política Criminal quanto das reais práticas punitivas.

De acordo com Campos (2010), essas leis e as leis que concedem privilégios (prisão especial aos militares, foro privilegiado) fazem parte da estratégia de controle social na forma piramidal exercido de forma repressiva, já que, a aplicação de muitas destas normas (e os sujeitos objetos destas normas) aqui discutidas não se dá de modo universal, mas de forma extremamente hierarquizada. Nesse sentido, leis como RDD, Crimes Hediondos, Nova lei de Drogas são iniciativas decorrentes do processo de incriminação caracterizados pela sujeição criminal, no sentido da incriminação feita a partir de estereótipos sociais subordinados muitas vezes a pobreza urbana.

Campos completa que, juntamente com esta tendência, encontramos uma série de leis promulgadas que ampliaram direitos e garantias fundamentais dos acusados. Nessa perspectiva os Juizados Especiais Criminais, as Penas Alternativas de Liberdade, a criação do CONANDA, da Defensoria Pública, a promulgação do ECA foram medidas legais que visaram modificar o quadro acima buscando, ao menos no plano da norma, o princípio de igualdade formal.

Para Roberto DaMatta (1997) vivemos em uma sociedade relacional, que vive do dilema entre: leis universalizantes, da ideologia igualitária e individualista; e uma estrutura hierarquizada, das relações pessoais e desiguais. Essa contradição se

---

<sup>18</sup> Veja-se a pletora de matérias jornalísticas versando sobre a Lei das Medidas Cautelares:

reflete na legislação brasileira, no sistema jurídico dual. O discurso despenalizante e humanitário fortalece a sociedade da igualdade e do respeito aos direitos humanos, mantendo, porém, a lógica classificatória e hierarquizada através da exacerbação das penas, principalmente aumentando a criminalização e a seleção de populações vulneráveis.

Kant de Lima (1996) afirma que nossa estrutura judiciária é compartimentalizada, portadora de várias justiças, todas incapazes de universalizarem-se, porque funcionam legítima e oficialmente com distintos princípios. Seus trabalhos analisam a convivência paradoxal de dois modelos de ordem pública e social no Brasil; as hierarquias excludentes e hierarquias includentes. No modelo de hierarquias includentes tem-se uma sociedade individualista e igualitária, semelhante a um paralelepípedo. A sociedade se imagina como constituída de elementos substancialmente diferentes, mas formalmente iguais e, portanto, opostos, móveis e intercambiáveis em inúmeras combinações possíveis: os chamados indivíduos. De outro lado nas hierarquias excludentes, a sociedade compara-se a uma pirâmide, ela é feita de segmentos diferentes e desiguais, mas fixos e complementares. As posições são naturais e inevitavelmente desiguais, e para a estrutura ser mantida depende da manutenção de tal desigualdade, da mesma relação de elementos diferentes e desiguais.

Segundo Campos (2010), estes dois modelos presentes na ordem social brasileira produzem um sistema penal e punitivo diferenciado para acomodar lógicas distintas: da igualdade e da hierarquia. A contradição na legislação jurídica brasileira dos últimos anos que atuou em sentidos opostos: o endurecimento e aumento das penas e a despenalização de alguns delitos, reflete as contradições existentes no seio da sociedade e reconhece a existência de pessoas substancialmente diferentes; a elas são atribuídas motivações diferentes, conflitos diferentes e uma justiça diferente para cada uma delas.

Por último, cabe destacar que muito do que foi dito acima acerca da história da legislação aprovada e da forma de pensar o controle do crime no país, não reflete necessariamente o que se passa em todas as regiões do Brasil. Boa parte da legislação aprovada e dos discursos penais veiculados na mídia correspondem ao que ocorre nos grandes centros da região sul. Segundo Frade (2007), dos estados mais proponentes, São Paulo foi o líder porque apresentou 114 proposições; seguido por Rio de Janeiro com 100; Rio Grande do Sul com 57; Minas com 46; Distrito Federal com 45; Paraná e Goiás apresentaram 31 propostas. E segundo Campos (2010), os dados

referentes aos Estados e Regiões indicam que São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo representam 60% da produção legislativa na área de segurança pública e justiça criminal.

### **CAPÍTULO 3 - DESCENTRALIZAÇÃO DO USO DA FORÇA FÍSICA E CRISE DO ESTADO-NAÇÃO**

A questão a ser levantada neste capítulo relaciona as alterações contemporâneas no controle do crime, especialmente o deslocamento do foco para estratégias preventivas, gerenciamento de risco, controle da criminalidade, com a capacidade do Estado em prover ordem social, num contexto em que se fragmenta e se multilateraliza a responsabilidade pela prevenção ao crime. A pergunta que colocamos é, na mesma linha de Loader e Sparks (2007), podem os modernos Estados soberanos, considerados por dois séculos os pivôs centrais na produção da ordem social, manterem-se como únicos garantes da paz civil e tranquilidade pública? Dentro desse contexto, é possível falar em crise do Estado-Nação, ao menos na concepção formulada por Weber de Estado enquanto monopolizador do uso legítimo da força física?

Alguns autores (Osborne e Gaebler, 1992; Loader e Sparks, 2007) entendem que o papel do Estado na contemporaneidade é o de remar menos e timonar mais (*less rowing more steering*), ou seja, oferecer menos serviços diretos de segurança e ocupar o papel de orientador da política de segurança pública e regulador de sua implementação, deixando para iniciativa privada a tarefa de prestar imediatamente esses serviços.

Retomando a perspectiva já clássica de Max Weber, o Estado Moderno se funda na centralização do uso legítimo da força física, o Estado é entendido como comunidade humana que nos limites de determinado território, reivindica o monopólio do uso legítimo da força física, este estado expropria de qualquer outro grupo o direito de fazer uso da violência, a não ser em casos em que o próprio Estado o tolere. O Estado se torna, portanto, na única fonte de “direito à violência. (Weber, 1993).

Ainda segundo Weber:

Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.

Para Weber as expropriações dos bens privados teriam sido cruciais para a consolidação desse órgão centralizador. A afirmação do público sobre o privado surge

com a proibição da formação de exércitos particulares. A legitimação dessa concentração do poder se deu por meio do direito. Com o monopólio da força, o Estado impõe-se sobre todos os indivíduos e associações como único legitimado a fazer uso da coação física, permitindo aos demais o uso da força somente em situações excepcionais. (Weber, 2004; Silva, 2008)

Exemplo de excepcionalidade de violência legítima praticada por particulares na ordem jurídica interna, encontra-se nos casos de estado de necessidade e a legítima defesa, em que o Estado legitima o uso já consumado da força física por não ter podido atuar em favor daquele que se obrigou à prática da violência para evitar um prévio ato de violência iminente ou atual contra si ou contra outrem.

Sérgio Adorno (2007) entende que o conceito weberiano de Estado envolve, pelo menos, três componentes essenciais: monopólio legítimo da violência, dominação e território. Para ele o estado moderno é justamente a comunidade política que expropria dos particulares o direito de recorrer à violência como forma de resolução de seus conflitos (pouco importando aqui a natureza ou o objeto que os constitui). Na sociedade moderna, não há, por conseguinte, qualquer outro grupo particular ou comunidade humana com "direito" ao recurso à violência como forma de resolução de conflitos nas relações interpessoais ou intersubjetivas, ou ainda nas relações entre os cidadãos e o estado.

Adorno afirma que, sob esta perspectiva, é preciso considerar que, quando Max Weber está falando em violência física legítima, ele não está sob qualquer hipótese sustentando que toda e qualquer violência é justificável sempre que em nome do Estado. Fosse assim, não haveria como diferenciar o Estado de Direito do poder estatal que se vale do uso abusivo e arbitrário da força. Justamente, por legitimidade, Weber está identificando limites ao emprego da força. Esses limites estão, em parte, dados pelos fins da ação política que dela se vale. São duas as situações "toleráveis": por um lado, emprego de força física para conter agressão externa provocada por potência estrangeira e assegurar a independência de estado soberano; por outro, emprego da força física para evitar o fracionamento interno de uma comunidade política ameaçada por conflitos internos e pela guerra civil. Em nenhuma dessas circunstâncias, porém, a violência tolerada desconhece limites. Esses limites estão ditados pelos fundamentos que regem a dominação. Na sociedade moderna, a violência legítima é justamente aquela cujos fins - assegurar a soberania de um Estado-nação ou a unidade ameaçada de uma sociedade - obedece aos ditames legais. Portanto, o fundamento da

legitimidade da violência, na sociedade moderna, repousa na lei e em estatutos legais. Aqueles que estão autorizados ao uso da violência o fazem em circunstâncias determinadas em obediência ao império da lei, isto é, aos constrangimentos impostos pelo ordenamento jurídico. Legitimidade identifica-se, por conseguinte, com legalidade.

Deste modo, o monopólio estatal da violência não significa apenas o exercício exclusivo da violência, porém o monopólio exclusivo de prescrever e por conseguinte de interditar a violência.

O monopólio do uso da força no Brasil seguiu, porém, um caminho diferente daquele percorrido pela Europa. Para Michel Misse (1999), o monopólio estatal da violência no Brasil não foi resultado de um processo endógeno, civilizatório, mas da tensão entre as oligarquias que controlavam seus domínios através do pacto colonial e do escravagismo, e a administração colonial, depois, imperial, que o aperfeiçoou, mas não conseguiu generalizá-lo a todas as classes e regiões do país. O monopólio jamais foi completo em todo o país e sua necessária contraparte, a normalização dos comportamentos, seguiu um tortuoso percurso histórico nas elites brasileiras. Se avançamos para algumas regiões do Norte e do Centro-Oeste brasileiro, onde o Estado nunca chegou plenamente com suas instituições. Há vastas regiões nas quais só existe uma autoridade em caráter permanente, que é a polícia militar ou a guarda municipal, cujo papel vai desde a prisão, a instauração de inquérito e manutenção na prisão por tempo indeterminado, até a execução sumária de ocupantes ou indígenas a mando de grileiros e proprietários de terras.

A noção weberiana de Estado como fonte soberana de leis e monopolizador do poder de coação tem sido criticada por vários autores.

De acordo com Garland (1996), para a maioria das pessoas, o crime deixou de ser uma aberração ou um evento anormal ou inesperado. Ao contrário, a ameaça de crime tornou-se rotineira na consciência moderna, um risco presente na vida cotidiana a ser avaliado e gerenciado do mesmo modo como se faz com o trânsito nas ruas - outro perigo moderno que tem sido otimizado e 'normalizado' com o tempo. Altas taxas de criminalidade têm gradualmente se tornado padrão, pano de fundo de nossas vidas - elemento pressuposto da modernidade tardia. Propagandas de travas de segurança ao afirmarem: "um furto de carro ocorre a cada minuto" nos dizem muito a respeito disso - o crime forma parte de nosso ambiente cotidiano, tão constante e incessante quanto o próprio tempo mesmo.

Assim é que para Garland (1996) a percepção de normalidade das altas taxas de crime, somadas ao vasto reconhecimento das limitações das agências de justiça criminal, começaram a minar um dos mitos fundacionais das sociedades modernas: nomeadamente o mito de que os estados soberanos são capazes de prover segurança, a lei e a ordem, e o controle do crime dentro de suas fronteiras territoriais.

Philip Bobbitt (2002) aponta para o fim do Estado-Nação, o qual buscou legitimar-se por meio da assunção de uma série de promessas e responsabilidades e que, durante o que Bobbit chama de Longa Guerra do século 20, que vai desde o início do Primeira Guerra Mundial até o início dos 90, provou ser incapaz de provê-las. O Estado, escreve Bobbitt (2002), existe para reduzir a violência. O Estado teve origem com o estabelecimento do monopólio da violência na esfera nacional. Um Estado que não protege seus cidadãos diante de crimes violentos e não protege a nação ante ataques de outros estados teria deixado de cumprir sua mais básica razão de ser. Após apresentar uma série de eventos reveladores da incapacidade do Estado-Nação em cumprir suas promessas de garantir segurança interna e externa, de prover um estado de bem-estar social e proteger a integridade cultural da nação, Bobbitt (2002), conclui que:

Nenhum Estado-Nação pode assegurar aos seus cidadãos proteção contra armas de destruição em massa; nenhum Estado-Nação pode, pela obediência a suas próprias leis nacionais (incluindo os tratados internacionais) estar seguro de que seus líderes não serão acusados de crimes ou que seus comportamentos serão usados como uma justificativa legal para uma coerção internacional; nenhum Estado-Nação pode efetivamente controlar sua própria vida econômica ou sua própria moeda; nenhum Estado-Nação pode proteger sua cultura e modo de vida contra a exposição e apresentação de imagens e ideias, embora estrangeiras e ofensivas; nenhum Estado-Nação pode proteger sua sociedade contra perigos transnacionais, como a destruição da camada de ozônio, aquecimento global e epidemias infecciosas. E todavia garantir a segurança nacional, a paz civil por meio da lei, desenvolvimento econômico e estabilidade, tranquilidade internacional e igualdade, eram as principais tarefas do Estado-Nação.

Em resposta ao que considera a desintegração do Estado-Nação em virtude de sua deslegitimação, Bobbitt devota um capítulo ao que ele chama de Estado-Mercado, o qual ele concebe como superador do Estado-Nação. Para ele, enquanto o Estado-Nação, com sua educação pública de massa, sufrágio universal, e política de seguridade social, prometeu garantir o bem-estar da nação, o Estado-Mercado promete,

em vez disso, maximizar as oportunidades do povo e com isso tende a privatizar muitas das atividades estatais e fazer do governo eleito e representativo menos influente na resposta ao mercado.

Michel Wieviorka (1997), apresenta crítica similar à noção weberiana de Estado, ao afirmar que o Estado enquanto monopolizador do uso legítimo da força física não parece corresponder ao que nós encontramos hoje, e mesmo a ideia de que outros possam fazer uso da violência legítima desde que tolerados pelo Estado também não se reflete no que contemporaneamente podemos observar. Segundo o mesmo autor, os estados contemporâneos encontram-se enfraquecidos, pois são cada vez menos capazes de controlar a economia que opera em escala mundial por meio da circulação de capitais, de pessoas e de informações. A globalização do crime organizado, em especial no tocante às drogas e armas, não nos permitiria afirmar como quis Weber que o Estado mantém o monopólio da violência. Acrescenta o autor:

Cada vez menos capaz de controlar a economia, o Estado parece, em numerosas situações, obrigado a recuar frente às atividades informais, ao mercado negro e ao trabalho clandestino; o recolhimento de recursos fiscais torna-se difícil de exigir ou justificar, aleatório, e ao mesmo tempo que a economia se privatiza, a violência se privatiza, meio de pilhar o Estado ou de se atribuir os recursos que ele deveria controlar.

.....  
É cada vez mais difícil para os Estados assumirem suas funções clássicas. O monopólio legítimo da violência física parece atomizada e, na prática, a célebre fórmula weberiana parece cada vez menos adaptada às realidades contemporâneas.

No que toca ao tema da segurança pública, alguns autores como Bayley e Shearing (2001), contestam a compreensão de muitos teóricos que seguem a definição weberiana do Estado como detentor do monopólio do uso da força. Para eles, nesta formulação, o Estado-Governo é parcialmente reconhecido pelo controle do policiamento, o que implicaria que a capacidade de autorizar o policiamento indica a existência do Governo e, por essa razão, o policiamento jamais poderia ser privatizado. Para eles, todavia, o policiamento atual encontra-se em processo de radical transformação, a primeira mudança refere-se à separação entre os que autorizam e aqueles que efetivamente realizam o policiamento; a segunda diz respeito aos atores do policiamento, os quais não necessariamente fazem parte do Governo. Como resultado, governos, especialmente governos de Nações-Estado, perderam o monopólio do policiamento. A mudança é paradigmática porque não pode ser entendida em termos

usuais. A atual reestruturação do policiamento envolve mais que “privatização”, ela envolve a indistinção entre público e privado. O novo paradigma também envolve mais do que descentralização ou delegação porque estes termos se aplicam a mudanças dentro de um sistema institucional único. As transformações no policiamento atravessam as fronteiras institucionais. Com o que está ocorrendo hoje os autores optaram por cunhar o termo “multilateralização” para descrever a natureza da reestruturação. Mais importante ainda, segundo estes autores, é que as transformações atuais são paradigmáticas porque o próprio conceito de Estado torna-se problemático. Como o Estado-governo pode ser assim reconhecido se o policiamento já não é uma exclusividade da polícia pública e aqueles que policiam nem sempre estão sob autorização ou mesmo referem ao Governo?

Garland (1996) retrata bem este dilema dos governos que hoje veem a necessidade de recuar ou no mínimo qualificar sua reivindicação de ser o primeiro e mais efetivo fornecedor de segurança e controle do crime, mas eles também veem, de forma clara, que o custo político dessa atitude tende a ser desastroso. A consequência é que nos últimos anos temos testemunhado um padrão de policiamento marcadamente volátil e ambivalente.

No que toca ao tema da justiça criminal e controle do crime, David Garland (2001) aponta que para além do conceito de soberania como competência do Poder Legislativo de fazer ou revogar leis, sem o contraste de outras autoridades legiferantes, o termo se relaciona à suposta capacidade do Estado soberano de governar um território, em face da competição e resistência de inimigos externos e internos. Com o tempo, o controle efetivo da criminalidade e a proteção rotineira dos cidadãos contra a depredação criminosa teria conformado os elementos de uma promessa assumida pelo Estado aos seus cidadãos. Porém, segundo Garland, esta noção de soberania estatal tem-se provado insustentável. Na esfera do controle do crime, como em outras áreas, as limitações da capacidade do estado de governar a vida social em todos os seus detalhes têm se tornado ainda mais explícitas, particularmente na modernidade tardia. Assim, assumindo para si funções de controle e responsabilidades que antes pertenciam a organizações da sociedade civil, o Estado na modernidade tardia está agora diante de sua própria inabilidade de prover níveis de controle da criminalidade de acordo com as expectativas. O problema das autoridades governamentais atualmente é que elas veem a necessidade de renunciar à sua pretensão de ser o principal e efetivo provedor de

segurança e controle do crime, mas veem também que o custo político de tal renúncia pode ser desastroso.

Para Minhoto (2000), tanto do ponto de vista interno à territorialidade nacional, quanto do ponto de vista internacional, as bases de sustentação da categoria moderna de soberania estão a sofrer um processo de crescente erosão. Sob a hegemonia das grandes companhias transnacionais, o que outrora estava na pauta do Estado, suas competências e instrumentos decisórios, foi deslocado para a esfera de instituições multilaterais e privadas.

Como as empresas tendem a concentrar-se na ponta leve do sistema, um sistema penitenciário de duas camadas pode vir a estabelecer-se, no âmbito do qual as companhias se apropriam da fatia menos problemática e teoricamente menos custosa da população carcerária, contribuindo assim para ao agravamento do processo de precarização dos estabelecimentos públicos. (Minhoto, 2000)

Do ponto de vista ético, a privatização vem sendo criticada basicamente por extrair lucros do sofrimento humano: trata-se de gente que fica rica na proporção de pena que consegue infligir.

Minhoto (2000), embora enfatize o viés político da questão, ao nosso ver, revela preocupação ética ao referir que o envolvimento do setor privado na esfera penitenciária tem despertado dúvidas quanto à compatibilidade entre a natureza pública do processo de tomada de decisões inerente à formulação da Política Criminal e a finalidade lucrativa das empresas. Há o receio de que os interesses privados das companhias passem a influir crescentemente na definição dos termos e na condução da Política Criminal.

Radicalmente contrário à proposta de privatização da segurança pública e mais ainda da punição, Andrew Coyle (2003) assevera que há um pequeno número de situações em que o Estado não está preparado para a permitir uma economia mista, a defesa nacional seria um exemplo óbvio. Todos os serviços armados permanecem sob controle do governo. Exércitos privados ou mercenários não são permitidos em países democráticos. O Judiciário é um outro exemplo onde empreendimento privado não está autorizado. Proteção do público tem se tornado uma zona cinzenta nos últimos anos. Empresas de segurança privada abundam no momento em algumas áreas e superam a polícia em números, mas as responsabilidades centrais para a ordem pública e investigação criminal ainda dependem de agentes públicos.

Minhoto (2000), levanta a mesma preocupação ao frisar que o direito de privar um cidadão da liberdade, e de empregar a correção, que o acompanha, constitui uma daquelas situações excepcionais que fundamentam a própria razão de ser do Estado, figurando no centro mesmo do sentido moderno de coisa pública e, nessa medida, seria intransferível.

Tudo isso, defesa nacional, judiciário e policiamento são o que pode ser chamado “prestadores com monopólio”. A provisão igualitária desses serviços é considerada como sendo tão essencial para o bem das sociedades democráticas, o que se sobrepõe a qualquer outra consideração, tais como lucro ou perda. Na era moderna, até recentemente, a atribuição de privar cidadãos de sua liberdade era uma outra função que foi considerada como monopólio do Estado por razões similares. A liberdade individual era tão sagrada que somente o Estado poderia retirá-la após o devido processo e somente o Estado poderia administrar a punição aplicada por seus próprios tribunais. (Coyle, 2003).

Recorremos aqui aos questionamentos de Pietro Costa (2010) sobre o conceito de Estado. Se assumimos a noção weberiana de Estado, em que o monopólio do uso da força física constitui elemento inerente ao conceito, sem o qual não haveria Estado. Acontece que o termo estado, como bem afirma Pietro Costa, contempla múltiplos usos. Porém uma distinção metódica permitiria abordá-lo desde uma perspectiva instrumental, que este se configura como uma forma política de uma determinada sociedade, autorizando-nos a falar em Estado feudal, Estado Absoluto, Estado brasileiro, Estado Francês ou poderíamos abordá-lo desde uma perspectiva do Estado como objeto de análise, tomando em conta sua noção histórico-teórica. Esta segunda noção de Estado oferecida por Pietro Costa confere melhor flexibilidade ao conceito de Estado, pois permite afirmar que este é resultado de um processo histórico e que portanto, as previsões de Bobbitt sobre o declínio do Estado-Nação e o surgimento do Estado-Mercado apontariam justamente para estas transformações operadas historicamente na noção de Estado. Do mesmo modo, Wieviorka, ao relativizar a noção weberiana de Estado, não a nega, porém afirma que o estado a qual assistimos hoje não corresponde à conceito proposto por Weber.

Do ponto de vista jurídico, essa questão tem vital importância, pois implica em consciência das consequências ao justificar constitucionalmente a delegação por parte do Estado da tarefa de garantir a ordem pública. Nesse sentido, Minhoto (2000) assevera que ao invocar a Constituição contra ou a favor da possibilidade de

delegação, o jurista, conscientemente ou não, ao se ater a questões técnicas, discute facetas do problema real em causa: a soberania do Estado, o monopólio da coerção, as fronteiras entre o público e o privado.

John Braithwaite (2000) traz importante contribuição para nosso estudo ao descrever os impactos do que chama o novo Estado regulador sobre a criminologia. Para ele a tendência na política governamental caminha do abandono do estado de bem estar segundo as técnicas keinesianas de gerenciamento para uma nova forma de estado regulador, fundado na combinação neoliberal da concorrência de mercado, instituições privatizadas, e formas de regulação por parte do estado operadas a distância e descentralizadas.

Estas novas formas de regulação, segundo o autor, estão baseadas no reconhecimento de novas forças sociais e mentalidades, particularmente a globalização da lógica do gerenciamento de risco e irão progressivamente reconfigurar os campos social e político de modo influenciar o policiamento e o controle do crime. (Braithwaite, 2000).

Alguns, como Craig Patterson (2009) irão afirmar que a vigilância eletrônica ingressa nesse contexto do que ele chama de subcontratação da soberania estatal para permitir que a iniciativa privada ingresse no que antes era monopolizado pelo Estado. A vigilância eletrônica deve ser pensada, ao nosso ver, dentro desse processo de subcontratação, onde o estado ocupa cada vez mais o papel de timoneiro e a iniciativa privada de remadora. Do ponto de vista ético há que se questionar se a privação ou restrição da liberdade individual pode articular-se com fins econômicos, ou seja, se é eticamente correto ocupar-se da privação da liberdade alheia para com isso realizar lucro.

## CAPÍTULO 4 – CULTURA DO RISCO E CRIMINOLOGIA ATUARIAL

Neste capítulo buscaremos demonstrar a influência do discurso do risco na criminologia. O pensamento criminológico<sup>19</sup>, desde Beccaria, buscou revelar aspectos distintos do fenômeno da criminalidade. A Escola Clássica preocupou-se com o estudo do crime. O segundo tema de interesse seria o autor do crime, cujo principal representante foi Césare Lombroso. A sociologia americana que depois veio a fundar a Escola de Chicago buscou relacionar o temas anteriores (crime e autor) com análises ligadas aos seus contextos geográficos e culturais. Mais recentemente, a partir das contribuições do interacionismo simbólico, as preocupações focaram-se nas audiências criminais (polícia, prisão, juízes, sociedade) responsáveis por etiquetar o que é crime e quem é o criminoso e, por fim, o olhar sobre as estruturas sociais e os modos de produção como definidoras de quem será criminalizado e punido.

Nas últimas duas décadas, sem desconsiderar o arcabouço analítico produzido por várias linhas teóricas da criminologia, podemos dizer que o risco tem emergido como novo paradigma criminológico. Como bem aponta Braithwaite (2000), o tradicional foco da criminologia sobre crimes de rua e sobre as instituições policiais, cortes e prisões perde relevância diante dos novos danos, riscos e mecanismos de controle que emergem atualmente.

Beck (2004) definiu o que se chamaria sociedade do risco, como aquela que, junto aos progressos da civilização, apresentava a contrapartida da produção de novos riscos estreitamente vinculados àqueles progressos. Por exemplo: perigos nucleares e ambientais. Hoje em dia, como ele mesmo tem destacado a lista de riscos poderia ser ampliada: riscos laborais, (precariedade, flexibilização das relações de trabalho e de demissão), os de tipo sanitário-alimentar (contaminações, adulterações, transgênicos, pestes, bovina e suínas) os derivados de alta acidentalidade (mortes em acidentes de veículos, acidentalidade laboral muito alta) os próprios dos desajustes psíquico-emocionais, os derivados das patologias de consumo (anorexias, bulimias).

Se tomamos em conta os riscos em sentido amplo, eles não são uma invenção da modernidade. Porém os riscos pré-modernos podem ser definidos em um

---

<sup>19</sup> A criminologia, todavia, somente ganhará status de ciência mais tarde com o positivismo. Conferir Anitua (2005).

grau maior como riscos mais pessoais que coletivos ou globais, tais como os de origem nuclear, característica da modernidade (Cf. Mitjavila, 1999). No primeiro caso, de acordo com Beck (2004), os discursos sobre o risco supõe expressões de coragem e aventura e não de ameaça de autodestruição da vida em sua totalidade. Luhman (1992) faz a mesma distinção, mas utilizando os termos perigo e risco, remetendo ao nível de observação que cada um deles se refere. Nas duas situações se alude a uma insegurança com relação a danos futuros, de acordo com duas possibilidades. Quando o possível dano provocado exteriormente, ou seja, quando se atribui ao meio ambiente, estamos falando de perigo; porém se o eventual dano vem como consequência de uma decisão, estamos tratando de risco. A progressiva institucionalização do risco sob esta segunda forma é o que o converte uma das marcas distintivas da modernidade.

Mitjavila (1999) faz notar que não significa que hodiernamente existam mais riscos que no passado. O que acontece é que hoje se constitui em prática generalizada pensar em termos de riscos e em sua avaliação, tanto entre especialistas quanto entre a população em geral. O clima de risco na modernidade é perturbador para qualquer um e ninguém pode evitá-lo. Os riscos associados à experiência da modernidade tardia diferem das formas precedentes com relação ao tipo de institucionalização que experimentam.

A autora (Mitjavila, 1999) recorda ainda que o desenvolvimento do que Giddens (1991) referiu como riscos ambientais institucionalizados seria um exemplo do tipo e grau de institucionalização que a experiência do risco assume contemporaneamente. Trata-se de sistemas que afetam virtualmente qualquer um, com independência ou não de sua participação. Ainda aqui, deve-se destacar a definição do que se pode entender por risco institucionalizado no sentido moderno da expressão. A diferença entre sistemas institucionalizados e outros parâmetros de risco está em que os riscos que se corre não são algo acidental, são mais bem constitutivos de tais sistemas. Os contornos dos riscos institucionalizados conectam de múltiplas maneiras os riscos individuais e os coletivos.

Mitjavilla (1999) afirma que a percepção social dos riscos parece haver experimentado importantes modificações se comparada com as formas de percepção social dos perigos no passado. Os novos parâmetros de risco incluem o surgimento de sua consciência pública, assim como o reconhecimento das limitações dos sistemas especializados em resolver a gestão dos riscos, incluindo a percepção do risco como risco. Essa maior presença do risco nos discurso da vida contemporânea implica que

ele ilumina o funcionamento normal da sociedade. Com Luhmann (1992) deve-se perguntar, por que na atualidade ganha espaço a concepção de ameaça em termos de risco e não de destino, perigo ou qualquer outra forma. Não há dúvida de que a ideia de risco tende a colonizar atualmente as especialidades científicas e técnicas mais diversas. Ao cálculo estatístico tradicional de risco, se soma agora a investigação econômica, especialmente ao nível das conexões entre as teorias macro e microeconômicas, para utilizar uma de suas referências mais expressivas.

Ainda segundo Mitjavila (2002), essa diversidade de áreas e circunstâncias nas quais o risco parece intervir pode ser melhor compreendida se forem observados os principais traços que seriam comuns a todas elas. Tratam-se de elementos que contribuem para explicar a enorme expansão do risco como dispositivo de conhecimento e de poder e seu comportamento relativamente uniforme nesses sentidos. Essas dimensões, segundo a autora, podem ser agrupadas da seguinte forma:

(I) a crescente reflexividade da vida social moderna e a adequação da lógica do risco aos processos de individualização e responsabilização dos agentes sociais individuais;

(II) o desenvolvimento de novas tecnologias baseadas em sistemas de informação que combinam o registro de dados individuais com a gestão tecnocrática das populações, assim como suas consequências em termos de uma também nova divisão do trabalho entre os agentes técnicos que participam na fixação de destinos homogêneos para os indivíduos que possuem os mesmos fatores de risco;

(III) a institucionalização do caráter *autorreferente* do risco como mecanismo de arbitragem social: as decisões passam a ser tomadas, não em função do que efetivamente acontece ou acontecerá, e sim a partir da probabilidade de que algum evento – sempre ou quase sempre indesejável – possa ocorrer;

(IV) finalmente, a conversão do risco em instrumento de caráter universal e versátil para dirimir questões sociais, na medida em que responde a uma sintaxe uniforme, propriedade que favorece sua conversão em veículo de múltiplos significados e fins sociais.

Se olharmos para a segurança pública e a Justiça Criminal, pensar a partir do risco sempre foi assumido como pensar a partir do Estado de Polícia, de modo que o penalista procurou sempre reduzir ao máximo o vão entre o risco e o dano concreto. O Direito Penal do dano ao bem jurídico penalmente tutelado posou sempre

como um Direito Penal garantista contra intervenções estatais baseadas em dano potencial. Esta expressão do Estado de Polícia, aquela expressão do Estado de Direito.

Ericson e Haggerty (1997) têm defendido que tanto o policiamento quanto a sociedade, na qual aquele opera, são melhores entendidos em termos do paradigma do risco.

As possibilidades das sociedades de mercados neoliberais contemporâneos dependem de probabilidades de gerenciamento de riscos institucionalizados em relação a territórios, seguranças, carreiras, identidades e organizações. A polícia ajuda a transformar possibilidades em probabilidades reagindo a demandas institucionais por conhecimento de riscos. A polícia junta eventos e populações através de classificações fornecidas por outras instituições que querem trazer pessoas à existência para suas próprias necessidades de gerenciamento de riscos. (cf. Ericson e Haggerty, 1997)

Segundo esses autores, a polícia se organiza em torno de um sistema de comunicação de risco. As instituições policiais tendem a voltar-se para o gerenciamento de riscos e para tanto o planejamento de sua ação depende de conhecimento obtido de outras agências do sistema de justiça. Todas as organizações desenvolvem sistemas de comunicação, normas, formas e tecnologias, para lidar com a incerteza.

Ericson e Haggerty (1997) comentam que a ênfase do controle da criminalidade tem se voltado para o gerenciamento do risco de crime. Como um sistema cujo principal mecanismo de coordenação é o conhecimento, a Justiça Criminal procura por suspeitos para transformá-los em objetos de conhecimento a fim de atingir os propósitos de gerenciamento de risco. O foco na eficiência na punição cede espaço para a eficiência na produção e distribuição de conhecimento útil para o gerenciamento de populações suspeitas. Conhecimento é preferível à coerção quando possível, embora coerção seja algumas vezes necessária para obter conhecimento. No lugar dos direitos ao devido processo legal do suspeito, o que encontramos agora são os direitos do sistema de vigilância para acessar o conhecimento necessário ao gerenciamento de riscos. (Cf. Ericson e Haggerty, 1997).

Basta verificar as aprovações de leis e constantes manifestações dos tribunais superiores a respeito das interceptações telefônicas por meio da Polícia Federal para se ter uma noção de que há uma nítida reorientação no foco do controle do crime, que tende a abandonar o velho paradigma da coerção direta, disciplina, correção e ressocialização de indivíduos para voltar-se à produção de conhecimento com vistas à

classificação dos grupos de riscos, obtenção do máximo possível de informação para um melhor e eficiente gerenciamento de riscos.

Importante apontar aqui que há uma mudança de paradigma, em que o discurso do risco penetra o discurso das ciências. A Dogmática<sup>20</sup> jurídico-penal já há um tempo incorporou este discurso, confirma isso o número de publicações relacionando Direito Penal e sociedade do risco nas duas últimas décadas. O discurso do risco demanda reflexão sobre a influência da Política Criminal sobre a Dogmática, ou no mínimo a tensão entre as duas. De alguma forma, a Dogmática penal já incorporou o discurso do risco, optando por um Direito Penal aberto, e isso significa que as fronteiras entre política criminal e Dogmática estão abertas. O que para nós, porém, está em questão é em que medida o discurso do risco dispensaria a Dogmática jurídico-penal.

Para estes autores (Ericson e Haggerty, 1997), o controle do crime nos últimos anos desvia o foco da transgressão para o risco. A transgressão representa o mal, é pecaminosa e representa uma violação da ordem moral. Já o risco de transgressão possui a vantagem de mirar para o duplo aspecto, identifica o problema e o procedimento, ou seja, olha para a transgressão não mais como um fato consumando, mas para ela como um perigo. A perspectiva do risco irá pois oferecer procedimentos e tecnologias para esquemas classificatórios, cálculos probalísticos, e formatação de comunicação para lidar com os vários perigos. O risco constitui uma invenção baseada num medo imaginado e imaginárias tecnologias para lidar com eles. Com efeito, o conceito de risco é um construto das tecnologias de seguro. Ele transforma pessoas, suas organizações, e seu ambiente em uma miríade de categorias e identidades que irão torná-las melhor gerenciáveis. Concebe pessoas e suas organizações de acordo com

---

<sup>20</sup>A Dogmática jurídico-penal encontra seu paralelo na Dogmática teológica. Assim como a Dogmática teológica ocupa-se do estudo dos dogmas fundamentais da fé, a Dogmática penal ocupa-se da interpretação da norma jurídico-penal, entendida como dogma. Direito Penal, iniciais maiúsculas, será, nesta obra, utilizada como sinônimo de Dogmática jurídico-penal. Na mesma esteira encontra-se Emiliano Borja Jiménez (2003) ao dizer "Direito Penal maiúsculo como sinônimo de Dogmática penal e Direito Penal minúsculo como sinônimo de conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelo estado que se caracterizam por atribuírem ao delito ou à periculosidade criminal derivada da perpetração de um ato antijurídico, entendidos como pressuposto, a pena e/ou a medida de segurança, entendidas como consequência". Para Roxin (2004) Dogmática é definida como a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização e desenvolvimento dos preceitos legais e das opiniões científicas no âmbito do Direito Penal. Conferir também Muñoz Conde (1975), Gimbernat Ordeig (2002).

seus próprios sistemas referenciais de racionalidade em vez de fazê-lo em termos de questões morais e problemas éticos.

Como outros já têm notando (Hudson, 2001), o cometimento de um crime já não é mais necessário como prova de ser perigoso ou de que se oferece algum risco. Periculosidade<sup>21</sup> e risco aparente são propriedades dos dados mesmos, que são construídos a partir do que antecipadamente se reputou como “fatores de risco”. A condenação por uma ofensa ou séria ameaça de dano concreto como critério de avaliação de risco foi substituída pela categoria suspeitos. As pessoas são avaliadas como portadoras de risco com base no que antecipadamente especialistas responsáveis pelo policiamento preventivo consideraram características do que se constitui fatores de risco.

Ericson e Haggerty (1997), recordam porém que o risco não evita moralidade; mas fundamentalmente altera a base da moralidade, ele comporta uma moralidade utilitarista. Pessoas, organizações, e ambientes são classificadas em quaisquer categorias que se ajustem aos propósitos da instituição que deseja torná-los previsíveis.

Ao que aqui interessa, no âmbito da cultura penal, Iñaki Rivera Beiras (Dobón e Beiras, 2006), escreve que, enquanto umas das diversas respostas para governar as crises (management), as propostas político-criminais consistiram no desenvolvimento de uma linha conhecida como criminologia administrativa ou atuarial, que apresenta certas características: impõem uma gestão de riscos que restará sobretudo em mãos estritamente administrativas, as quais importará, fundamentalmente, regular comportamentos para evitar riscos (já não, como outrora, mudar as mentes). Por isso, deve-se fazer um verdadeiro inventário dos riscos a controlar/evitar. Existem já exemplos muitos claros disso: instalação de câmeras de vídeo de vigilância nas ruas, regulamentações das proibições de sair a noite a jovens de certas idades (seja com toques de recolher ou controles noturnos), para evitar o contato dos jovens com o risco da noite, com o risco do delito, em altas horas, proibições de venda de álcool para evitar os riscos. Todas têm certas características em comum: atuam quando ainda não se cometeu delito algum, mas não se aplicam a uma pessoa em concreto, senão a um grupo

---

<sup>21</sup> Aqui vale a mesma advertência feita ao conceito de risco na introdução, o conceito de periculosidade articulado no texto não é um atributo do indivíduo inimputável, mas medida probabilística de eventuais danos futuros, o que foi reputado por técnicos como fatores de risco genérico. Mesmo quando referida a pessoas, estas são consideradas como agregados, cuja de periculosidade foi predeterminada sem vínculo com histórico pessoal, mas a partir de indicadores e estatísticas.

ou categoria de pessoas, o que se faz para evitar os riscos que são imagináveis, ou seja, previsíveis. Esta tarefa não é desenvolvida por juízes (para casos concretos), mas por administrações públicas, para grupos inteiros da população. Ademais, tudo isso pode ser reforçado com novos sistemas de segurança urbana, circuitos internos de TV, vigilância eletrônica de presos, instalados com caráter geral para a prevenção de possíveis delitos/riscos); o que poderá abrir as portas para empresas privadas instalarem suas máquinas, seus sistemas de identificação, suas vídeo câmeras (e muitíssima tecnologia punitiva que está surgindo para aumentar a indústria). Obviamente, já não se trata de reabilitar, mas de vigiar.

Como bem aponta David Garland (1997), em contraste com antigas criminologias, as quais assumem que o indivíduo infrator poderia ser diferenciado e corrigido, este arcabouço teórico vê o crime como evento normal e mundano, e que não supõe uma disposição especial ou anormalidade da parte do infrator. O crime é visto com fenômeno de rotina, como algo que acontece no curso dos eventos, em vez de uma quebra da normalidade, a qual deva ser explicada. A conduta diária da vida econômica e social oferecem inúmeras oportunidades para transações ilegais. Vistos em massa, eventos criminosos são regulares, previsíveis, sistemáticos, do mesmo como acidentes de trânsito também o são. Conclui-se disso que a ação em relação ao crime deveria voltar-se primariamente não aos indivíduos transgressores, mas sim uma ação destinada a governar a rotina econômica e social.

Garland acrescenta (1997) que o foco de atenção deixa de ser os indivíduos para voltar-se aos agregados, de casos específicos para fluxos populacionais, e de uma justiça individualizada para a o gerenciamento de recursos.

A criminologia atuarial ou nova penologia, que foi mais bem o fruto de constatação de especialistas do que da elaboração teórica de alguns pensadores, foi descrita em um clássico artigo de Feeley e Simon (1992). Segundo eles, a emergência de novos discursos: em particular, a linguagem de probabilidade e risco progressivamente substitui os antigos discursos de diagnose clínica e reprovação penal; a formação de novos objetivos para o sistema de justiça: os objetivos que temos em mente não são simplesmente novos para o sistema mas são em algum sentido “sistêmicos”. Interessa-se na progressiva primazia dada à eficiência dos processos de controles internos do sistema no lugar dos tradicionais fins reabilitadores e controle da criminalidade. Finalidades como redução da reincidência sempre foram determinantes no ajustamento interno do sistema de alguma forma, mas agora qualquer referência

externa ao próprio sistema tem sido atenuada. Por fim o emprego de novas técnicas apontam para agressores como agregados no lugar das tradicionais técnicas de individualização. O Direito Penal clássico concentra-se no indivíduo; o indivíduo é a unidade de análise, o que se evidencia no processo criminal. A legislação penal preocupa-se com intenção, o dolo, como fundamento da responsabilização criminal. O Direito Penal clássico erigiu anteparos ante a condenação criminal para testar a prova e proteger o indivíduo acusado do Estado. A pena criminal foi fundamentada dentro das conhecidas teorias da pena. (Feeley and Simon, 2002)

Em contraste, a nova penologia está marcadamente menos preocupada com a responsabilidade, culpa, sensibilidade moral, diagnose ou mesmo intervenção ou tratamento do indivíduo infrator. Ao contrário, está mais preocupada com técnicas para identificar, classificar, e gerenciar grupos selecionados por sua periculosidade. A tarefa é gerencial, não transformadora. Procura regular os níveis de desvio, e não intervir ou responder ao desvio ou má socialização individual. Embora a nova penologia seja muito mais do que discurso, sua linguagem revela esta mudança de forma veemente. Ela não fala de indivíduos com deficiências e suas necessidades de tratamento ou de pessoas moralmente irresponsáveis que possam ser criminalmente reprovadas por sua culpabilidade. Ao contrário, ela só considera o sistema de justiça criminal e persegue a racionalidade e eficiência do sistema. Procura selecionar e classificar, separar os menos dos mais perigosos, e empregar as estratégias de controle racionalmente. As ferramentas para este empreendimento são os “indicadores”, as tabelas de previsão, as projeções populacionais e assim por diante. Nesses métodos, diagnose individual e sua resposta são substituídas por sistemas de classificação dos agregados com propósitos de vigilância, confinamento e controle. (Feeley and Simon, 1992).

Evidência dessa nova postura pode ser verificada no sistema penitenciário brasileiro, não só no tocante à implementação da VE. A criação do RDD, Regime Disciplinar Diferenciado, por meio da Lei 10.792/2003, a qual permite a internação, por 22 horas diárias, em total confinamento, de presos considerados de alto risco, sem pressupor prática de ato infracional, mas apenas que eles apresentem indícios de participação em organização criminosa, somada à subtração de uma série de direitos individuais e suspensão do programa individualizador, revela a opção do Estado em privilegiar as estratégias de controle e contenção dos grupos de risco, em detrimento de qualquer programa de reintegração social ou criação de oportunidades.

O mesmo se deve concluir da inauguração do sistema penitenciário federal, onde também os presos se encontram por 22 horas em total confinamento, permanentemente vigiados e com reduzidas chances de participação em programas de reinserção social. Soma-se a isso a própria postura do Ministério da Justiça nos dois últimos governos ao escolher, para gerenciar o sistema penitenciários federal, figuras públicas abertamente contrárias a qualquer ideia de reabilitação, caso do diretor do Depen que permaneceu até o final do governo Lula, ou especializadas no combate ao crime organizado, caso do que assumiu o Depen com o governo Dilma.

Diante de todas essas transformações, David Garland (2001) nos oferece uma boa explicação do fenômeno que ora presenciamos:

Por que a ênfase agora se volta à prevenção situacional do crime e não mais aos programas de reforma social que dominavam o campo? Porque, ao contrário dos esforços anteriores no sentido de construir programas de prevenção social, criação de empregos e de ressocialização comunitária, os novos métodos situacionais não parecem beneficiar os pobres indesejáveis, não parecem sugerir uma crítica social ou perturbar as liberdades do mercado. Sua implementação pode ocorrer fora de uma política de solidariedade e de sacrifício coletivo e na ausência do apoio de programas sociais de redistribuição de riqueza.

Uma forte característica do presente está no grau em que a atenção oficial tornou-se focada não somente no governo do crime, mas também no problema de governo da justiça criminal. Aumento do número de casos no sistema de justiça criminal resultou em pautas cheias nas varas criminais e prisões superlotadas, o que impulsionou preocupações governamentais acerca de problemas com custo, eficiência e coordenação na justiça criminal. Isso conduziu até mesmo a uma mudança em que a justiça criminal passou a ser pensada, o que antes era visto como a somatória de uma série de problemas de agências independentes: polícia, judiciário, ministério público, prisão, cada um com seus próprios objetivos e ideologias, e pensados autonomamente, agora passam a ser vistos com parte de um sistema, o sistema de justiça criminal e, o mais importante, este passou a ser um objeto prático de gerenciamento.

## CAPÍTULO 5 - CULTURA DA VIGILÂNCIA E GOVERNAMENTALIDADE

Em uma visita a um país da África, estávamos ao lado de um europeu e este se incomodava com o trânsito local, ele dizia: “isso é um caos, pessoas, carros, buzinas, tudo ao mesmo tempo e de forma desordenada, veja, não há polícia nas ruas!!!” A associação da polícia como criadora da ordem e da disciplina parece tão evidente na vida urbana, que esta não seria sequer possível sem aquela.

Este capítulo se propõe a pensar o aparecimento da VE como uma realização tanto do controle disciplinar dos indivíduos, o panoticismo, descrito por Foucault em *Vigiar e Punir*, como também a passagem desse controle dos indivíduos para a população. A VE e outras formas contemporâneas de controle do risco, ao nosso ver, figuram tanto no âmbito da punição disciplinar quanto no âmbito do controle populacional por meio do policiamento e controle a distância.

As palavras de FOUCAULT (1996, P. 145) em *Segurança, Território e População* respondem bem o que se busca neste capítulo, ou seja, pensar o uso da VE em duas esferas de controle:

Então o objetivo desse curso que quero fazer este ano seria então em resumo o seguinte: Assim como para examinar as relações entre a razão e a loucura no Ocidente moderno tratou-se de interrogar os procedimentos gerais e internação e segregação, situando-se desse modo por trás do asilo, o hospital, as terapêuticas, as classificações, e assim como no caso da prisão se tentou situar-se detrás das instituições penitenciárias propriamente ditas, para procurar encontrar a economia geral de poder, é possível passar ao exterior? É possível reposicionar o Estado moderno em uma tecnologia geral de poder que tenha assegurado suas mutações, seu desenvolvimento, seu funcionamento? Pode-se falar de uma governamentalidade, que seria para o Estado o que as técnicas de disciplina eram para o sistema penal, o que a biopolítica era para as instituições médicas?”

Com Santos (2010), entendemos que os mecanismos de normalização disciplinar e as técnicas de biopoder são assumidos como formas de poder que em seu conjunto seriam responsáveis pela objetivação e subjetivação do indivíduo. Por um percurso de pesquisas sobre a loucura e a psiquiatria, o crime e o castigo, a doença e a medicina, o objetivo era demonstrar como pela exclusão de alguns (os loucos, os criminosos, os doentes, etc.) indiretamente se constituíam outros (os normais, os sadios, etc.). Ao término desta trajetória de estudos, a questão do governo e da política é

introduzida como uma espécie de consequência da “notável lógica interna” apresentada por Foucault em suas análises.

Para Claude Gautier (1996, citado por Santos, 2000), não haveria ruptura entre os trabalhos que discorrem sobre as “técnicas disciplinares” e aqueles que tratam sobre o tema das “técnicas políticas de governo”. Entre estes dois tipos de técnicas existem dois pontos comuns que os aproximam: em primeiro lugar, seus estudos repousam sobre a mesma base metodológica, a do método histórico de tipo genealógico; em segundo lugar, o fundamento sobre o qual estas práticas se constituem como técnicas é a questão do poder. Através desta dupla continuidade – método e poder – Foucault pode desenvolver e definir o conceito de governamentalidade.

Ainda segundo Santos (2000), com o curso *Segurança, Território, População* (1977-1978) os estudos de Foucault passam por uma inflexão que muda substancialmente o teor das pesquisas, ao mesmo tempo em que mantêm uma profunda e estreita relação com os temas tratados nos anos anteriores. A partir daqueles anos Foucault passa a preocupar-se das temáticas de governo em um plano geral e das práticas do governo político de modo mais especial. Caso em que é preciso fazer a distinção entre estas duas formas de governo. Em seu sentido amplo o governo deve ser compreendido como era aceito no século XVI, ou seja, quando não se referia apenas às estruturas políticas e à gestão dos Estados, “mas designava a maneira de dirigir a conduta dos indivíduos ou dos grupos: governo das crianças, das almas, das comunidades, das famílias, dos doentes”. Isso significava que ele não agia apenas sob “formas instituídas e legítimas de sujeição política ou econômica”; pelo contrário, é preciso entendê-lo como o conjunto de formas de ação mais ou menos refletidas e calculadas, porém todas destinadas a agir sobre as possibilidades de ação dos indivíduos. Governar é estruturar o eventual campo de ação dos outros (FOUCAULT, 1985). Já o governo político, por outro lado, diz respeito à atuação do Estado. É o governo no sentido da ação política, por meio dos métodos, técnicas e mecanismos que este dispõe para gerenciar um Estado ou uma região. Neste aspecto, a ação político-governamental liga-se à aplicação prática de procedimentos administrativos efetuados pela racionalidade política tendo em vista a otimização do espaço público, um melhor ordenamento das relações de convivência e um maior controle sobre as pessoas e coisas que circulam dentro do território que está sob a alçada de um poder estatal.

Importa salientar o que diz Santos (2000) ao afirmar que historicamente o conceito de governo passou por uma série de transformações. Até o final do

Renascimento, este conceito se referia tanto a gestão política e do Estado como também a maneira de dirigir a conduta dos indivíduos ou dos grupos, ou seja, governar a família, as crianças, as almas, a comunidade. Com a modernidade a expressão governar restringir-se-ia, então, apenas ao que diria respeito ao Estado. Tal deslocamento do uso do conceito ocorreria devido ao fato de que as “relações de poder foram progressivamente governamentalizadas, ou seja, elaboradas, racionalizadas e centralizadas na forma ou sob a caução das instituições do Estado” .

### **5.1 A vigilância eletrônica pensada a partir do panotismo**

FOUCAULT (1987, p. 225) ao descrever os efeitos do Panótico poderiam ser ampliadas à VE:

Induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a mostrar inútil a atualidade de seu exercício (...), que os detentos se encontrem presos numa situação de poder que eles mesmos são os portadores. Para isso, é ao mesmo tempo excessivo e muito pouco que o prisioneiro seja observado sem cessar por um vigia: muito pouco , pois o essencial é que ele se saiba vigiado; excessivo, porque ele não tem necessidade de sê-lo efetivamente.

Como assevera Foucault, essa sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia. De modo que não é necessário recorrer à força para obrigar o condenado ao bom comportamento.

Deixa-se a prisão sem se sair dela, com o benefício de que o poder já não necessita constranger fisicamente. Se é possível incutir no indivíduo a percepção de que está sendo vigiado a todo momento, qual a necessidade de se dispensar todo o maquinário do governo para mantê-lo custodiado? Conclui-se que é possível vigiar sem ter de construir e manter unidades prisionais, sem ter de contratar mais e mais agentes públicos, e mais, sem ter mesmo de se incumbir da tarefa de vigiar, pois o setor privado, ávido por lucro, já desenvolveu toda a tecnologia necessária para tanto. Em certa medida, não é necessário nem mesmo que as companhias privadas vigiem, pois o mecanismo de vigilância funciona por si mesmo, o condenado se auto vigia, e se isso não ocorrer, a própria tecnologia se incumbe de informar à polícia de que a auto vigilância falhou. Assim, o poder se desprende das pessoas, o seu exercício torna-se impessoal, ele penetra no comportamento dos indivíduos que se tornam laboratórios do saber (Foucault, 1987).

Segundo Pat O'Malley (1992), a característica da concepção foucaultiana de poder disciplinar o supõe como aquele que se exerce no e pelo indivíduo, em que o indivíduo é constituído como objeto de conhecimento. Na disciplina, a técnica central é a da normalização no sentido específico de criar ou especificar uma norma geral em termos em que a singularidade do indivíduo seja reconhecida, caracterizada e então padronizada. Normalização no sentido disciplinar dessa forma implica correção do indivíduo, o desenvolvimento de um conhecimento causal de desvio e normalização. Assim, na prisão, Foucault viu disciplina como atuando diretamente e coercivamente sobre o indivíduo, produzindo assim 'um conhecimento biográfico' um uma técnica de correção de vidas individuais a qual deveria seguir o curso da vida do delinquente, de volta não somente para as circunstâncias mas também para as causas do seu crime.

As palavras de um juiz em recente entrevista a um meio de comunicação de massa ao tratar da VE expressam bem esta ideia: “o resultado está sendo muito positivo, pois com isso os próprios detentos se sentem monitorados pelo Estado ficando mais estimulados a buscar a ressocialização”.<sup>22</sup>

É evidente que o uso do termo “ressocialização” no discurso do juiz é absolutamente gratuito, pois não existe qualquer liame entre ser monitorado eletronicamente e sentir-se por isso motivado a ressocializar-se. O que interessa aqui é frisar a alteração de perspectiva com a introdução da VE, ele quer que os próprios condenados se sintam vigiados, o exercício do poder se espraia, se difunde e se infunde na mente daqueles a ele submetidos.

Porém, o disciplinamento, a normalização e a docilização e auto-regulação pretendidas podem gerar, em vez disso, embrutecimento, enlouquecimento ou mesmo auto-aniquilação. O efeito panótico pode não ser a sujeição dos indivíduos, mas a rebeldia, o rompimento da tornoeleira. Sobre esse tema, vale explorar o trabalho de Lorna Rhodes (2004) sobre a Supermax, a qual aponta para o efeito do confinamento total sobre os indivíduos como contrário à docilização. Seus relatos sobre a deterioração da saúde mental de presos sob o poder total das unidades de controle sugerem resultado reverso da vigilância disciplinar.

---

<sup>22</sup> [Matéria disponibilizada no sítio da web em 12/02/2011 em: http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/MAIS+DE+55+MIL+PRESOS+JA+SAO+MONITORADOS+POR+SISTEMA+ELETRONICO+NO+PAIS\\_73056.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/MAIS+DE+55+MIL+PRESOS+JA+SAO+MONITORADOS+POR+SISTEMA+ELETRONICO+NO+PAIS_73056.shtml)

## 5.2 Vigilância na perspectiva da Governamentalidade

Em sua obra *Microfísica do Poder*, Foucault resume o que entende por Governamentalidade:

O que pretendo fazer nestes próximos anos é uma história da governamentalidade. E com esta palavra quero dizer três coisas:

1 - O conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança.

2 - A tendência que tudo no Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros - soberania, disciplina, etc. - e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes.

3 - resultado do processo através do qual o Estado de justiça da idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado.

A polícia foi a tecnologia privilegiada através da qual o Estado pode realizar o processo de urbanização do território, de modo que é possível afirmar que a polícia é a condição de existência da urbanidade. Através de regras e leis a polícia pode regulamentar as práticas e relações da população vivente na cidade, desde minúcias do comportamento moral até preocupações com a higiene pública, a mortalidade, a alimentação, etc. É nesse sentido que Catarina II, por exemplo, pode escrever que contrariamente às leis que se ocupam de coisas maiores, a polícia se ocupa perpetuamente dos detalhes (Foucault, 1985). Ora, aqui vemos um elo com a ideia de controle e disciplina dos comportamentos que o poder disciplinar objetivava conseguir sobre os corpos individuais. O que o poder disciplinar desejava fazer no âmbito da microfísica dos corpos, a razão de Estado, por meio da polícia, pretendia no espaço macrofísico da população.

Segundo Lemke (2000), governamentalidade é introduzida por Foucault para estudar a capacidade de indivíduos autônomos de autocontrole e como isto está vinculado a formas de imposição política e exploração econômica. Nesse aspecto, o interesse de Foucault por processos de subjetivação não assinala que ele abandona a problemática do poder, mas o contrário, ele expõe a continuação e correção de seus trabalhos anteriores, o que lhes confere mais precisão e concretude. É certo dizer de um “rompimento”, mas essa ruptura não está entre a genealogia do poder e a teoria do sujeito, mas dentro das problemáticas do poder. O conceito de poder não é abandonado,

mas torna-se objeto de uma mudança teórica radical. Foucault corrige os achados de seus estudos iniciais em que ele investigava subjetividade primariamente com a visão de “corpos dóceis” e havia demasiadamente enfatizado processos e disciplina. Agora a noção de governo usada para investigar as relações entre tecnologias do sujeito e tecnologias de dominação.

Nicholas Rose (2006) faz compreender bem a passagem do governo do indivíduo para o governo da população, segundo ele, as razões de estado, para Foucault, irão deslocar a arte de governar cujos princípios são emprestados das virtudes tradicionais “sabedoria, justiça, liberalidade, respeito pela lei divina e hábitos humanos” ou habilidades comuns, tais como prudência, decisões conscientes, cuidado por tomar os melhor conselhos. Isto cede espaço para a arte de governar que assinala prioridade a tudo que possa fortalecer o Estado e seu poder e que procurou intervir e manipular os hábitos e atividades dos sujeitos para atingir um fim. O foco já não está na disciplina dos indivíduos, mas sim nas populações. Populações devem ser entendidas a partir dos específicos conhecimentos e serem governadas através de técnicas que são sintonizadas com compreensões emergentes.

Lemke (2000) permite-nos compreender que a passagem do disciplinamento dos indivíduos na obra de Foucault não está dissociada do governo populacional. Segundo ele, Foucault foi capaz de mostrar que até o século XVIII o problema de governo estava inserido num contexto mais geral. Governo era um termo discutido não somente em tratados políticos, mas também em textos filosóficos, religiosos, médicos e pedagógicos. Para além do gerenciamento pelo Estado ou pela Administração, governo também significava autocontrole, orientação para a família e para as crianças, gestão da economia familiar, orientação da alma etc. Por essa razão Foucault define governo como conduta, ou, mais precisamente, como “a conduta de conduzir” e dessa forma como um termo que varia desde “governança do eu” até “governança dos outros”. Em suma, na história da governamentalidade, Foucault empreende mostrar como o moderno Estado soberano e o moderno indivíduo autônomo co-determinam a emergência de um e de outro.

O conceito de governamentalidade tem sido corretamente considerado tanto como uma noção chave como um termo perturbador. Ele cumpre um papel decisivo na análise foucaultiana de poder em vários aspectos: oferece uma visão de poder para além da perspectiva centrada no consenso ou na violência; ele vincula

tecnologias do eu com tecnologias de dominação, da constituição do sujeito para a formação do estado; finalmente, ele permite diferenciar poder de dominação.

Segundo Sinellart (1995), a implantação de técnicas pastorais no quadro do aparelho de Estado: tal era, para Foucault, a matriz da razão política moderna. Propunha então chamar com a estranha palavra “governabilidade<sup>23</sup>” o processo que tinha conduzido da pastoral cristã ao Estado de polícia e que se prolongava até nós. O “governo” não era a simples instrumentalização da força de um Estado cada vez mais compacto, mas uma figura original do poder, articulando técnicas específicas de saber, de controle e de coerção. Uma certa racionalização, pois, historicamente definida, das relações de poder. Em outras palavras, este poder, que se encarrega, não mais dos indivíduos, a fim de domá-los e sujeitá-los por intermédio de técnicas disciplinares, mas da população, a fim de regular seus processos biológicos (natalidade, mortalidade, longevidade, etc.). Foucault descreve a sua emergência, no século XVIII, no discurso dos teóricos do policiamento. Fenômeno capital a seu ver, que constitui uma das mutações mais importantes na história das sociedades humanas (cf. Foucault, 1994)

Pat O'Malley ( 2009 ) trabalha o conceito de governamentalidade na esfera do controle do crime dentro do que ele chama de governança simulada, que difere da disciplina e da governança, porque a governança simulada age fora dos espaços de confinamento associados com a disciplina, como prisões, escolas, hospitais e fábricas. A governança simulada não existe para governar indivíduos, mas para modular fluxos e circulação (Deleuze, 1992).

Por meio do processo divisor da disciplina - confinamento, exame, comparação com a norma e normalização - o indivíduo único tornou-se mais que uma ideia etérea dos séculos precedentes: tornou-se um objeto técnico de governança. Talvez em lugar algum isto ficou mais claro que na justiça individualizada do século XX.

O'Malley (2009) se apropria da diferenciação realizada per Deleuze entre indivíduos e indivíduos para construir sua teoria da governança simulada que se exerce sobre a vida em circulação, estabelecida em fluxos de pessoas, e que não são singularizadas, mas são reguladas enquanto partículas em movimento.

Cabe destacar a diferença entre indivíduos e indivíduos, aqueles são expansivos, seja como demandantes por direitos e interesses ou como infratores. Indivíduos devem ser examinados e normalizados, são portadores de direitos e criam

---

<sup>23</sup> Cremos que Sinellart está a se referir ao termo “governamentalidade”

um custo político, indivíduos simplesmente têm de ser registrados como códigos. Observando o caráter expansivo da VE, esta pretende transformar indivíduos em indivíduos, que uma vez normalizados, controlados e vigiados, estes não são mais que pontos no mapa.

Indivíduos são portadores de direitos e obrigações, indivíduos, meros pontos no mapa, são registrados e recebem um código. No trânsito, por exemplo, as câmeras identificam a circulação de indivíduos, que, em caso de transgressão das normas de trânsito, automaticamente será gerada a multa que será encaminhada ao endereço que corresponde ao número da placa e aquela multa-sanção será paga, ou seja, executada sem a necessidade de interferência humana. Somente quando o indivíduo contesta a justiça da aplicação da multa é que será reconhecido como indivíduo.

Relato da empresa responsável pela vigilância electrónica de condenados oferece uma representação clara da distinção entre indivíduos e indivíduos, aqueles somente são reconhecidos como tal, quando do rompimento da tornozeleira<sup>24</sup>:

Cada tornozeleira eletrônica será identificada por um número diferente, para que a Sascar faça o monitoramento e localização da pessoa, mas somente o Departamento de Inteligência da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) saberá a identificação do preso a que corresponde cada aparelho numerado.

Se o lacre da tornozeleira que fica presa ao corpo do detento for rompido, a Sascar comunicará o fato à coordenadoria da Secretaria de Administração Penitenciária. O setor de inteligência identificará a qual sentenciado corresponde o número e avisará a Polícia Militar para que faça a captura. A tentativa de burlar o sistema de segurança, bem-sucedida ou não, fará com que o preso perca o benefício do regime semiaberto e que, quando for recapturado, volte ao regime fechado.

Governança simulada, segundo O'Malley, foi pensada de modo significativo a causar o mínimo de perturbação possível para a circulação de objetos de valor, utensílios e coisas. O leitor de código de barras no supermercado, a rodovia, o portão do passaporte, o caixa eletrônico, a esteira de malas, tudo existe para governar e policiar sem tocar, e assim maximizar a boa circulação (desejada) e interferir somente na má circulação. Se os agregados funcionarem conforme o planejado, a teia eletrônica apenas irá se romper, e os indivíduos notados, somente em caso de o risco ultrapassar um certo limite. Quando o código de barras do passaporte acionar um alarme, ou

---

<sup>24</sup> Conferir: <http://www.segfoco.com.br/noticias/consorcio-sds-entrega-tornozeleiras-eletronicas-para-presos-do-estado-de-sao-paulo-ate-dezembro/> publicado em 01/10/2010. Acessado em 14/11/2011.

quando a velocidade ultrapassar o limite de segurança (ou perigo), então os indivíduos, em vez dos indivíduos, serão tomados em conta e processados.

Um outro exemplo de governança simulada pode ser encontrado no uso de websites, o cadastro em rede social como Orkut ou Facebook é realizado por milhares de pessoas, que são classificadas conforme uma série de perfis pré-determinados, são agrupadas conforme o tipo de consumo e seu fluxo é regulado de acordo com o que se espera daquele perfil estabelecido por especialistas. O indivíduo apenas será notado, quando deixa de visitar ou comete uma infração, como usar irregularmente a fotografia de um artista. Somente aí, a singularização tomará lugar e aquele que até o momento era um código passa a assumir a posição de indivíduo.

Governança simulada e risco atuam sobre distribuições e fluxos e não sobre indivíduos, formando as duas espécies as quais Foucault denominou 'regulação': o eixo ortogonal do biopoder que governa distribuições e complementa a disciplina individual. Pode ocorrer que cada um deva seu espetacular nível de crescimento à sua mútua sinergia, a convergência histórica de risco com simulação tem sido vital para a emergência de um policiamento simulado. Numerosos outros exemplos de policiamento existem neste ponto de convergência, incluindo vigilância eletrônica de “pré-delinquentes” e ex-delinquentes, código de barra em produtos (frequentemente vinculados com chips GPS para fins de localização), estabelecimento do perfil de terroristas e outros, modelação computadorizada de cenários de prevenção ao crime e assim por diante. Tudo isso representa modos em que governança simulada simultaneamente expande o alcance do policiamento enquanto ao mesmo tempo reduz seu custo por unidade e visibilidade, minimizando a fricção imposta pela boa circulação. Como sugerido, policiamento toma muitas formas, incluindo classificação em perfis, monitoramento, modelamento, predição e assim por diante, e isso é bem conhecido por criminólogos por causa do desenvolvimento de tornozeleiras eletrônicas e classificação de condenados.

O perfil dos condenados e o grau de risco apontado podem ser medidos e identificados, assim como eventual transgressão pode ser identificada e controlada a distância. (Cf. O'Malley, 2009). Do mesmo modo, a resposta à transgressão dispensa qualquer tarefa de investigação, apuração, processamento, produção de provas, convencimento, oralidade, formação da convicção e decisão por um juiz que julga entre partes. Ela dispensa toda essa burocracia, uma vez que agora a transgressão pode ser detectada, delimitada, individualizada, imputada e, quase que punida, simultaneamente.

Nessa justiça que é primariamente instrumental, redução de custos e elevação dos lucros são as referências de sucesso da medida. Nela, não há necessidade de singularizar os indivíduos, eles são agregados de indivíduos.

O comportamento transgressor passou a ser objeto de preciso e remoto reconhecimento. No exemplo do trânsito, velocidade e risco podem agora ser calibrados juntos de modo que a multa pode ser calculada e justificada simultaneamente.

Assim, ao que nos parece, não se pode afirmar que houve o abandono do indivíduo enquanto objeto de disciplina, por outro lado não se pode negar que existe uma expressiva tendência criminológica<sup>25</sup> que se volta para os agregados, para o controle de riscos.

### **5.3 Para Além do Panóptico**

Em importante artigo denominado Pos-Scriptum sobre as sociedades do controle, Deleuze (1992) compreende que o panóptico corresponde melhor à sociedade disciplinar dos séculos XVIII e XIX. Para ele, as sociedades disciplinares são nosso passado imediato, o que estamos deixando de ser. As instituições fechadas como prisões, escolas, hospitais encontram-se em crise e cedo ou tarde irão ter fim. Há que apenas gerir sua agonia e manter as pessoas ocupadas enquanto se instalam novas forças as quais já batem nossas portas. As sociedades do controle estão substituindo as sociedades disciplinares. Estas atuaram nos sistemas fechados enquanto aqueles se ajustam melhor aos ambientes abertos.

Segundo Deleuze (1992) os encerros são moldes ou moldeados diferentes, enquanto que os controles constituem modulação, como uma espécie de moldeado autodeformante que muda constantemente. A família, a escola, o exército, a fábrica já não são meios analógicos distintos que convergem em um mesmo proprietário, seja ele o Estado ou a iniciativa privada, o que passa é que se converteram em figuras cifradas, deformáveis e transformáveis, de uma mesma empresa ocupada apenas por gestores.

Deleuze (1992) menciona Guattari para dizer que este imaginava uma cidade na que cada indivíduo poderia sair de seu apartamento, de sua casa ou de seu bairro graças ao seu cartão eletrônico (dividual) com o qual poderia levantar as

---

<sup>25</sup> Essa tendência, como ressaltam Feeley e Simon (1992), é mais fruto de uma constatação de criminólogos das práticas do controle do crime que uma elaboração teórica.

barreiras, embora houvesse dias e horas em que o cartão pudesse ser recusado. Para Deleuze o que importa não é a barreira, mas sim o computador que aponta para a posição, lícita ou ilícita, e que produz uma modulação universal.

Alguns autores (Ericson e Haggerty, 2000; Lyon, 2006; Ball, 2006; Hier, 2003), ancorados em Deleuze (1992) irão sugerir a superação da sociedade disciplinar e o advento da sociedade do controle como melhor expressão de uma série de eventos e estratégias de controle social, dentre os quais a vigilância eletrônica. A partir do conceito de 'agenciamento vigilante' (*surveillant assemblage*), Ericson e Haggerty, secundados por alguns outros autores, advogam a superação do conceito unidirecional e centralizado do panotismo, focado no indivíduo e na sua identidade, para sugerir uma análise baseada na convergência de uma série sistemas de vigilância diferentes e distintos entre si. O 'agenciamento vigilante' opera a partir da abstração do corpo humano de suas configurações territoriais, e o fragmenta em séries de fluxos distintos: sons, imagens, batidas cardíacas, informação sobre o crédito, preferências, etc. Esses fluxos são então remodelados em diferentes localizações como “duplicação de dados” (um perfil eletrônico, compilado a partir de dados dos indivíduos). O 'agenciamento vigilante' transforma os propósitos da vigilância e suas hierarquias, tornando-os, segundos esses autores, mais democráticos, ou seja, todos indistintamente são sujeitos e objetos de vigilância, vigiar ou ser vigiado deixa de ser privilégio ou submissão de um grupo.

Assim, os Haggerty e Ericson propõem o que chamam de “agenciamento vigilante”, pelo qual a partir de uma sequência de processos o corpo humano é aproximado como um amálgama de ciborgue/carne, para, num segundo momento, retornar ao indivíduo integral por uma variedade de propósitos. Assim, o foco da vigilância não estaria no corpo humano em sua integridade, em sua identidade, mas nele como amálgama de informações.

Grande parcela da vigilância é voltada ao corpo humano. O corpo observado compõe-se de um híbrido de partes distintas. Primeiramente é desmontado pela abstração de seu contexto. É então remontado em diferentes configurações por meio de uma série de fluxos de dados. O resultado é um corpo descorporalizado, “uma duplicação de dados” puramente virtual.

O corpo monitorado torna-se progressivamente um ciborgue/carne, um amálgama de informação tecnológica. Vigilância agora envolve uma interface de tecnologia de corporalidade e consiste de “superfícies de contato ou interfaces de ordens

orgânicas e inorgânicas, entre formas vivas e redes de informação, ou entre partes de órgãos/corpos e sistemas de inserção/projeção (e.g. teclados, telas de toque)

Esses híbridos podem envolver algo direto como o acoplamento de algo no corpo humano, de modo que seus movimentos em torno do espaço podem ser gravados, até uma reconstrução mais refinada de hábitos pessoais, preferências, e estilo de vida a partir dos registros de informação que se tornaram os detritos da vida contemporânea. O “agenciamento vigilante” consiste num dispositivo visualizador que traz ao registrador visual um grande número de fluxos opacos de estímulos audíveis, olfáticos, químicos, visuais, ultravioletas e de informação. Muito dessa visualização pertence ao corpo humano e vai além de nosso alcance normal de percepção.

Rousseau começa o Contrato Social com a famosa proclamação de que “o Homem nasce livre e em toda parte é posto a ferros”. Para colocar-se mais em acordo com a realidade do homem máquina do século XXI, o seu sentimento seria melhor lido da seguinte forma: “Os seres humanos nascem livres, e são imediatamente vigiados eletronicamente”

O “agenciamento vigilante” não aborda o corpo primariamente como uma entidade singularizada a ser moldada, punida ou controlada. Antes o corpo precisa ser conhecido e para tanto ele é desmontado numa série de fluxos distintos e significantes. A vigilância começa com a criação de um espaço de comparação e a introdução de quebras nos fluxos que emanam dos corpos humanos ou neles circulam. Por exemplo, testes de drogas subtraem fluxos químicos, fotografias capturam fluxos refletidos como ondas de luz, e detectores de mentira alinham e comparam fluxos selecionados de respiração, pulsação e eletricidade. O corpo é em si mesmo um agenciamento composto de uma miríade de partes componentes e processos que são desmontados com o propósito de observação. Para Patton (1994, citado por Ericson e Haggerty, 2000), o conceito de agenciamento deveria ser considerado como nada mais que uma concepção abstrata de corpos de todos os tipos, que não podem ser distinguidos entre animados ou inanimados, individuais ou coletivos, corpos biológicos ou sociais.

Exemplo disso pode ser encontrado nas buscas realizadas no website “Amazon”. Durante as buscas um série de fluxos de informações são coletadas para no segundo momento retornar ao indivíduo com fim de oferecer-lhe um serviço segundo a remontagem operada para este fim.

Para esses autores (cf. Hier, 2003), o resultado conduziria ao nivelamento da hierarquia da vigilância. Segundo eles, a contemporânea composição tecnológica das técnicas de coleta de informação e dados tem como principal fator de contribuição uma parcial democratização de hierarquias.

De acordo com Haggerty (2006), fora da prisão a vigilância é usada em uma pletera de projetos, incluindo intimidação, consumo, entretenimento, prazer, saúde, educação, governança, proteção de crianças e conquistas militares. Enquanto regimes de vigilância são pensados com objetivos específicos em mente, eles frequentemente evoluem de forma imprevisível. Os usos não são necessariamente estabelecidos antecipadamente, mas eles emergem, como resultados da criatividade de indivíduos que vislumbram novas possibilidades para sistemas desenvolvidos com propósitos totalmente diferentes. Dessa forma, no âmbito da sociedade, fica cada vez mais difícil sugerir que a vigilância serve para um único e coerente propósito, tal como “controle social”, ou mesmo um limitado conjunto de propósitos.

Segundo Haggerty (2006), os tipos de vigilância acentuados pelo modelo panóptico envolvem tipicamente o monitoramento de pessoas situadas no ponto mais baixo da hierarquia social; com médicos monitorando pacientes, guardas observando presos e supervisores mirando funcionários. Isso é uma reminiscência do funcionamento de um microscópio, onde grupos específicos marginalizados ou perigosos são postos sob um olhar unidirecional do onipotente, o qual pode enxergar, enquanto permanece invisível por aqueles a quem está a cargo.

Ainda conforme Haggerty, se bem que poderosas instituições continuam a usar a vigilância para controlar grupos menos poderosos, ao focar exclusivamente nessa dinâmica omite-se um desenvolvimento vital para a vigilância contemporânea. Hierarquias tradicionais de visibilidade estão ruindo e sendo reconfiguradas. A vigilância não está mais voltada ao pobre e despossuído, mas é agora onipresente, com pessoas de todos os segmentos da hierarquia social sendo submetidas a escrutínio por uma série de propósitos, a depender de seus hábitos e estilos de vida, padrões de consumo, ocupações e instituições com as quais estão vinculadas. (Haggerty, 2006)

O obra de Orwell (1949) escrita muito antes da atual intensificação das tecnologias de vigilância, apresentou a futurística visão de Oceania, onde cidadãos são monitorados em suas casas por uma tela, um dispositivo que a uma só vez projeta imagens e grava comportamentos dentro do seu campo de visão. A "polícia do pensamento" coordena seu extenso esforço de monitoramento, operando como agentes

de um estado totalitário centralizado que usa a vigilância primordialmente com um meio de manter a ordem social e a conformidade. Nem todos os cidadãos, porém, são objeto de tal escrutínio. As classes média e alta são monitoradas intensamente, enquanto que a vasta maioria da população, as 'proles' da classe baixa, são simplesmente deixadas com seus próprios dispositivos.

O fato de continuarmos a ouvir frequentes alertas acerca de "1984" ou Big Brother diz algo sobre a contínua proeminência do conto de Orwell. Nas décadas seguintes, todavia, as potencialidades das tecnologias de vigilância ultrapassaram mesmo aquela visão distópica. Por haver escrito no limiar do desenvolvimento de máquinas computadorizadas, ele não poderia ter vislumbrado o notável casamento entre computador e ótica a que assistimos hoje. Além disso, sua insistência no estado como agente de vigilância hoje aparece bastante restrita numa sociedade onde ambos estado e instituições não estatais estão envolvidas em massivos esforços por controlar diferentes populações. Finalmente, a predição de Orwell de que as "proles" estariam isentas de vigilância parece simplesmente errada à luz da extensão e intensificação da vigilância em todos os setores da sociedade. (Cf. Haggerty, 2006)

Embora concordemos parcialmente com esse processo de "democratização" da vigilância, pensamos que o uso da vigilância eletrônica na esfera criminal tem seus destinatários próprios, pois aqui se volta aos segmentos sociais mais baixos, negros e pardos, moradores da periferia e com baixa renda familiar.

Há quem entenda, como Geraldini (2009), que a vigilância eletrônica está menos ligada às disciplinas e mais vinculada ao controle. A VE encontra-se numa reconfiguração das forças da vigilância de modo que elas não se mostram mais engrenadas pelo processo disciplinar, mas pelo processo do controle. Controlar os apenados em cumprimento de benefícios mostra-se mais incisivo nos dados de sua pesquisa do que discipliná-los.

Entendemos de forma diversa, a sociedade disciplinar não está superada pela sociedade do controle, ambas coexistem na vigilância eletrônica de condenados. O inclusão da VE em uma lei de caráter sancionador como a Lei de Execução Penal e seu potencial punitivo, como veremos mais adiante nos resultados do levantamento, verificado no número de regressões de regime decorrentes do uso da tornozeleira eletrônica, mostram o disciplinamento como elemento presente na VE.

De outra parte, a vigilância eletrônica de condenados, por meio do acoplamento da tornozeleira eletrônica em seus corpos, não se limita, evidentemente, ao

mero rastreamento do paradeiro da pessoa monitorada com o único objetivo de puni-lo por desrespeito às regras impostas. Ela vai além, desde a escolha dos indivíduos que serão monitorados ou não, até a coleta, exame e avaliação dos dados obtidos a partir do processo de monitoramento, para o fim de alimentar os registros e aperfeiçoar o processo de vigilância voltado ao controle do crime.

Dado que a vigilância eletrônica tem sua incidência limitada a condenados no semiaberto durante a saída temporária, o aspecto disciplinar aparece com maior evidência. Isso porém não impede que apresentemos um cenário de suas potencialidades caso ela venha a se expandir para um maior número de condenados ou para outras situações, não só voltado ao controle de suspeitos de crimes, como o controle de diabéticos, crianças e idosos.

#### **5.4 Sociedade do Controle e Gestão Autoritária dos Pobres**

Recorremos aqui à literatura nacional para postular que o modelo de sociedade do controle voltado à gestão de grupos perigosos se estrutura no Brasil em articulação com a estratificação social, produzindo assim uma Política Criminal voltada à gestão autoritária da realidade estrutural brasileira.

Como bem afirma Michel Misse (1999, p. 181):

A estratificação social reproduz-se na estratificação criminal. Reconhece-se o tratamento diferente que a justiça dá a uns e outros semelhante à de seus recursos e de suas posições sociais.

Na mesma linha de Minhoto (2008), entendemos que o regime punitivo no Brasil assume uma trajetória seletiva, incompleta, anômala e periférica. Minhoto argumenta que no Brasil as tentativas de racionalização mais eficientes do sistema de justiça criminal moderno com o intento de impedir o excesso punitivo, pensadas a partir dos países centrais, geram na verdade o seu oposto, que é justamente a permanência da economia do excesso. Enquanto nos países centrais a eficiência do sistema supõe a limitação do excesso, a experiência punitiva em países periféricos como o Brasil articula excesso e eficiência do sistema de outra forma, que é justamente a acentuação daquele, o que se conecta com a gestão autoritária da realidade estrutural brasileira, termo este cunhado por Jessé de Souza (cf. Souza, 2009)

De acordo com Jessé de Souza (2009), o processo de modernização brasileiro constitui de um lado as novas classes sociais modernas que se apropriam diferencialmente dos capitais cultural e econômico e de outro uma classe inteira de

indivíduos, sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa e desprovida, aspecto este fundamental, das condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação. A essa classe social Jessé de Souza denomina “ralé” estrutural, para chamar a atenção, provocativamente, para nosso maior conflito social e político: o abandono social e político, "consentido por toda a sociedade", de toda uma classe de indivíduos "precarizados", a qual se reproduz há gerações enquanto tal. Essa classe social esquecida enquanto uma classe com uma gênese e um destino comum, só é percebida no debate público como um conjunto de "indivíduos" carentes ou perigosos, tratados fragmentariamente por temas de discussão superficiais, dado que nunca chegam sequer a nomear o problema real, tais como "violência", "segurança pública", "problema da escola pública", "carência da saúde pública", "combate 'á fome" etc.

O que para nós é importante destacar aqui é que a “gestão de riscos e a manutenção da ordem à brasileira” se caracterizam pelo autoritarismo violento com que a classe social mais baixa é abordada e gerida no seio da sociedade. Essa classe social sempre figurou aos olhos da elite como perigosa, cujo controle demanda um bem organizado aparato policial. Paulo Sérgio Pinheiro, no relatório Continuidade Autoritária (1999), produzido pelo NEV, confirma esse caráter de longa duração do autoritarismo contra as “não-elites”:

“Essa violência de caráter endêmico, implantada no sistema de relações sociais profundamente assimétricas não é um fenômeno novo no Brasil. É a continuação de longa tradição de práticas de autoritarismo, das elites contra as “não-elites” e nas interações entre as classes, cuja expressão foi dissimulada pela repressão e censura impostas pelos governos militares.”

Para Luis Mir (2004), o Brasil empreendeu a construção de uma sociedade balcanizada que mantém uma segregação baseada em aspectos étnicos e econômicos. No nosso país os marginalizados são, em grande parte, os descendentes de africanos:

O edifício social brasileiro é invenção do escravismo. Marcou seu território, os espíritos e determina, ainda hoje, as vias de acesso social e econômico desse país. A territorialização continua seletiva; os recursos naturais são utilizados a serviço de determinados grupos sociais, as migalhas para a maioria da sociedade. (Mir, 2004)

Ao analisar as políticas de segurança pública brasileiras, Mir (2004) aponta como o Estado utiliza as suas forças policiais para controlar e reprimir aqueles que já são segregados. "A segurança pública não é a segurança de todos", "O Estado brasileiro ignora que o fracasso de suas forças repressivas decorre de que os grupos étnicos e sociais mais atingidos sabem que não serão poupados ou beneficiados, e reagem ativamente com ceticismo e hostilidade."

Quanto ao caráter histórico dessa gestão autoritária da ralé estrutural, Michel Misse (1999) aponta que com o declínio do escravagismo em meados do século XIX, o que o autor chama "normalização"<sup>26</sup> dos conflitos entre famílias e clãs e do individualismo propriamente urbano torna-se, gradativamente, uma tarefa estatal, na mesma dimensão em que o monopólio da violência legítima pelo Estado torna-se uma necessidade crucial. Para Michel Misse (1999) as campanhas religiosas e morais, a repressão aos capoeiras, movimentos higienistas, a reorganização e saneamento do espaço urbano, e planejamento de ações policiais com base em estatísticas, constituem uma multifacetada demanda por civilidade e bons costumes que marcarão, no Rio de Janeiro, as três décadas (1890-1910). As prisões nesse período estarão voltadas ao controle da chamada "desordem pública"

Michel Misse (1999) afirma que embora a sociabilidade na favela tenha sido menos individualista que a das elites e classe média, e mais fraterna e baseada mais fortemente em códigos morais, ela sempre foi associada com o banditismo, o que levou a população do asfalto a virar as costas para ela, fechar os olhos ou até mesmo legitimar as sucessivas e crescentes incursões da polícia aos morros da cidade, com a invasão de barracos (que não tinham o mesmo status de « lares ») e a prisão e espancamento de seus moradores.

Michel Misse ressalta também a discriminação da vigilância policial e da administração da justiça no processo de normalização de comportamentos de imigrantes e ex-escravos e seus descendentes. A repressão incluía uma intervenção « educativa », formadora da civilidade, que passava por reprimendas públicas, detenções por algumas horas ou por uma noite, apreensões de objetos e armas, humilhações e vergonhas. Segundo o autor, a própria polícia carioca e fluminense sempre foi objeto de uma demanda de "normalização" de si própria que contradizia sua função ideal clássica, e

---

<sup>26</sup> « normalização » é, assim, a dinâmica de produção da sociabilidade entre sujeitos sociais considerados como potencialmente desafiáveis, egoístas e, portanto, perigosos - representações que ganharam sua melhor expressão na obra teórica na obra de Hobbes. (Misse, 1999)

sua imagem pública, desde então, é das piores entre todas as instituições do serviço público no Rio de Janeiro. Cabe destacar a nota 37: “a polícia sempre comparece, por suas arbitrariedades, entre as principais queixas dos jornais do início do século XX, (citando Silva, 1993).

Marcos Alvarez (2009), ao recorrer historicamente à influência do lombrosionismo na criminologia brasileira em fins do século XIX, destaca que, a criminologia será vista como um instrumento essencial para a viabilização dos mecanismos de controle social necessários à contenção da criminalidade local. Mas com a Proclamação da República, os desafios colocados para as elites republicanas não irão limitar-se ao estabelecimento de novas formas de controle social, mas incluirão especialmente o problema ainda maior de como consolidar os ideais de igualdade política e social do novo regime ante as particularidades históricas e sociais da situação nacional.

Segundo Alvarez (2009), o debate jurídico preocupava-se em tratar desigualmente os desiguais e não em estender a igualdade de tratamento jurídico penal para o conjunto da população. A introdução da criminologia no país representava a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, de implementar estratégias específicas de controle social e de estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população. Na condição de um saber normalizador, capaz de identificar, qualificar e hierarquizar os fatores naturais, sociais e individuais envolvidos na gênese do crime e na evolução da criminalidade, a criminologia seria capaz de transpor as dificuldades que as doutrinas clássicas de Direito Penal, baseadas na igualdade, ao menos formal, dos indivíduos, não conseguiam enfrentar, ao estabelecer ainda os dispositivos jurídico-penais condizentes com as condições tipicamente nacionais.

Ao exercício do poder de controle das classes desfavorecidas, como se verifica do que diz Jessé de Souza, se soma a privação dessa classe social dos bens da sociedade sejam eles culturais ou econômicos. Michel Misse (1999) também oferece uma descrição análoga ao mencionar que os segmentos mais pobres, de um lado, recorrem menos à polícia e ao mesmo tempo sofrem maior repressão policial. Esse segmento social também se vê privado do acesso aos direitos civis. Trata-se de um desenvolvimento histórico que se caracterizará, por um lado, por uma específica acumulação da exclusão de largos segmentos da sociedade do acesso aos direitos civis e, por conseguinte, pela extensão da desigualdade e da exclusão socioeconômica ao

âmbito do direito (da força de lei). Considerando-se que se trata do segmento social mais suscetível, nessas condições, de oferecer indivíduos à sujeição criminal, reforça-se assim, nesse segmento, a sua auto-percepção como vítima preferencial da ação policial. Por outro lado, nos segmentos dominantes, recorre-se à polícia de um modo patrimonialista, a partir do seu « topo » ou, caso o indivíduo se encontre na posição de acusado, recorre-se às estratégias jurídicas dos melhores advogados. Nos segmentos subalternos e mesmo nas classes médias, a apropriação dessa postura patrimonialista na relação com a polícia dependeu sempre do estabelecimento de um mercado ilícito nas « bases » da instituição policial. Evita-se recorrer à polícia quando esses recursos são escassos. Há, assim, uma acumulação de desvantagens de diferentes tipos que orientam e reforçam a percepção social de que a regulação legal não é igualitária e depende, em larga medida, da posição do indivíduo na estratificação social.

Um bom exemplo de gerenciamento das camadas populares no Brasil tem sido o uso excessivo da prisão provisória, que não está adstrita aos fins declarados pela lei processual penal, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, para conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Pelo contrário, como pretendemos mostrar abaixo, a prisão provisória tem consistido nos últimos anos em instrumento de gestão autoritária de grupos vulneráveis.

Cerca de 44%<sup>27</sup> da população prisional brasileira aguarda sentença, em alguns estados como Alagoas o número de presos provisórios atinge a cifra de 70%. Pesquisas realizadas na cidade de São Paulo e no Rio de Janeiro (Lemgruber e Fernandes, 2011; Cerneka, H. A. (et al), 2012) concluem para o fato de que a população de presos provisórios é composta por pessoas de cor parda ou preta. Em São Paulo, verificou-se em um CDP (Cerneka, H. A. (et al), 2012) que um quarto dos presos provisórios é composto por população de rua.

Pesquisa-intervenção realizada pela Pastoral Carcerária e pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) (Cerneka, H. A. (et al), 2012), entrevistou presos e presas de duas unidades para presos provisórios na cidade de São Paulo, e procurou traçar o perfil dos presos e presas em flagrante e intervir por meio de pedido de

---

<sup>27</sup> Conselho Nacional de Justiça/DMF. Relatório Departamento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas-DMF, Brasília/DF novembro de 2010.

liberdade provisória nos dias que seguiram a prisão. Foram aplicados 1161 questionários, porém 745 foram os efetivamente atendidos juridicamente.

Tanto as entrevistas nas unidades prisionais quanto as informações coletadas a partir dos processos criminais revelam a seletividade do sistema de justiça criminal. Jovens com idade entre 18 e 25 anos, pretos e pardos, nascidos em São Paulo, com baixa escolaridade, no desempenho de tarefas que prescindem de qualificação no mercado informal de trabalho – esse é o perfil da população entrevistada no Centro de Detenção Provisória I de Pinheiros e na Penitenciária Feminina de Sant’Ana.

Constatou-se na pesquisa que um número alto de presos provisórios, uma vez condenados, tiveram suas penas substituídas por penas restritivas de direito, sendo liberados imediatamente após a sentença. Esse dado revela o caráter seletivo da prisão provisória e, mais que isso, para o seu uso como mecanismo de controle de populações indesejadas. A prisão provisória tem assumido cada vez mais o papel de gestor da miséria e de grupos suspeitos que de instrumento para garantir a instrução processual.

A vigilância eletrônica, ao nosso ver, como expressão da tentativa de racionalizar o sistema de justiça penal vem, na verdade, como apontamos acima com Minhoto, funcionar como excesso punitivo na medida em que se agrega aos demais dispositivos de segurança voltados o controle repressivo dos segmentos populares, da ralé brasileira de que nos fala Jessé de Souza. Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, HC nº 0244335-43.2011.8.26.0000, confirmando o uso da tornozeleira eletrônica como medida cautelar em uma mulher que tentou furto de bagatela, reproduz o que buscamos demonstrar aqui. Embora reconheça a insignificância do objeto o qual se tentou furtar, 'uma peça de carne e uma linguça', o perfil da pessoa requer seja ela vigiada eletronicamente:

Não há de se falar, neste caso, em ilegalidade na decisão que substituiu o cárcere flagrancial ou a fiança, em “recolhimento domiciliar noturno e monitoração eletrônica” (cf. fl. 33). Desde logo é bom destacar que não se trata de paciente jejuna em envolvimento com a Polícia e com a Justiça Penal (cf. folha de antecedentes, às fls. 29/31); não se pode dizer que nunca se vira envolvida em práticas delitivas, no polo passivo de inquéritos policiais e ações penais, s.m.j.. Sobre o tema, e em casos mais graves, a jurisprudência já se firmou: - “Para garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida” (RT 489/344).

Outrossim, de fato, existem indícios de autoria e materialidade a pesar sobre a acusada, (cf. fls. 13/28); e, repisa-se, ela ostenta vida pregressa que indica que seus comportamentos inspiram a necessidade de maiores cuidados na observação de sua vida junto à sociedade ordeira e trabalhadora. As medidas ora atacadas, nesse momento, mostram-se suficientes e adequadas à preservação da ordem pública, a fim de que se previna a reiteração criminosa, garantindo que as pessoas de bem tenham seus patrimônios poupados de condutas como a que ora se aprecia, e a vida em coletividade assim reivindica, na atualidade.

## **CAPÍTULO 6 - VIGILÂNCIA ELETRÔNICA, POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO**

Nesse capítulo final, buscaremos tratar do impacto da vigilância eletrônica, enquanto expressão da sociedade do controle, sobre as propostas de Política Criminal e de que modo as duas, vigilância eletrônica e Política Criminal por ela inspirada, se articulam com o Direito Penal.

Apresentamos o resultado de um levantamento jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo cujas decisões versaram sobre a VE. A capacidade expansiva da teia punitiva ressalta na pesquisa.

### **6.1 – Gestão de riscos e Política Criminal**

Com o que foi dito até aqui, o jurista preocupado com os garantias penais fundamentais irá se perguntar se também elas não estão abaladas, por uma parte pela crise do Estado-Nação, cujo monopólio da violência corresponde a autolimitação, por meio da estrita legalidade para reconhecer-se como legítimo. Por outra parte, com o advento desse modo de pensar acerca do controle do crime, ou seja, o controle do crime em termos puramente preventivos, orientado à gestão de riscos e em evitar que potenciais agressores venham a gerar danos, uma segunda questão emerge que é a de saber se o Direito Penal fundado na estrita legalidade, na culpabilidade, na individualização da pena e lesividade ainda irá fazer sentido no futuro.

Com efeito, ao longo da pesquisa indagávamo-nos sobre a relação da VE com o Direito Penal, pois se é verdade que ela pode ser uma forma de punição autônoma e assim não restaria dúvida de que ela deveria ser incluída como instituição do Direito Penal, ela porém se apresenta também como mecanismo auxiliar à pena ou, vista desde uma perspectiva mais ampla, como mecanismo de controle sem qualquer vinculação com a pena estatal prevista no Direito Penal.

No primeiro caso, ela deveria ser estudada a partir de uma Política Criminal voltada a incidir na Dogmática jurídico-penal<sup>28</sup>. No segundo, dentro de uma

---

<sup>28</sup> Sobre a relação entre Política Criminal e Dogmática Penal, a partir da obra de Roxin Política Criminal e Sistema de Direito Penal, essas duas passaram a estar intimamente relacionadas, pois até aquele momento a Dogmática Penal estava fechada em si mesma, cujos postulados eram construídos, elaborados e desenvolvidos exclusivamente sob parâmetros jurídicos. A partir de sua obra, a

Política Criminal que se comunica com o Direito Penal, mas o flexibiliza, ao que se aproximaria mais de um direito administrativo penal. No terceiro a uma Política Criminal que prescindia do Direito Penal, porque voltada à vigilância e ao controle de grupos de risco, sem que estes tenham necessariamente cometido delitos.

Como vemos pela legislação aprovada e pela análise da sua respectiva aplicação jurisprudencial mais adiante, o Brasil tem adotado a segunda opção, porém não imune de tensão com a primeira e com possibilidades de evolução para a terceira. Embora aceitemos que a VE circula nessas três estratégias de controle do crime, entendemos que as duas últimas permitem explorar mais as potencialidades da VE e estudá-la dentro do amplo espectro da cultura da vigilância.

Por essa razão, evitamos circunscrevê-la à discussão em torno da teoria dos fins da pena, por se tratar de um dispositivo de controle cujos fundamentos se situam fora da Dogmática jurídico penal, ainda que implicados numa Política Criminal preventiva em permanente tensão com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A Política Criminal inspirada no modelo de intervenção na liberdade individual baseada na gestão de riscos se aproxima mais das demandas de um estado de polícia preventivo e regulador, que de um estado constitucional de direito.

Se tomarmos a definição de Zipf (1979, citado por Rodriguez, 2001), de que a Política Criminal é um setor objetivamente delimitado da Política jurídica geral: a política jurídica no âmbito da justiça criminal, ou seja, seu escopo limita-se ao orientar e delimitar a função da justiça criminal. O direito penal aqui é o destinatário da Política Criminal, e a vigilância eletrônica fugiria de seu domínio, o que não nos serve, pois a Política Criminal de que tratamos aqui não se limita pelo direito penal.

Por outro lado, Délmas-Marty irá definir Política Criminal como o conjunto de métodos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal (Delmas-Marty, 1992)

Propõe Laura Zuñiga Rodriguez (2001) que a Política Criminal é a disciplina que estuda quais são os mecanismos mais idôneos para fazer frente a uma determinada criminalidade, desde o ponto de vista preventivo e não somente repressivo,

---

Dogmática abriu-se para considerações da realidade social e político-criminais, deixando-se permear pela Política Criminal. (Cf. Borja Jiménez, 2003).

e que para selecioná-los ela se orienta por uma série de princípios derivados do Estado Social e Democrático de Direito. Conferir também Luca (2009).

Com Laura Zuñiga Rodriguez (2001) se entende que a Política Criminal é um conjunto de estratégias destinadas a um fim. No Estado Democrático de Direito espera-se que os fins da Política Criminal sejam a proteção dos direitos fundamentais, enquanto que no Estado de Polícia, os fins se afinam mais com discurso de ordem pública, segurança pública, repressão ao crime organizado, ao terrorismo.

Por outro lado, parece evidente que a Política Criminal cujos valores sejam a preservação do bom funcionamento do sistema de justiça, a credibilidade dos operadores desse sistema e a afirmação da ordem pública, ainda que isso venha a sacrificar alguns direitos fundamentais, corresponderá a uma Política Criminal mais afinada com o Estado de Polícia.

Na medida em que Política Criminal consiste no conjunto de estratégias, instrumentos, modelos para conseguir determinados fins, o Direito Penal se supõe sua expressão e será 'instrumentalizado' para se atingir os fins do Estado Democrático de Direito. E afirmamos isso porque no Estado de Polícia, o Direito Penal, enquanto limite à ação do Estado, chega até mesmo a ser dispensável.

Se entendemos a Política Criminal como aquela preocupada em viabilizar o controle social, cabe aqui uma palavra sobre o que se está adotando hoje no Brasil em termos político-criminais. Haveria um modelo político criminal de gerenciamento de riscos e controle dos grupos sociais por meio de uma série de medidas como o uso excessivo da prisão provisória, da vigilância eletrônica e de tantas outras medidas já mencionadas aqui. Outro é o modelo de Política Criminal representativo do Estado Penal, cuja expressão concreta é a o endurecimento penal e o encarceramento em massa, e que não deixa de existir com a emergência da anterior. Estas duas políticas, uma preventiva a outra repressiva convivem num mesmo ambiente e por vezes no mesmo texto legislativo. Essa ambivalência político criminal é característica das últimas décadas, que a uma só vez afirma o Direito Penal fundado na estrita legalidade, bem como configuração do injusto e na culpabilidade e outro administrativo-gerencialista, preocupado na identificação de potenciais agressores e baseado em estatísticas e cálculos atuariais.

A Política Criminal fundada na gestão de riscos e que autoriza a intervenção na liberdade pessoal sem responsabilização pessoal foge à Dogmática jurídico-penal, pois a esta só interessa comportamentos lesivos imputáveis a alguém.

Todos os comportamentos que não chagaram a causar dano um bem jurídico, seja ele de resultado ou não, caso dos crimes de mera conduta e formais, não possuem relevância jurídico-penal e portanto estariam fora do Direito Penal. Resta porém saber se essa Política Criminal não confronta com a Constituição.

Existe todo um debate acerca dos limites externos e internos da Política Criminal. Embora se reconheça que ela seja extra-sistemática em relação ao Direito Penal (Dias, 2007), por servir de padrão crítico tanto ao direito constituído como ao direito constituendo, e exercer um importante papel de impor limites à punibilidade. De modo que o Direito Penal, na definição de Roxin, consistiria na forma por intermédio da qual as proposições de fins político-criminal se vazam no modus da validade jurídica” (cf. Dias, 2007). A Política Criminal, porém, deve corresponder à concepção político-jurídica de Estado expressada na Constituição, de modo que ela é também intra-sistemática, pois é imanente ao sistema jurídico-constitucional. Somente assim suas finalidades poderão corresponder ao quadro de valores positivados na Constituição e ela será capaz de privilegiar, em sua linha de ação, a proteção aos direitos e garantias de qualquer pessoa, inclusive aqueles contrários ao regime jurídico-político do Estado.

Não se pode afirmar, todavia, que a vigilância eletrônica não se inter-relaciona com o Direito Penal, tanto é que ela é adotada atualmente, de acordo com a legislação, em processados e condenados criminalmente. Ocorre que ela não apareceu como punição autônoma, talvez venha a ser um dia, mas como mecanismo de controle para assegurar a o cumprimento da pena em meio aberto ou para prevenir o cometimento de crimes. Além disso, ela já foi aplicada em grupos que de alguma forma apresentam risco para si ou para outrem, tais como diabéticos e idosos. Por isso, defendemos que a vigilância eletrônica detêm uma capacidade expansiva cujo âmbito de atuação vai para além dos limites do Direito Penal. Mais que isso, a política que inspirou a inserção da VE em nosso ordenamento jurídico não está delimitada pela “barreira infranqueável” do Direito Penal. Razões políticas (política em geral) e não jurídicas, e tampouco razões fundadas em bases empíricas, orientaram o legislador na implementação da VE.

A legitimidade do uso da força pelo Estado provêm da lei, o princípio da legalidade, e aqui tratamos da legalidade penal. Só haverá supressão da liberdade individual se verificados os pressupostos legais para a imputação objetiva e subjetiva a um indivíduo pela lesão a um bem da sociedade verificados a partir do devido processo legal.

Nesse sentido, Roxin (2004) nos recorda que “A Dogmática jurídico-penal interessa-se, unicamente, por determinar sob que pressupostos e em que medida alguém pode ser responsabilizado por um comportamento socialmente lesivo, de maneira que apliquem sanções desse ramo do direito.

Por outro lado, há que se considerar que a Dogmática penal já incorporou de alguma forma o discurso do risco, optando por um Direito Penal aberto, o que significa dizer que as fronteiras entre Política Criminal e Dogmática jurídico-penal estão franqueadas, embora aquela nem sempre reconheça a Dogmática como sua destinatária.

## **6.2 Gestão de Riscos, Política Criminal e Práticas Penais**

A Política Criminal voltada a gestão de risco convive com a Política Criminal dirigida ao controle punitivo da criminalidade de massa de modo que figuram como dualidade prático-discursiva sem que uma prevaleça sobre a outra. Na verdade essas duas políticas criminais se complementam. A gestão de riscos, por meio da restrição à liberdade individual, a partir do cálculo atuarial, classificação e categorização, soma-se à intervenção penal baseada na culpa, seja por meio da vigilância e controle dos potenciais criminosos, seja por meio da vigilância de condenados.

As transferências em massa de presos para o RDD ou para uma penitenciária federal, são bons exemplos do gerencialismo que invadiu a execução penal. Se lançarmos um olhar sobre o sistema penitenciário paulista, não ficará difícil afirmar que ele está dividido em perfis de presos: pertence ao PCC ou a outra facção, “gerentes” do narcotráfico, estrangeiros. A criação de uma unidade para estrangeiros foi bem explicitada pelo então secretário de administração penitenciária de São Paulo de que as razões para tal eram unicamente de gestão. Embora tenha contado com a queixa de muitos estrangeiros na época, que preferiam permanecer entre brasileiros, a facilidade logística para os consulados, para a justiça federal e para a polícia federal prevaleceu.

Controle de correspondência, revista vexatória, uso de algemas, isolamento total de presos, são exemplos de um modelo de Política Criminal que não se funda na formação da culpa, no Direito Penal do fato, mas na gestão de agregados previamente identificados para o exercício do controle e vigilância.

Milhares de presos são liberados durante o período de saída temporária, o governo do fluxo de condenados se dará de forma simulada, embora ainda se conte com operadores humanos para manter a vigilância do paradeiro dos presos, sabe-se que é impossível manter o olho sobre cada um deles. Panoticismo e gestão a distância, a governança simulada de que fala Pat O'Malley, exercem papel fundamental no controle dos grupos de presos em saída temporária. A tornozeleira transfere a sensação de que se está sendo vigiado e a polícia somente será acionada se o alarme disparar e o ponto na tela mudar de cor.

### **6.3. Vigilância Eletrônica Expansão do Direito Penal**

Para Silva Sanchez (2001) a criação de novos bens jurídicos penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios de garantia não seriam senão aspectos de uma tendência geral do Direito Penal, a qual cabe referir-se com o termo “expansão”

A vigilância eletrônica permite vislumbrar uma dupla expansão do Direito Penal. Uma identificada na administrativização do Direito Penal<sup>29</sup> que, ao nosso ver, se verifica na localização, pelo legislador, da vigilância eletrônica na execução penal e não no direito material, muito embora ela venha a impor maior restrição à capacidade ambulatoria. As portarias da Vara de Execução Penal da Comarca de São Paulo, 02/2011 e 04/2011, que agregaram ao recolhimento noturno, determinado por lei, também o recolhimento diurno, quando da saída temporária com uso da VE, são exemplos dessa tendência de flexibilizar o Direito Penal e contornar a sua rigidez por meio de normas processuais e administrativas.

Uma outra expansão opera via alargamento da teia punitiva, principalmente por meio dos efeitos colaterais. A teia punitiva é expandida quando uma nova sanção é introduzida como alternativa a outra sanção, mas é mal aplicada. Como consequência, mais infratores são incluídos no processo judicial formal e o número de pessoal exigido para a supervisão de infratores também aumenta. Ao longo dos anos se constatou que penas alternativas, pensadas para reduzir o uso prisão, têm se tornado não

---

<sup>29</sup> Uma melhor explicação de como se articula a tendência à administrativização do Direito Penal e a sua articulação com a Execução Penal encontra-se no Capítulo 2.

mais que sanções suplementares ao encarceramento. Em vez de condenar a penas restritivas de direitos (ou alternativas) os réus antes levados à prisão, os juízes preferem reservar aquele tipo de sanção aos agressores de menor potencial ofensivo para os quais a prisão não é adequada. Com o tempo, mais penas alternativas são introduzidas no sistema, o número de infratores sob controle do sistema de justiça aumenta e a própria teia penitenciária se expande, uma vez que mais agentes penitenciários são contratados e novos estabelecimentos para supervisionar cumprimento de pena em meio livre são exigidos. (Cohen, 1985; Pavarini, 1995; John Howard Society of Alberta, 2000; ).

A teoria do alargamento da teia punitiva desenvolvida por Cohen (1985) foi mais bem não uma teoria do expansionismo mas uma teoria do fracasso reducionista, como tem frisado Garland (1996).

Na década de 1990, ocorreu, todavia, uma evolução do conceito de alargamento de teia punitiva para incluir não somente os efeitos provocados por penas e medidas alternativas à prisão, mas também as medidas desencarceradoras pós-prisão como livramento condicional, prisão albergue e albergue domiciliar, semiaberto e indulto condicional, quando o não cumprimento dessas medidas, em virtude do excesso de vigilância ou da inabilidade do condenado em cumprir com as condições, acabam por levar ao retorno à prisão. O alargamento da teia punitiva, segundo esta perspectiva, incidiria nas duas pontas, anterior (front-end) e posterior (back-end) do encarceramento. Essa distinção entre efeito alargador anterior e posterior foi reconhecida principalmente por meio dos estudos de Tonry e Lynch (1996). Eles definem alargamento da teia punitiva anterior (front-end net-widening) como o agravamento punitivo para infratores que de outra maneira jamais receberiam a pena de prisão, ou seja, se não existissem as penas alternativas, essas pessoas não receberiam pena criminal alguma; e alargamento posterior (back-end net-widening) como a elevação da probabilidade de um eventual retorno à prisão por violações técnicas entre infratores sob intensa vigilância. Conferir também Padgett, Bales e Blomberg (2006).

Como demonstraremos mais adiante e pelo levantamento jurisprudencial em torno do tema da vigilância eletrônica, esta tem operado um sintomático efeito na expansão da teia punitiva.

Relativamente à VE, estudos avaliativos têm levantado várias questões, porém para o nosso trabalho duas são particularmente importantes. Primeiro, a VE realmente oferece uma verdadeira alternativa ao encarceramento ou ela somente alarga a teia punitiva? Segundo, a VE confere maior segurança pública que as tradicionais

medidas criminais alternativas tais como suspensão condicional da pena ou suspensão condicional do processo? (BONTA, James: 2000, p. 62)

Sobre o alargamento da teia punitiva, Rezema e Mayo-Wilson (2005) constata que a VE tem-se estendido a menores, condenados por pensão alimentícia, contravenções tributárias e embriaguez no volante. Programas destinados àqueles que representam alto risco são a exceção em vez da regra. A significativa concentração de condenados e processados de menor potencial ofensivo em programas de VE levanta a suspeita sobre a eficácia da VE como alternativa ao encarceramento.

De fato, teóricos sugerem que a VE tem o efeito de alargar a rede punitiva (Cullen et al.: 1996 e Mainprize: 1992). Os estudos sobre reincidência dos que estão sob VE credenciam o ponto de vista de que a VE pode não representar uma verdadeira alternativa ao encarceramento. (Bonta: 2000)

A afirmação de que o medo do retorno à prisão garante a efetividade da VE não se tem refletido na redução das taxas de reincidência, de acordo com Gendreau and Goggin (1996). Ball and Lilly (1986) sustentam que a obrigação de permanência do condenado em prisão domiciliar aumenta as possibilidades de socialização e o condenado aprende a autodisciplina. No entanto, são poucas as pesquisas empíricas que sustentam tal hipótese, mas sim ao contrário. Doherty (1995) verificou que prisão domiciliar aumenta o estresse familiar e alguns crimes, tais como tráfico de drogas, permanecem intactos.

No Canadá, estudos comparativos de longo prazo usando um ano e informações após a decisão judicial de três grupos de sentenciados: prisão, probation e à VE, encontraram que a VE não teve efeito algum sobre taxa de reincidência. Considerando que condenados em VE e em probation têm a mesma taxa de reincidência, os resultados apoiam a conclusão de que os programas de VE possuem o efeito de aumentar a teia punitiva.

A nossa nascente jurisprudência acerca do assunto parece apontar nesse mesmo sentido. Uma busca jurisprudencial na página eletrônica do TJSP utilizando os verbetes “monitoramento” e “eletrônico”, com o filtro habeas corpus e agravo em execução penal, resultou até a conclusão dessa dissertação em 272 decisões, das quais a maioria regride os condenados do regime semiaberto para o fechado em virtude de danos supostamente causados no dispositivo de vigilância eletrônica.

#### **6.4 – A Interpretação da Lei de Execução Penal pela Justiça Paulista**

Com a reforma da Lei Execução Penal promovida pela Lei 12.258/2010, que incluiu a vigilância eletrônica como medida de controle da saída temporária para aqueles que se encontram no regime semiaberto e para aqueles sob prisão domiciliar, a vigilância eletrônica ingressou definitivamente no ordenamento jurídico nacional. O texto aprovado pelo Congresso era bem mais amplo, pois impunha a VE às penas restritivas de direito tanto autonomamente quanto àquelas a serem cumpridas durante os regimes aberto e o semiaberto, aos que forem concedido o livramento condicional ou suspensão condicional da pena. De acordo com o texto vetado pelo Presidente da República, poderia também ser aplicada facultativamente a VE para o cumprimento da pena em regime semiaberto e na saída para o trabalho externo.

Restaram apenas a aplicação para a saída temporária e para a prisão domiciliar, e as regras para o cumprimento da pena vigiada eletronicamente. De acordo com essas regras o condenado deve ser instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico, sendo-lhe impostos alguns deveres como aceitar a visitas do servidor responsável pela vigilância eletrônica, receber seus contatos e cumprir suas orientações. Deve também o condenado abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça. A violação comprovada dessas regras poderá acarretar a regressão de regime, a revogação da saída temporária ou somente uma advertência, quando nenhuma das três primeiras for aplicada.

Vale dizer aqui que a lei usou o termo monitoração eletrônica. O projeto inicialmente usava o termo monitoramento, porém algum revisor de redação no Senado sugeriu o termo monitoração, o que nos soa ainda menos familiar que monitoramento.

As decisões judiciais confirmadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo confirmaram o receio e alerta inicial de que a VE teria caráter expansivo da teia punitiva. Com efeito ele se somou a outras razões para sanções disciplinares o que gerou regressão de regime para um número grande de condenados, e levou a aumento do tempo de cumprimento da pena em regime fechado.

#### 6.4.1 - Levantamento Jurisprudencial

Abaixo apresentamos os resultados do levantamento jurisprudencial realizado no Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da saída temporária vigiada eletronicamente<sup>30</sup>.

Algumas notas metodologias fazem-se necessárias. Optamos por restringir o levantamento somente ao Estado de São Paulo, porque este aplicou a VE a milhares de pessoas, de três a cinco mil, a depender do período de saída. São Paulo aplicou de forma mais sistemática, muitos estados somente o fizeram de forma experimental e com poucos presos. O número de conflitos a respeito da aplicação da VE, expressados em recursos ao Tribunal de Justiça, em presos durante a saída temporária ganhou um volume que mereceu uma análise mais pormenorizada.

Optamos por realizar a busca por “monitoramento eletrônico” pois este foi o termo mais utilizado tanto pelos recorrentes quanto pelos julgadores. Além disso, optamos por restringir a habeas corpus e agravos em execução penal, uma vez os questionamentos acerca do uso do VE na execução penal não poderiam estar veiculados em outros recursos. Além disso, optar por outros recursos, por exemplo a apelação, retornaria um número muito grande de decisões, que seguramente nada teriam que ver com a vigilância eletrônica de que estamos tratando.

Nosso maior interesse era saber o efeito da aplicação da VE sobre a liberdade dos presos no âmbito da saída temporária, de modo que excluimos os casos em que se tratava da VE como medida cautelar. A razão para isso é que a lei das medidas cautelares é mais recente e, segundo informações obtidas dos defensores públicos lotados no Departamento de Inquéritos Policiais da Comarca de São Paulo, até dezembro de 2011 a VE não foi efetivamente usada como medida cautelar. Um dos motivos está no fato de que não está claro quem será o responsável por sua implementação.

Da leitura dos acórdãos, verificou-se logo que os temas da privacidade e da intimidade ocuparam segundo plano e não exerceram peso significativo nas decisões.

---

<sup>30</sup> Todos os acórdãos aqui trabalhados podem ser visualizados no seguinte endereço:  
<https://docs.google.com/open?id=0B6YKW241rTutZTE1ZGYyZjYtNjJjNy00NmM3LTliODItMTJiY2IyMGU5Mzlk>

Os acórdãos se limitaram em afirmar que a VE não fere a privacidade ou a intimidade. De modo que esses dois temas não estão contemplados no levantamento.

O maior número de casos, 155, tratava de habeas corpus preventivo com o fim de se obter salvo conduto para evitar o uso da tornozeleira eletrônica, e versou sobre a suposta irretroatividade da aplicação lei que criou a VE para os condenados em momento anterior à sua vigência. Os acórdãos à unanimidade decidiram pela aplicação imediata da VE, por esta se tratar de norma processual e não material. Os desembargadores do TJSP entenderam que a VE apenas substitui a vigilância direta, operada por agente humano, pela vigilância indireta, exercida a distância. Dos argumentos de que a VE comportava aspectos materiais por impor maior restrição, porque impunha inclusive o recolhimento diurno e eventualmente redundaria em regressão de regime, somente este último foi aceito em alguns acórdãos, mas não em sede de habeas corpus preventivo, mas no momento do retorno da saída temporária.

Tabela 1. Habeas Corpus ou Agravo em Execução Penal

HC	177
Agravo em Execução Penal	49
Total	226

Em apenas um caso o MP figurou como recorrente. Trinta e oito casos não tratavam da VE, pois as expressões monitoramento e eletrônico foram usadas para representar outras situações.

Tabela 2. Processo trata da VE?

Sim	226
Não	34
Total	260

De todos, 71 casos trataram do retorno da saída temporária. Desses é que trataremos a seguir:

A tabela a seguir mostra o número de regressões de regime em virtude do uso da tornozeleira eletrônica. Vale dizer que em todos os casos o preso retornou ao estabelecimento prisional na data e horários previstos, porém com a tornozeleira rompida, equipamento incompleto ou o mapa de sua localização apontou que ele esteve ausente do local designado.

Tabela 3. Houve regressão de regime?

Não	21
Sim	50
Total	71

Verificamos que em muitos acórdãos houve menção à prática dos crimes de dano ou apropriação indébita. Em alguns casos o acórdão mencionou haver boletim de ocorrência, instauração de inquérito ou mesmo prisão em flagrante por dano ao dispositivo. A tabela abaixo mostra as ocasiões em que houve debate no acórdão acerca de para além da falta grave, o preso também praticou um outro crime.

Tabela 4. Houve referência a crime?

Crime de dano	11
Crime de apropriação indébita	7
Fraude	1
Não houve menção	52

A tabela 5 abaixo mostra os temas recorrentes. Se considerarmos todos os 272 acórdãos, naturalmente a retroatividade ocuparia o topo em número de ocorrências. Aqui estão somente os 71 relativos ao retorno da saída temporária. A tabela

6 mostra o número de vezes em que o rompimento do dispositivo levou ou não à regressão de regime.

Fomos surpreendidos com o número de decisões acerca do dano ao dispositivo e da devolução incompleta do equipamento. Esperávamos que as decisões sobre regressão de regime estariam pautadas pelo cumprimento ou descumprimento das regras da VE, ou seja, a permanência do preso dentro do perímetro. Esses resultados permitem ao menos duas inferências relacionadas ao tema de nossa pesquisa. A primeira delas refere-se ao efeito sobre punitivo da vigilância eletrônica, ou seja, as consequências colaterais tiveram maior efeito que as esperadas segundo os propósitos da VE. Com efeito, não foi o descumprimento da medida que levou à regressão em primeira instância e ao recurso em segunda instância, mas sim o dano ao dispositivo, devolução incompleta do equipamento ou outra razão. O pequeno número de decisões acerca do cumprimento da medida e da eficácia do VE parece revelar que ela não funciona conforme os seus propósitos.

A segunda inferência tem a ver com o efeito panótico sobre os presos. Os resultados parecem relativizar a chamada docilização esperada do panotismo. Se com efeito os presos romperam com as tornozeleiras, mesmo conscientes de que poderiam ser punidos por isso, haveria aqui um movimento de rebeldia que contraria o efeito disciplinador esperado. Isso ao nosso ver evidencia uma certa necessidade de relativizar o panótico. Mesmo conhecendo que estão sendo permanentemente vigiados, de que há reais possibilidade de punição, alguns optaram por romper a tornozeleira. Casos houve, embora poucos registrados, daqueles que romperam a tornozeleira e não retornaram, porém foram recapturados ou presos em novo crime. Tivemos oportunidade de entrevistar algumas mulheres na Penitenciária Feminina de Santana que relataram tanto o desejo de romper com a tornozeleira quanto algumas que efetivamente a romperam porém não tiveram a sorte de permanecer por muito tempo em liberdade.

Tabela 5. Temas recorrentes

Dano ao dispositivo	47
Devolução do equipamento incompleto	8
Retroatividade	8
Intimidade	0
Privacidade	1
Fere a dignidade humana/humilhante	5
Matéria Penal	3
Descumprimento da medida	17
Inconstitucionalidade	7
Outros	2

Tabela 6. O dano ao dispositivo gerou regressão de regime

Houve regressão	Número de ocorrências
Sim	35
Não	12
Total	47

A tabela 7 fornece os números daqueles que recorreram ao tribunal por haverem regredido em virtude do descumprimento da medida, ou seja, daqueles que ao retornarem ao estabelecimento prisional semiaberto foram sancionados por falta disciplinar grave e removidos a um estabelecimento de regime fechado. Para nossa surpresa o número de casos levados ao tribunal foi bem menor que o esperado quando comparado com o número daqueles cujo conflito girou em torno do rompimento da tornozeleira.

Tabela 7. Houve regressão de regime por descumprimento da medida

Sim	9
Não	6
Não se aplica	56
Total	71

A tabela 8 traz as decisões de regressão de regime por desembargador relator. Preferimos incluir somente o nome do desembargador relator, pois foi sua fundamentação foi assumida como as razões da decisão.

Embora o número de decisões por desembargador não seja alto, optamos por incluí-los porque os casos eram análogos, fossem eles por dano ao dispositivo, não devolução do dispositivo ou estar fora do perímetro determinado, de modo que as decisões por regressão ou não dependeram principalmente do entendimento do desembargador relator. Aqueles que optaram por regressão quase sempre justificaram sua decisão na credibilidade da palavra do agente penitenciário que constatou o dano e a reputaram como prova suficiente para decidir desfavoravelmente ao condenado. Aqueles que optaram por não regredir, justificaram suas decisões na verossimilhança da palavra do condenado e na falta de perícia. Da leitura dos acórdãos ficou claro que o fator “sorte” cumpriu papel crucial na decisão por regressão ou não, algo como uma “loteria judiciária”. Se o condenado tivesse seu recurso distribuído aos desembargadores Vico Mañas ou Guilherme Strenger, dificilmente teria retornado ao regime fechado. Se, de outra sorte, tivesse seu recurso distribuído aos desembargadores Souza Lourenço ou Geraldo Simão, dificilmente suas justificativas seriam levadas em consideração e a

regressão era certa. Enfim, a tendência é que o mesmo desembargador votará no mesmo sentido.

Tabela 8. Decisões sobre regressão de regime conforme o desembargador

Nome do Desembargador	Votou por regressão		Total
	Não	Sim	
Alberto Viégas Mariz de Oliveira	2		2
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida	1		1
Amable Lopez Soto	1		1
Antonio Manssur		2	2
Antonio Roberto Midolla		1	1
Breno de Freitas Guimarães Júnior		3	3
Carlos Augusto Lorenzetti Bueno	1		1
Carlos Vico Mañas	3		3
David Eduardo Jorge Haddad		1	1
Euvaldo Chaib Filho		2	2
Fábio Monteiro Gouvêa		1	1
Fernando Antonio Torres Garcia		1	1
Fernando Geraldo Simão		5	5
Francisco Orlando	1		1
Guilherme de Souza Nucci	1		1
Guilherme Gonçalves Strenger	4		4
Herman Herschander	1	1	2
Jair Martins		3	3
José Amado de Faria Souza		1	1
José Orestes de Souza Nery		1	1
Juvenal Duarte		1	1
Louri Geraldo Barbiero		2	2
Luís Carlos de Souza Lourenço		4	4
Luis Soares de Mello Neto		1	1
Luiz Augusto San Juan França	1		1
Machado Andrade		1	1
Marco Antonio Rodrigues Nahum	1	3	4
Maurício Valala		1	1
Otávio Augusto de Almeida Toledo	1	2	3
Paulo Antonio Rossi		1	1
Péricles de Toledo Piza Júnior		1	1
Renato de Salles Abreu Filho		2	2
Renê Ricupero		1	1
Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva		1	1
Roberto Galvão de França Carvalho		1	1
Ronaldo Sérgio Moreira da Silva		2	2
Teodomiro Cerilo Méndez Fernández	2		2
Júnior	1		1
Walter da Silva		2	2
Willian Roberto de Campos		1	1
Wilson Barreira		1	1
Total geral	21	50	71

Em alguns casos houve elaboração de boletim de ocorrência para investigar provável crime de dano cometido por aqueles que retornaram com a tornozeleira rompida ou com o dispositivo não funcionando adequadamente, sob a alegação de que o beneficiário da saída temporária estava ciente dos cuidados que deveria tomar com o equipamento.

Em um caso que analisamos do Tribunal de Justiça de São Paulo, a pessoa foi presa em flagrante delito por supostamente haver rompido a tornozeleira e responde por crime de dano, conforme se vê do trecho retirado do acórdão Habeas Corpus nº 0003445-46.2011.8.26.0000;

Alegaram os impetrantes, em apertada síntese, que o paciente cumpria pena no regime semiaberto e no gozo de saída temporária do Natal/Ano Novo de 2010, sob monitoramento eletrônico, viu se preso em flagrante, acusado da prática do crime de dano ao patrimônio público (teria rompido a tornozeleira eletrônica que usava). Denunciado, o paciente está sendo processado no r. juízo “a quo” por suposta infração ao artigo 163, inciso III, do Código Penal. Muito embora o juízo processante, ora apontado como autoridade coatora, tenha concedido ao paciente liberdade provisória, este continua recolhido no regime fechado. O reeducando nem mesmo foi ouvido pelo juiz competente “acerca de eventual prática de fato definido como crime doloso ou falta grave”. Configurado o constrangimento ilegal, postulam a concessão da ordem, com o deferimento de liminar para o fim de o paciente ser “transferido imediatamente para o regime semiaberto, ou, caso não haja vaga disponível, para o regime aberto” (fls. 07).

Alguns juízes exigiram, para aferir o crime de dano, a prova pericial, uma vez que este tipo de crime exige o dolo. Outros, porém, ficaram satisfeitos apenas com a palavra do agente penitenciário responsável por recolher as tornozeleiras e mesmo ante a negativa do preso de que tenha rompido propositalmente a tornozeleira, a palavra do agente público, como sói acontecer nos crimes de tortura (Jesus, 2010) prevaleceu sobre a palavra do preso, resultando na regressão desse para o regime fechado.

Nas situações em que o preso não retornou à prisão após a saída temporária ou retornou sem a tornozeleira, houve ocasião em que foi lavrado boletim de ocorrência por crime de apropriação indébita, o que nos afigura como mais elemento expansivo da teia punitiva.

O debate jurisprudencial, porém, não foi uníssono no sentido de punir todos os presos que recorreram ao Tribunal de Justiça para questionar as decisões em favor da regressão ou do crime de dano ou apropriação indébita. Algumas decisões afirmaram não haver crime algum e não haver motivo para a regressão se não ficar provado o dolo do preso em romper ou desaparecer com tornozeleira e muitos exigiram a perícia para aferir o crime.

Dignas de nota são aquelas decisões que optaram por considerar a regressão de regime por violação das regras impostas relativas à vigilância eletrônica como norma de Direito Penal material uma vez que estas afetam a liberdade dos indivíduos e que, portanto, a regressão de regime, regra de direito material, não poderia atingir os presos que já se encontram no “gozo” do regime semiaberto quando da entrada em vigor de lei que criou a vigilância eletrônica.

Selecionamos algumas decisões, que servirão meramente como ilustrativas das divergências jurisprudenciais acerca da aplicação da vigilância eletrônica.

Aparelho danificado. Absolvição. No caso presente, muito embora tenha restado comprovado dano ao dispositivo de monitoramento eletrônico, o mesmo não ocorreu com o elemento subjetivo necessário para a configuração da falta grave, revelando-se frágeis as provas produzidas, para que se possa concluir pela existência de dolo em relação à prática da infração disciplinar cujo cometimento é irrogado ao reeducando, uma vez que sua versão escusatória não se viu desmentida. Ademais, nenhum exame pericial foi solicitado (fls. 05), tendo havido tão-somente conferência dos kits devolvidos. ( TJSP. 5a. Câmara das Execuções Criminais, Rel. Guilherme G. Strenger - Agravo em Execução nº 0105366-48.2011.8.26.0000 voto nº 16117)

Aparelho danificado. Improvido. Alega o agravante, (fls. 61/71), preliminarmente, ser nulo o procedimento adotado, pela falta de perícia oficial no equipamento danificado o que acarreta a ausência de materialidade do fato; por inexistir decisão judicial reconhecendo a existência de fato típico, ilícito e culpável do crime de dano; por não ter sido ouvido judicialmente, o que viola à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. No mérito, aduz que não há provas da ocorrência da falta grave, uma vez que o sentenciado não agiu com dolo. A materialidade da infração disciplinar encontra-se comprovada através da fotografia de fls. 21, que prescinde de perícia, ante a evidência do dano praticado, e pela prova oral produzida no decorrer do procedimento administrativo. (TJSP. 5a. Câmara das Execuções Criminais. Rel. Fernando Simão. Agravo em Execução nº 0163030-37.2011.8.26.0000)

Agravo em Execução. Falta Grave. Devolução de tornozeleira eletrônica danificada. Conduta não punível. Provimento.

Trata-se de agravo em execução penal visando a cassação de decisão que reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave, consistente no dano da tornozeleira de monitoramento eletrônico, determinando a regressão de regime prisional e a perda dos dias remidos. Retornou ao estabelecimento prisional na data prevista, constatando-se, no entanto, que a unidade de rastreamento portátil por ele utilizada havia sido danificada. Em que pese não ser crível a versão apresentada pelo sentenciado, no sentido de que policiais o abordaram e quebraram sua tornozeleira (fls. 27), a conduta a ele imputada não é punível.

Ocorre que, em que pese ser perfeitamente cabível a utilização de equipamentos eletrônicos para monitoramento dos reeducandos, mesmo aqueles condenados por delitos cometidos anteriormente à vigência da Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2.010, tal ordenamento não pode retroagir para impor penalidades a referidos sentenciados.

Tal posição encontra-se bem esposada no v. Acórdão com voto vencedor do E. Desembargador Souza Nucci, nos autos do Habeas Corpus nº 0073368-62.2011.8.26.0000, julgado por esta C. Câmara nesta data:

" ( . . . ) verifica-se ter a Lei em questão, ao regular os deveres do reeducando em relação à monitoração eletrônica, incluído normas referentes à regressão de regime. Ora, a alteração do regime de cumprimento de pena é matéria puramente penal, dizendo diretamente com o grau de restrição de liberdade a que se sujeita o reeducando, vez ser o regime fechado cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, enquanto o semiaberto é cumprido em colônia industrial ou agrícola (art. 33, § I o , CP). Tal medida, portanto, por versar sobre matéria penal, não pode alcançar fatos anteriores à entrada em vigor da lei prejudicial, sob pena de ofender o princípio da lei irretroatividade da lei penal". (TJSP. Décima Sexta Câmara. Re. Alberto Mariz de Oliveira. Agravo em Execução nº 0160433-95.2011.8.26.0000)

Desobediência da ordem de permanência em local trabalho. Denegação da Ordem de HC. O paciente teve a sustação cautelar de regime determinada em razão da instauração de procedimento para apurara a prática de falta grave consistente na desobediência à ordem segundo a qual não deveria se afastar de seu local de trabalho. O sistema de monitoramento eletrônico do sentenciado acusou o descumprimento da ordem que lhe for a determinada, o que resultou na comunicação de evento, que culminou na sustação cautelar do regime semiaberto. (TJSP. Re. Fábio Gouvêa. HC nº 0161029-79.2011.8.26.0000)

Tornozeleira danificada. Recurso Improvido. Consta que, em 03 de janeiro de 2011, por volta das 17 horas, quando o sentenciado retornou da saída temporária de Natal Ano Novo/2010, constatou-se a ocorrência de danos nos componentes por ele devolvidos (U.P.R. violada), referentes ao conjunto de equipamentos destinados ao monitoramento eletrônico individual. O sentenciado, ao deixar as dependências da unidade prisional, foi cientificado quanto ao dever de zelar e devolver, em perfeitas condições, todos os aludidos componentes. Cumpre frisar, por necessário, que a prova calcada em

depoimentos de agentes públicos é bastante à condenação, mesmo porque, no caso dos autos, não há sequer indícios de que tivessem interesse em acusar gratuitamente e de maneira falsa o agravante. (TJSP – Rel. Fernando Torres Garcia – Agravo em Execução nº 0126257-90.2011.8.26.0000)

Não devolução dos recarregadores. Apropriação indébita. De qualquer forma, em procedimento administrativo disciplinar, como é o caso da sindicância, não incidem os princípios do contraditório e da ampla defesa, porque é um procedimento não litigioso, de caráter inquisitório. Portanto, a Súmula 343, do STJ (“é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”), foi criada embasada no processo disciplinar administrativo funcional, isto é, aplica-se a “processo” e não a “procedimento” (sindicância). Consta dos autos que o recorrente JACKSON e outros sentenciados praticaram falta grave devidamente apurada em sindicância, consistente em terem se apropriado indevidamente de recarregadores de baterias de UPRs (fls. 5). (TJSP- Agravo de Execução Penal nº 0102169-85.2011.8.26.0000 . - Voto 20349 9)

Agravo - Sentenciado que obtém autorização para sair com tornozeleira eletrônica e na volta não devolve o carregador da bateria - Alegação de apropriação indébita - Inexistência de prova de que o condenado tenha agido com essa intenção, mesmo porque elaborou boletim de ocorrência e retornou normalmente ao presídio - Falta grave – Não caracterização — Agravo provido para absolver o sentenciado, restabelecendo-se o regime semiaberto e os dias remidos. (TJSP – Rel. Alexandre Carvalho e Silva de Almeida - Agravo de Execução Penal nº 0109693- 36.2011.8.26.0000)

Ementa: Agravo em Execução Reconhecimento da prática de falta grave, consistente em violação do aparelho de monitoramento eletrônico Determinação de regressão ao regime fechado e perda dos dias remidos Alegada inexistência de prova da materialidade da infração Admissibilidade Crime de dano, cujos vestígios devem ser apurados por exame pericial Ausência de comprovação efetiva da infração disciplinar Recurso provido para anular a falta grave e reformar a decisão que regrediu o agravante e determinou a perda dos dias remidos.

A sindicância foi aberta com expressa menção ao art. 163 do Código Penal, que cuida do crime de dano. Quis-se evidenciar, por óbvio, ter o recorrente praticado tal infração, que é não somente penal, mas também disciplinar. Ora, o art. 158 do Código de Processo Penal é claro ao afirmar que se comprova a materialidade por perícia, quando a infração deixar vestígios, exatamente o que ocorre com o delito de dano. (TJSP. Re. Souza Nucci - Agravo em Execução nº 0106351-17.2011.8.26.0000)

Habeas corpus - Saída temporária – Monitoração eletrônica - Lei 12.258/10 - Norma que não cria novo requisito à concessão da benesse, mas apenas regula a fiscalização da mesma, sem alterar seu conteúdo - Matéria afeita à execução penal - Retroatividade – Possibilidade Disposições quanto à regressão de regime - Alteração do grau de cerceamento da liberdade do reeducando - Matéria penal

reconhecida - Retroatividade - Impossibilidade – Ordem parcialmente concedida.

Inicialmente, cabe anotar não se negar autonomia ao direito penitenciário, o qual se vale de princípios informadores próprios. Notamos, porém, não ter a Lei 12.258/10 trazido normas unicamente de direito penitenciário, tendo incluído em nosso ordenamento novas disposições materiais penais. Pois vejamos. Ao adicionar o parágrafo único ao art. 122 da Lei de Execuções Penais, não criou, a novel legislação, novo requisito à concessão da saída temporária, ou seja, cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo a saída temporária torna-se direito do reeducando, não podendo ser obstaculizada pela ausência de aparelho de monitoramento eletrônico. A regra continua a ser, nos termos do art. 122 da LEP, a saída sem vigilância direta. A Lei 12.258/10 não altera tal dispositivo, sendo ainda vedada a vigília direta, apenas veio a inserir forma de fiscalização indireta do benefício, sem afetar, portando, o conteúdo da norma. Não houve, destarte, alterar no direito punitivo estatal, razão pela qual não reconheço tal inserção como norma de Direito Penal, sendo típica matéria afeita ao direito penitenciário. Assim, é possível a utilização de monitoramento eletrônico a qualquer reeducando a que se conceda a saída temporária, independentemente do momento de sua condenação. De outra banda, verifica-se ter a Lei em questão, ao regular os deveres do reeducando em relação à monitoração eletrônica, incluído normas referentes à regressão de regime. Ora, a alteração do regime de cumprimento de pena é matéria puramente penal, dizendo diretamente com o grau de restrição de liberdade a que se sujeita o reeducando, vez ser o regime fechado cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, enquanto o semiaberto é cumprido em colônia industrial ou agrícola (art. 33, § 1o, CP). Tal medida, portanto, por versar sobre matéria penal, não pode alcançar fatos anteriores à entrada em vigor da lei prejudicial, sob pena de ofender o princípio da lei irretroatividade da lei penal. (TJSP – Rel. . Souza Nucci - Habeas Corpus nº 0073368-62.2011.8.26.0000)

### **6.5. Vigilância Eletrônica e Violação das Liberdades Individuais**

Em dezembro de 2010, o estado de São Paulo iniciou a implementação da vigilância eletrônica em cerca de cinco mil presos em regime semiaberto, aos quais foi acoplada uma tornozeleira eletrônica no período de gozo da saída temporária do natal, ou seja, durante os 7 dias em que os presos puderam deixar a prisão para permanecer com seus familiares, estes foram obrigados a aceitar a colocação do aparelho de monitoramento, que permitiria o rastreo de sua localização enquanto estivessem com seus familiares.

Após esse período, pudemos entrevistar uma série de mulheres presas para ouvir suas experiências com o uso do monitoramento eletrônico. Não realizamos entrevistas metódicas, apenas mantivemos conversas informais e tomamos nota de suas avaliações sobre a experiência. Diversas foram as respostas e reações à vigilância

eletrônica. Algumas manifestaram não perceber significativa diferença, outras reclamaram do mal funcionamento do dispositivo, pois soava a qualquer momento, algumas disseram que soava justamente onde não deveria, ou seja, na área onde elas deveriam estar circunscritas. Algumas arriscaram romper com a correia que mantinha o aparelho fixado no seu corpo. Evidentemente aquelas que entrevistamos não foram bem sucedidas, do contrário não teriam retornado à prisão. Infelizmente não pudemos acessar os casos bem sucedidos de rompimento e não retorno à prisão.

Porém, os casos que mais nos chamaram a atenção foram daquelas que alegaram constrangimento no uso das tornozeleiras, ouvimos relatos de que transportar a tornozeleira no corpo causava mal estar e constrangimento; de que ao tentar entrar em um banco, foram cercadas por guardas armados, o que gerou sentimentos de humilhação; uma presa relatou que num espaço público, ao descobrirem que estava portando a tornozeleira, ouviu palavras de escárnio e sentiu profundamente o preconceito contra condenadas pela justiça criminal.

Argumentos de toda sorte tem sido apresentados contra o uso da tornozeleira eletrônica, alguns argumentam que a medida fere a dignidade humana, pois seria semelhante a uma discriminação, contendo caráter extremamente vexatório, constituindo profunda violência moral e psicológica (Habeas Corpus N° 0584844-74-2010.8.26.0000 TJ/SP). O seguinte trecho de acórdão, Habeas Corpus n° 0172922-67.2011.8.26.0000 TJ SP, confere alguns dos argumentos dos condenados contra a VE.

Além disso, aduz que: (i) o uso de monitoramento é discriminatório, pois o diferencia das demais pessoas, bem como de outros detentos que não o utilizam em virtude da não adoção do sistema em outros estabelecimentos prisionais; (ii) o expõe a risco de morte porque o identifica, sendo que ele é jurado de morte por facções criminosas; (iii) o equipamento está sujeito a falhas tecnológicas que levam a punições injustas dos detentos; (iv) há falta de determinação legal quanto à delimitação do espaço físico a ser percorrido durante as saídas temporárias, e a adotada pelo juízo (raio de 3 km) o impede de realizar passeios que permitam a sua reinserção na sociedade.

Alguns argumentam que a imposição da tornozeleira eletrônica não deveria aplicar-se aos presos não condenados sob a égide da lei 12.258/2010, pois estaria a ferir o princípio da não retroatividade (HABEAS CORPUS N°: 0584157-97.2010.8.26.0000 TJ/SP). Outros têm questionado o uso indiscriminado ou a determinado grupo de presos, como permite a lei 12.258/2010, a todos os presos sob

concessão de saída temporária, em desrespeito ao princípio da individualização da pena e mesmo da culpabilidade. Com efeito, ao se aplicar tal medida restritiva a um grupo elevado de presos, não se afere sobre sua real necessidade, não se avalia a adequação caso a caso, mais que isso, tomando em conta que a medida é restritiva, ela feriria também o princípio da legalidade penal, pois com ela se limita a liberdade pessoal.

A preocupação pela preservação dos direitos individuais de condenados parece não preocupar os entusiastas da VE, isso é o que pode inferir do relatório promovido pela John Howard Society of Alberta (2002):

Quando o monitoramento eletrônico foi inicialmente introduzido, havia a preocupação de que os direitos constitucionais dos infratores poderiam ser violados, por exemplo, a VE poderia infligir o direito do infrator à privacidade e à igualdade perante a lei, todavia, é geralmente aceito que aos infratores não é concedido o mesmo grau de proteção constitucional que aos demais cidadãos.

Outra questão importante levantada acerca da instalação e rastreamento dos indivíduos, porque constituiriam irrazoável abordagem (contínua) pessoal ou mesmo invasão domiciliar, em caso de ingresso na residência, para inspeção, por parte de oficiais, interferindo na sua intimidade pessoal, o que viola o direito constitucional inviolabilidade do domicílio. Os seus defensores, por sua vez, argumentam pelos “direitos diminuídos”, porque os condenados perdem certos direitos ao ingressarem no programa de VE, ele ou ela não tem direito de demandar por privacidade (Petersilia, 1988).

A imposição de aceitar a visita de um servidor responsável pela VE pode violar o direito constitucional à inviolabilidade do domicílio daqueles não sujeitos à sanção alguma. Mesmo que a pessoa eletronicamente venha a ter de aceitar a visita de um estranho à sua residência com o fim de fiscalizar o cumprimento da medida, ainda assim, para os membros da família ou outros coabitantes a entrada no domicílio deveria ser precedida no mínimo do seu expresse consentimento. (Cf. Blanqué, 2008).

Vários autores têm postulado que o consentimento do condenado deva ser determinante para a imposição da vigilância eletrônica (John Howard Society of Alberta, 2000), ou seja, não somente se deve obter a concordância do condenado em usar a tornozeleira eletrônica, mas ele deve estar plenamente consciente do modo como funciona e das consequências da sua violação.

Essa porém não parece ser a opinião do Tribunal de Justiça de São Paulo, pois ao julgar uma série de habeas corpus contestando a legalidade do uso do monitoramento em presos condenados previamente ao advento da lei 12.258/2010, este tribunal entendeu que:

Incabível o habeas corpus também porque a tornozeleira eletrônica não atenta contra o direito de liberdade de quem quer que seja, mas ao contrário, se destina à fiscalização do cumprimento dos deveres do preso quando em liberdade em virtude de saídas temporárias, o que é legal, tendo em vista o disposto na Lei nº 12.258/2010, principalmente porque, como presos condenados, seus destinatários já sofrem as restrições próprias das penas em execução.” (HC nº 0584837-82.2010 TJ/SP)

O uso de tornozeleira eletrônica não afronta a liberdade de locomoção do impetrante-paciente, que continua a ir e vir sem qualquer restrição a não ser aquelas próprias da disciplina na hipótese de saídas temporárias. Qualquer discussão sob o enfoque de direitos da personalidade, inclusive da dignidade humana, só poderá ser travada mediante a via cabível e adequada que, evidentemente, não é a do habeas corpus. (Habeas Corpus nº 0584840-37.2010.8.26.0000 TJ/SP)

Inconstitucionalidade por sentir-se envergonhado. Pleiteia a inconstitucionalidade do ME Por fim, alegando sentir-se envergonhado, pleiteia possa exercer trabalho laborterápico fora da prisão ou gozar de saídas temporárias sem o uso de tornozeleira eletrônica (fls. 2 a 21) Decisão: não configura constrangimento ilegal. (TJSP- Rel. Eduardo Pereira. HC nº 0226867-66.2011.8.26.00000

Habeas Corpus. Execução Penal. Insurgência contra o monitoramento eletrônico por meio de tornozeleira. Trata-se de norma processual, aplicando-se desde logo, segundo o artigo 2º do Código de Processo Penal. Não há violação à Constituição, sendo mero instrumento de vigilância indireta por parte do Estado. Constrangimento ilegal não configurado. Precedentes desta Corte. Ordem denegada. ( TJSP. Rel. Almeida Toledo. HABEAS CORPUS Nº 0172922-67.2011.8.26.0000)

Com relação à busca pessoal contínua, não encontramos decisões de tribunais que tenham debatido o tema em relação à VE. Essa discussão neste momento na Suprema Corte Americana, no caso Pineda-Moreno v. U.S (Docket 10-7515). Trata-se de dispositivo de rastreamento eletrônico acoplado no carro de um suposto traficante de drogas, o qual teria viajado por longo período, sem saber que estava sendo monitorado e sem que houvesse ordem judicial para proceder à busca. Vale dizer que o carro esteve estacionado no interior do domicílio da pessoa, permitindo a vigilância e eventuais escutas, sem que esta jamais soubesse do que trata.

Este caso demonstra as potencialidades dos dispositivos de vigilância em violar um sem número de direitos constitucionais: a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade do domicílio. E não só daquele que estaria sujeito ao controle, mas estende seus efeitos para todos aqueles que com ele de alguma forma se relacionarem permanentemente

A busca pessoal, que pressupõe a fundada suspeita, deixa de ser exercida em momentos excepcionais, para atingir continuamente aqueles submetidos à VE.

## **6.6 A Crise dos Princípios Constitucionais Penais**

As linhas que seguem buscarão relacionar as diferentes formas de pensar a Política Criminal para diferenciá-las entre aquelas que se voltam ao Direito Penal e aquelas que operam fora do âmbito do Direito Penal ou que apenas o tangenciam. As estratégias de redução de riscos permitem vislumbrar novas tendências político criminais desconectadas da Dogmática jurídico penal, cujo impacto sobre os princípios constitucionais penais podem ser devastadores.

### **6.6.1. Direito Penal do Agente?**

Num primeiro momento, pensamos que esta política voltada ao controle preventivo suspeitos se assemelharia às concepções do Direito Penal do agente, no entanto quando nos voltamos às concepções criminológicas que tornaram possível essa Política Criminal reguladora, muitas delas partiram de uma concepção de crime e criminoso como normais, desconsiderando qualquer etiologia. Basta recordar a teoria das janelas quebradas, teoria do crime como oportunidade, teoria econômica do crime, criminalidade da vida cotidiana. Além disso, os indivíduos e suas biografias não cumprem papel na aferição das estratégias adotadas para prevenir o crime.

Nesse sentido, não se trataria de um novo Direito Penal, mas sim de um direito administrativo penal. Silva Sanchez (2001), ao tratar da chamada neutralização ou incapacitação seletiva de delinquentes, previamente avaliados como criminosos de alto risco, a partir de cálculos atuariais diz ser esta uma forma de administrativização do Direito Penal.

Ainda segundo Silva Sanchez (2001), neste modelo de Estado de prevenção, que alguns chamam de estado, sucessor do estado liberal e do estado de bem estar social, e em determinados setores propensos a criação de riscos importantes para bens pessoais e patrimoniais, a prevenção comunicativa ou contrafática (comunicação com sanções penais ou administrativas) não parece suficiente, se não está complementada com o reforço cognitivo, constituído esse por diversas formas de controle preventivo, para as quais exerce um papel a atividade preventivo-policial de inspeção e vigilância.

O monopólio legal e judiciário da violência pelo Estado funciona como garantia do respeito aos princípios constitucionais penais e processuais, ou seja, de que

a restrição legítima à liberdade individual não poderá vir senão a mando de uma autoridade judiciária mediante o devido processo legal.

O monopólio estatal da violência é expresso por meio da estrita legalidade das penas, não há crime sem lei, e não há imposição de pena sem prévio cometimento de crime (Ferrajoli, 2002). A crise do Estado enquanto monopolizador legítimo da violência se vincula estreitamente com a crise dos princípios penais, dos quais a estrita legalidade ocupa lugar fundamental. Com efeito, é desse preceito lógico de que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal, que o Estado nas modernas democracias liberais funda sua legitimidade para intervir na liberdade individual.

Se de um lado, esses princípios legitimam a violência do Estado, eles impõem barreiras a essa mesma violência, cujos limites não podem ser ultrapassados sob pena de se cair na perda da legitimidade.

No Estado de Direito não há “poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis: nele todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos, relativos não só à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez dos atos acionáveis judicialmente e, ao menos em teoria, de responsabilidade para os seus autores. (Cf. Ferrajoli, 2002; Franco et al, 2001)

Zaffaroni, no prólogo da obra de Juarez Tavares (2010), recorda-nos dos perigos de ser perder isso de vista, ao afirmar que sem dúvida alguma, na nossa realidade, o foco de atenção de todo penalista – que pretenda sintonizá-la a partir de uma ótica democrática – não pode deixar de lado o caráter central dos limites do poder punitivo do Estado, em momentos nos quais a demagogia e a impotência política estão produzindo, em ritmo acelerado, leis e reformas de nítida feição autoritária e antiliberal.

Os princípios constitucionais penais, para mencionar os principais, sendo o da legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, da pessoalidade e da individualização da pena, foram consagrados nas constituições liberais como limites ao poder punitivo do Estado. Eles são instâncias de resguardo dos direitos individuais (Luisi, 2003).

Alberto Silva Franco (Franco et al, 2001), recorda que a função precípua do Direito Penal reside na tutela subsidiária (ultima ratio) de bens jurídicos penais.

De acordo com Ferrajoli (2002), a pena como sanção de um crime preestabelecido pela lei no tipo e nos limites máximos, e estabelecida por um juiz na forma e com a garantia do processo penal subentende alguns princípios. O primeiro

deles é o da retribuição, em virtude do qual ela é uma consequência jurídica de um crime, e um crime é um pressuposto ou condição necessária de uma pena.

O segundo seria o princípio da estrita legalidade das penas (*nulla poena sine lege*), consubstanciado na garantia de que ninguém será punido com sanção que não esteja estabelecida anteriormente em lei. Tal princípio comporta três dimensões de significados: a) a reserva da lei, com base no qual apenas a lei formal encontra-se habilitada a introduzir ou a modificar penas; b) a tipicidade ou taxatividade da penas, em virtude do qual as penas são todas e apenas aquelas cuja qualidade e quantidade estão previstas pela lei; c) a predeterminação legal das penas, por força do qual as penas podem ser infringidas apenas nas hipóteses (isto é, na presença de crimes) e nas medidas (de um mínimo e de um máximo) preestabelecidas por lei.

Um terceiro princípio, ainda segundo Ferrajoli, complementar ao da legalidade é o princípio da estrita submissão das penas à jurisdição, pelo qual se exige que a pena seja aplicada e concretamente determinada pelo juiz quanto à sua natureza e medida, nas formas e com as garantias próprias do juízo penal (*nulla poena sine iudicio*). Ele seria expressão do monopólio estatal da força.

Outro princípio basilar do Direito Penal, limitador da imposição da pena e do seu quantum, é o princípio da culpabilidade. De acordo com Roxin, a pena é um pressuposto de um conduta culpável. A Culpabilidade consistiria na realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer. (Roxin, 2004).

Com a renúncia ao pressuposto da culpabilidade, deve-se, *ipso facto*, prescindir-se também da pena. A primeira tarefa da culpabilidade foi a de dar justificação ao fim retributivo da pena. Uma retribuição no sentido de infligir um mal compensatório da culpabilidade pressupõe logicamente uma culpabilidade que pode ser compensada. Nesse sentido traduz-se culpabilidade como desvantagem para o acusado, pois legitima o mal que se lhe inflige. A segunda função que Roxin percebe do conceito de culpabilidade consiste em por uma barreira à faculdade de intervenção estatal, já que a medida da culpabilidade indicaria o limite superior da pena.

Para Roxin, o princípio de que a pena em sua gravidade e em sua duração temporal não deve superar o grau de culpabilidade, não procede, como o princípio da retribuição da culpabilidade, de fontes metafísicas. É, mais propriamente, um produto do liberalismo iluminista e serve, ao fim, para limitar o poder de intervenção do Estado. Dele pode derivar uma série de consequências que pertencem às mais efetivas garantias

do Estado de Direito e que, portanto, de maneira alguma deveria delas prescindir. Por exemplo, o princípio fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege* presente na legislação da maioria dos países, está vinculado estreitamente à função limitativa da pena do princípio da culpabilidade. O princípio da culpabilidade exige, portanto, a determinação do tipo, a proibição estrita de leis retroativas e a proibição de toda analogia em prejuízo do agente. Deste modo, liga o poder estatal à lei *lex scripta* e impede uma justiça arbitrária, além de limitar o máximo da pena permitida em caso de clara violação da lei escrita.

Não somente os princípios constitucionais penais devem ser submetidos à revisão diante dessa nova criminologia que pensa a partir do risco, mas também os princípios processuais penais sofrerão o mesmo impacto.

Aury Lopes Jr. (2010), ensina que o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena. Só assim deve ser estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena.

Aury Lopes Jr. (2010) entende que a exclusividade dos tribunais em matéria penal deve ser analisada em conjunto com a exclusividade processual, pois, ao mesmo tempo em que o Estado prevê que só os tribunais podem declarar o delito e impor a pena, também prevê a imprescindibilidade de que essa pena venha por meio do devido processo penal. Ou seja, cumpre aos juízes e tribunais declararem o delito e determinar a pena proporcional aplicável, e essa operação deve necessariamente percorrer o leito do processo penal válido com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas para o acusado.

Esses princípios encontram-se em crise. O princípio da legalidade, ao condicionar a existência de um delito para legitimar a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo; o princípio da culpabilidade, ao impor ao Estado-Juiz a instauração do devido processo legal e produção da prova para a formação da culpa e conseqüentemente a imposição da sanção penal; o princípio da pessoalidade que limita a sanção penal à pessoa do réu; o princípio da individualização da pena, que impõe ao Estado tomar em consideração as história, circunstâncias pessoais e do crime no

momento da aplicação da pena, mas também o estabelecimento de um programa individualizador tomando em conta a perspectiva de futuro do condenado, que obriga o Estado a oferecer condições para uma harmônica reintegração na sociedade. Todos esses princípios situam a pessoa humana no centro do sistema penal (Luisi, 2003).

Os princípios constitucionais processuais, nomeadamente o da submissão à jurisdição, o princípio do contraditório e o princípio da presunção de inocência se diluem diante dessa tendência criminológica de intervir na liberdade dos indivíduos sem o devido processo legal.

O que se assiste é justamente a prescindibilidade do processo penal, com todas as garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, para uma maior restrição na liberdade individual. Com efeito, mesmo com respeito à atual aplicação da VE aos submetidos ao semiaberto, impôs um adicional de restrição apenas em nome da segurança pública, sem qualquer exigência de fato novo e devido processo legal para a imposição da reprimenda.

O que vemos como forte tendência é justamente a flexibilização dessas garantias. A ingerência da Administração em arena outrora restrita ao âmbito do Judiciário, sendo a mais conhecida delas a tentativa de “administracionalização” da execução penal, pela qual a concessão de benefícios da execução não passaria mais pelo crivo do judiciário, mas figuraria como medida de conveniência administrativa. A criação inicial do RDD, ou regime disciplinar diferenciado, onde o preso permanece isolado por 22 horas, como medida administrativa para segregá-lo dos demais membros da população penitenciária, foi expressão típica das estratégias de gerenciamento da população prisional.

A restrição a direitos em nome da segurança pública provém não mais a partir dos critérios estabelecidos acima, ou seja, do cometimento de um fato típico descrito taxativamente na lei, cuja consequência é a privação da liberdade ou restrição de um direito, também esta prevista em lei anterior, cuja aplicação é da titularidade de um juiz independente, como expressão do monopólio legítimo do uso da força, após o devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

A aplicação de restrições à liberdade individual sem a submissão à jurisdição supõe tanto medidas que antecedem como aquelas que se seguem ao processo. Entre as primeiras, as medidas cautelares previstas no código processual penal com suas últimas atualizações, dentre as quais se inclui o monitoramento eletrônico. Dentre as últimas medidas, aquelas que se impõem após a condenação, mas não

previstas nessas, há toda uma sorte de medidas de interesse nitidamente administrativo, porém algumas controladas pelo juiz da execução, mas não menos extraprocessuais. Desde a imposição de sanções disciplinares que podem levar à permanência por maior tempo na prisão, até a transferência para uma unidade federal, com isolamento total por 22 horas e uma série de outras imposições, as restrições pós-pena como medidas de cunho administrativo e disciplinar.

Como bem aponta Carmem Silvia de Moraes Bastos (2001): “a pena deve ser constantemente adequada às condições pessoais do sentenciado, de forma a não cercear o seu livre desenvolvimento”. O que vemos, porém, em plena ascensão no momento é justamente o oposto disso. A vigilância eletrônica supõe o abandono de qualquer consideração individual na intervenção do Estado da esfera de liberdade individual. Ela se aplica de forma coletiva, seu único fundamento “legitimador” é a conveniência da administração pública; pouco importam as necessidades individuais ou qualquer vislumbre de reintegração social, pois o bom funcionamento do sistema aliado à tranquilização da sociedade com relação a potenciais delinquentes são os critérios válidos para a imposição da tornozeleira eletrônica.

De acordo com Feeley e Simon (1992), ao enfatizar a execução penal em termos de controle de grupos e o gerenciamento do sistema em vez do sucesso ou fracasso individual, a nova penologia reduz as expectativas acerca da pena criminal, um bom exemplo disso encontra-se no sistema penitenciário federal brasileiro, como já apontado (Jesus, 2010), os programas de reinserção social são postos à margem em nome da segurança e da disciplina como meio de enfrentar a ação de gangues dentro do conjunto penitenciário.

Os próprios princípios do Direito Penal não consubstanciados explicitamente na Constituição, como o da lesividade e do bem jurídico penal, estão sofrendo séria crise. A antecipação da intervenção punitiva do Estado, por meio da fixação de instrumentos de controle a distância no corpo dos indivíduos, prescinde da aferição sobre a necessidade de proteção de bens jurídicos e da preocupação em se avaliar se houve ou não ofensa aos bens e valores da sociedade. A permanente vigilância antecipa-se à qualquer cogitação em praticar um delito. Não interessam mais as intenções, interessa estar seguro de que o sistema de justiça não sofrerá abalos e que seu funcionamento garanta a segurança social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da vigilância eletrônica comporta um amplo espectro de considerações. Pode-se argumentar em torno da validade constitucional das leis e atos normativos que a inseriram no ordenamento jurídico; pode-se também restringir o debate em torno do custo-benefício dessa nova estratégia punitiva ou mesmo questionar a capacidade da iniciativa privada em gerir a vigilância eletrônica.

No entanto, tais considerações, embora importantes, deixam de lado o contexto histórico da introdução da vigilância eletrônica entre as práticas punitivas brasileiras. Também não evidenciam como elas se inserem no conjunto de transformações sociais pelas quais passam os Estados contemporâneos. Com efeito, um olhar sobre a história das penas no Brasil nos últimos 30 anos, sobretudo desde os ensaios preparatórios para o advento da Lei de Execução Penal, permitirá afirmar se a VE se integra na construção das transformações punitivas ocorridas no Brasil ou mesmo afirmar que o Brasil não segue qualquer linha evolutiva, mas simplesmente importa as inovações punitivas provenientes do primeiro mundo.

Além disso, a crise do Estado-Nação e seu monopólio do uso legítimo da força física, aliada à sua incapacidade em cumprir as promessas de garantir o estado de bem estar social e unidade cultural, tem provocado um processo de deslegitimação dos Estados e abertura de espaço para outros atores sociais.

Essa crise não ocorre sem poucas consequências, a iniciativa privada e organizações da sociedade civil ocupam hoje áreas antes monopolizadas pelo Estado. Hoje contamos mais com agentes privados que públicos responsáveis pela segurança dos cidadãos, de escolas, igrejas e supermercados, aqueles nem sempre sob controle e fiscalização do Governo. Mas não só a segurança pública, a própria execução da pena hoje se encontra cada vez mais sujeita a ação de operadores privados. O número de penitenciárias mantidas pela iniciativas privada e por ONGs cresce a cada ano, sob o argumento da redução de custos e melhor efetividade no cumprimento das sanções.

Como vimos, alguns irão afirmar que a vigilância eletrônica ingressa nesse contexto de subcontratação da soberania estatal para permitir que a iniciativa privada ingresse no que antes era monopolizado pelo Estado. A vigilância eletrônica deve ser pensada, ao nosso ver, dentro desse processo de subcontratação, onde o estado ocupa cada vez mais o papel de timoneiro e a iniciativa privada de remadora. Do ponto

de vista ético há que se questionar se a privação ou restrição da liberdade individual pode articular-se com fins econômicos, ou seja, se é eticamente correto ocupar-se da privação da liberdade alheia para realizar lucro.

Talvez o monitoramento eletrônico represente o campo mais promissor para a iniciativa privada, pois esta conta com a inabilidade do Estado em desenvolver tecnologia para executar por si próprio a vigilância a distância de condenados. Claro está que não só a invasão de novas tecnologias, mas também o encantamento do público com relação às infinitas possibilidades de seu uso, tornam quase inevitável a sua adoção na execução penal. Resta saber quais as consequências futuras dessas transformações. O Estado será capaz de controlar a expansão da iniciativa privada no campo punitivo ou a Política Criminal será ditada pelas regras de mercado?

Vivemos indubitavelmente mudanças paradigmáticas nas ciências criminais, o Direito Penal fundado na culpabilidade individual, na ofensa a bens jurídicos, na intenção do agente, na consciência da ilicitude, no princípio da reserva legal, na individualização da pena, cede espaço para a cultura do controle, para o gerenciamento de riscos, e vigilância e exclusão de agregados que oferecem potenciais riscos à sociedade e ao bom funcionamento do sistema de justiça.

Critérios de justiça e afirmação dos direitos fundamentais, embora presentes nos discursos dos operadores da Justiça, aos poucos cedem espaço para um novo discurso, o da eficiência da segurança pública e eficácia do Sistema de Justiça.

A condenação por uma ofensa ou séria ameaça de dano concreto como critério de avaliação de risco foi substituída pela categoria suspeitos. As pessoas são avaliadas como portadoras de risco com base no que antecipadamente especialistas responsáveis pelo policiamento preventivo consideraram características do que se constitui fatores de risco.

A nova penologia está marcadamente menos preocupada com a responsabilidade, culpa, sensibilidade moral, diagnose ou mesmo intervenção ou tratamento do indivíduo infrator. Ao contrário, está mais preocupada com técnicas para identificar, classificar, e gerenciar grupos selecionados por sua periculosidade. A tarefa é gerencial, não transformadora. Obviamente, já não se trata de reabilitar, mas de vigiar.

Recorremos aqui à literatura nacional para postular que o modelo de sociedade do controle voltado à gestão de grupos perigosos se estrutura no Brasil em articulação com a estratificação social, produzindo assim uma Política Criminal voltada à gestão autoritária da ralé estrutural brasileira.

As decisões judiciais confirmadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo confirmaram o receio e alerta inicial de que a VE teria caráter expansivo da teia punitiva. Com efeito ele se somou a outras razões para sanções disciplinares o que gerou regressão de regime para um número grande de condenados, o que levou a aumento do tempo de cumprimento da pena em regime fechado.

Defendemos que a vigilância eletrônica detêm uma capacidade expansiva cujo âmbito de atuação vai para além dos limites do Direito Penal. Mais que isso, a política que inspirou a inserção da VE em nosso ordenamento jurídico não está delimitada pela “barreira infranqueável” do Direito Penal. Razões políticas (política em geral) e não jurídicas, e tampouco razões fundadas em pesquisa, orientaram o legislador na implementação da VE.

A sociedade disciplinar não está superada pela sociedade do controle, ambas coexistem na vigilância eletrônica de condenados. O inclusão da VE em uma lei de caráter sancionador como a Lei de Execução Penal e seu potencial punitivo, verificado no número de regressões de regime decorrentes do uso da tornozeleira eletrônica mostram o disciplinamento como elemento presente na VE.

No caso brasileiro, dado que a vigilância eletrônica tem sua incidência limitada a condenados no semiaberto durante a saída temporária, o aspecto disciplinar aparece com maior evidência. Isso porém não impede que apresentemos um cenário permitido pelo vislumbre de suas potencialidades caso ela venha a se expandir para um maior número de condenados ou para outras situações, não só voltado ao controle de suspeitos de crimes, como o controle de diabéticos, crianças e idosos.

Este cenário situa a VE de condenados como expressão do “agenciamento vigilante” de que falam Ericson e Haggerty, na medida em que ela, ao lado de outras formas de vigilância, opera a abstração dos corpos humanos de seus contextos, a fragmentação desses corpos em fluxos de informação, os quais são remontados em perfis eletrônicos para fins de controle penal.

A prevalecer a tendência atual, as conquistas históricas em favor das liberdades individuais estarão definitivamente extintas no curto período de tempo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sergio e Cardia, Nancy. Human Rights Versus Law and Order? The challenges of democratic control of violence in contemporary Brazil. Fifth Annual Meeting Democratization and Citizen Security, Poitiers (France), 6-7 December 2007.

ALVAREZ, Marcos César, "A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais", *Dados - Revista de Ciências Sociais*, nº 45, Vol. IV, 2002. pp. 677-704

ANDREWS, D. A. e BONTA, J. *The Psychology of Criminal Conduct*. 2nd ed. Cincinnati, OH: Anderson, 1998.

\_\_\_\_\_. 1995. *The Level of Service Inventory-Revised*. Toronto: Multi-Health Systems.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos* – Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

Azevedo, R. G.. *Criminologia contemporânea*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 4), 2008.

\_\_\_\_\_. *Tendencias do Controle Penal na Modernidade Periférica: as reformas penais no Brasil e na Argentina na última década*. Tese de Doutorado em Sociologia – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

BALL, Richard A.; HUFF, Ronald C. e LILLY. R. J. *House Arrest and Correctional Policy: Doing Time at Home*. Newbury Park, CA: Sage, 1988.

BALL, K. Organization, surveillance and the body: towards a politics of resistance. In *Theorizing surveillance: the Panopticon and beyond*, ed. D Lyon, Willan Publishing, Portland, 2006. pp. 296–317.

BALL, R. A. e LILLY, R. J.. "A Theoretical Examination of Home Incarceration." *Federal Probation* 50:17-24, 1986.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BASTOS, Carmen S. M.. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BAUMER, Terry L., Michael G. Maxfield, and Robert I. Mendelsohn. "A Comparative Analysis of Three Electronically Monitored Home Detention Programs." *Justice Quarterly* 10:121-42, 1993.

BAYLEY, D.; Shearing, C. D.. *The New Structure of Policing: description, conceptualization and Agenda*. Washington, DC: National Institute of Justice, 2001.

\_\_\_\_\_. *The Future of Policing*. *Law and Society Review*, Volume 30, Number 3, 1996.

BECK, Ulrich. *Sociedade do Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo. Editora 34, 2004.

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment An Economic Approach*. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, 1974.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BLACK, Matt e SMITH, Russel G. *Electronic Monitoring in Criminal Justice System*. Em *Trends and issues in crime and criminal justice*, no. 254 Canberra: Australian Institute of Criminology, no. 254, May, 2003.

BLACKWELL, Brenda Sims et al. *Measuring Electronic Monitorin Tools: The Influence of Vendor Type and Vendor Data*. *Am J. Crim Just*, 36:17-28, 2011.

BLANQUÉ, Cristina G. El Control Electrónico en el Sistema Penal. Tesis Doctoral. BIUniversitat Autònoma de Barcelona. Departament de Ciència Política i de Dret Públic, 2008.

BOBBITT, Philip. The Shield of Achilles: war, peace, and the course of history. New York: Alfred A. Knopf, 2002.

BONTA, James, WALLACE-CAPRETTA, S. and ROONEY, J. Forthcoming. "A Quasi-Experimental Evaluation of an Intensive Rehabilitation Program." Criminal Justice and Behavior, 2000.

\_\_\_\_\_. "Can Electronic Monitoring Make a Difference? An Evaluation of Three Canadian Programs." Crime and Delinquency. Vol. 46 No. 1, January 2000 61-75: Sage, 2000.

Borja Jiménez, Emiliano. 2003. Curso de Política Criminal. Valencia: Tirant lo Blanc.

Braithwaite, John. 2000. The New Regulatory State and the transformation of criminology. British Journal of Criminology, 40, 222-238.

Brüseke, Franz J.. Risco e Contingência. 2005. Socitec e-prints. V. 1, n. 2. Jul-Dez.

CAMPOS, Marcelo da S. Crime e Congresso Nacional no Brasil pós-1988: uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Estadual de Campinas, 2010.

CARTER, Patrick. Managing Offenders, Reducing Crimes: A New Approach. London: Correctional Services Review, 2003.

COHEN, Stanley. Visions of Social Control. Cambridge, UK: Polity Press, 1985.

COYLE, Andrew. Conclusion. In Coyle, Andrew; Campbell, Alice; Neufeld, Rodney. *Capitalist Punishment: prison privatization & Human Rights*. Atlanta: Clarity Press, 2003.

CULLEN, Francis T., Faith E. Lutze, Bruce G. Link, and Nancy T. Wolfe. "The Correctional Orientation of Prison Guards: Do Officers Support Rehabilitation?" *Federal Probation*, 1989, 53:33-42.

DELEUZE, G. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: *Conversações, 1972-1990*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992. p.219-226

CULLEN, Francis. T., John P. Wright, and Brandon K. Applegate. "Control in the Community: The Limits of Reform?" pp. 69-116 in *Choosing Correctional Options That Work: Defining the Demand and Evaluating the Supply*, edited by A. T. Harland. Thousand Oaks, CA: Sage, 1996.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis. Para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6aed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DELMAS-MARTY, Meirelle. *Modelos e Movimentos Atuais de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1992.

DIAS, J. F. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. *Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOBÓN, J.; Beiras, I.R.. *La cultura del riesgo : derecho, filosofía y psicoanálisis*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DOHERTY, Diana. "Impressions of the Impact of the Electronic Monitoring Program on the Family." Pp. 129-39 in *Electronic Monitoring and Corrections: The Policy, the Operation, the Research*, edited by K. Schulz. Burnaby, Canada: Simon Fraser University, 1995.

DOTTI, René A. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ERICSON, Richard V. e Haggerty, Kevin D. The New Politics of Surveillance and Visibility. Toronto: University of Toronto Press, 2006.

\_\_\_\_\_. The Surveillant Assemblage. British Journal of Sociology Vol. No. 51 Issue No. 4, 2000.

\_\_\_\_\_. Policing the Risk Society. Toronto: University of Toronto Press, 1997.

FEELEY, Malcom M. e SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. Criminology Volume 30 Number 4, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. Seguridad, Territorio, Población: curso en el Collège de France: 1977-1978 – 1e. - Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

\_\_\_\_\_. “Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões”. 13a. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. Microfísica do Poder. RJ: Graal, 1985.

FRADE, Laura. O Que O Congresso Nacional Brasileiro Pensa Sobre a Criminalidade. Tese apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília/UNB, 2007.

FURNHAM, Adrian et al. 2010. The Allocation of a Scarce Correctional Resource: Deciding Who is Eligible for an Electronic Monitoring Program. London: Journal of Applied Social Psychology, 40, 7.

GARLAND, David. 2001. Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: Univ of Chicago Pr

\_\_\_\_\_. 'Governmentality and the problem of Crime: Foucault, criminology, sociology. Theoretical Criminology. 1:2, 1997.

\_\_\_\_\_. The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary societies. The British Journal of Criminology, Vol. 36, N. 4, 1996. 445-471

\_\_\_\_\_. Punishment and modern society: a study in social theory. Oxford: Oxford University Press, 1990.

GENDREAU, Paul e GOGGIN, Claire. "Principles of Effective Correctional Programming." Forum on Corrections Research 8:38-41, 1996.

GERALDINI, J. Rodrigues. O Monitoramento Eletrônico como Dispositivo de Controle no Sistema Prisional Brasileiro. CONTROLE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. Dissertação de Mestrado, Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

GIDDENS, A. As conseqüências da modernidade. San Pablo: UNESP, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. Conceito e Método da Ciência do Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito Penal Atual e no Futuro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6 – n. 24, 1998.

HAGGERTY, K. D. Tear down the walls: on demolishing the panopticon. Em Theorizing surveillance: the Panopticon and beyond, ed. D Lyon, Willan Publishing, Portland, pp.23-45, 2006.

- HIER, Sean P. Probing the Surveillant Assemblage: on the dialectics of surveillance practices as processes of social control. *Surveillance & Society* 1(3): 399-411, 2003.
- HUCKLESBY, Anthea. The Working Life of Electronic Monitoring Officers. *Criminology and Criminal Justice*, 11:59, 2011.
- HUDSON, Barbara. Punishment, right and difference: defending justice in the risk society. In Stenson, Kevin e Sullivan, Robert R. *Crime, Risk and Justice: the politics of crime control in liberal democracies*. Portland: Willan Publishing, 2001.
- JESUS FILHO, José de . *The Rise of Supermax in Brasil*. Rutgers Press. (no prelo), 2011.
- John Howard Society of Alberta. 2000. *Electronic Monitoring*. Disponível em <http://www.ccoso.org/library%20articles/Albetrta.pdf>, acessado em 10/02/2011.
- KANT DE LIMA, R. A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: *Cidadania e Violência*. Velho, G. e Alvito, M. Editora da UFRJ/Ed. DA FGV, 1996. p. 165-178.
- LEAL, César Barros. *Vigilância Eletrônica a distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.
- LEMGRUBER, J. e FERNANDES, M. Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: em experimento na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Associação para a Reforma Prisional, 2011.
- LEMKE, Thomas. 2001. Paper presented at the Rethinking Marxism Conference, University of Amherst (MA), September 21-24, 2001.
- LILLY, Robert J., Richard A. Ball, G. David Curry, and John McMullen. 1993. "Electronic Monitoring of the Drunk Driver: A Seven-Year Study of the Home Confinement Alternative." *Crime & Delinquency* 39:462-84.

LIPPERT, R. Signs of the Surveillant Assemblage: Privacy Regulation, Urban CCTT, and Governmentality. *Social & Legal Studies* 2009 18: 505

LOADER, I. e SPARKS, R. 2007. Contemporary Landscapes of Crime, Order and Control: Governance, Risk and Globalization in M Maguire, R Morgan and R Reiner (eds), *The Oxford Handbook of Criminology* (4th Edn) Oxford University Press

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

LUCA, Heloiza Meroto de. *A politica criminal como critério teleológico da Dogmática penal*. Tese aprovada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

LUISI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUHMANN, N. *Sociología del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

LYON, David.. *Surveillance Studies: an overview*. Cambridge: Polity, 2011.

\_\_\_\_\_. *Theorizing Surveillance: the panopticon and beyond*. Portland: Willan Publishing, 2006.

\_\_\_\_\_. *Surveillance Society: monitoring everyday life*. Buckingham: Open University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *The Electronic Eye: the rise of surveillance society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

MENDONÇA, Nalayne. 2006. *Penas e Alternativas*. Um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro.

MISSE, Michel. Malandros, Marginais e Vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. Tese apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1999.

MITJAVILA, Myriam. 2010. O Risco como recurso para a Arbitragem Social. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo*, 14(2): 129-145

\_\_\_\_\_. 1999. El riesgo y las dimensiones institucionales de la modernidad. *En publicacion: Revista de Ciencias Sociales, no. 15*. DS, Departamento de Sociologia, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo.

MUÑOZ CONDE, Francisco. 1975. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: José María Bosh.

NEDER, Gislene. 2009. Cultura, poder e violência. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 17-30, março

NELLIS, Mike. 2011. The Integration of Probation and Electronic Monitoring – A Continuing Challenge – A Reflective Report for CEP – May. Acesso em 20/01/2012: [http://www.cepprobation.org/uploaded\\_files/EM%20Literature%20Research.pdf](http://www.cepprobation.org/uploaded_files/EM%20Literature%20Research.pdf)

O'MALLEY, Pat. Simulated Justice: risk, money and telematic policing. *Brit. J. of Criminol.* 50,. 795-807, 2010.

\_\_\_\_\_. Risk, Crime and Prudentialism Revisited. The University of Sydney. Sydney Law School. Legal Studies Research Paper, N. 09/122, 2009.

\_\_\_\_\_. Risk, Power and Crime Prevention. *Economy and Society*, 21:3. 1992.

OSBORNE, David, e GAEBLER, T.. *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1992.

PADGETT, K.G., BALES, W.D. e Blomberg, T.G. Under surveillance: an empirical test of effectiveness and consequences of electronic monitoring.. *Florida State University, VOLUME 5 NUMBER 1 PP 61–92*. 2006.

PAYNE, K. Brian; GAINNEY, Randy R.. The Electronic Monitoring of Offenders Released from Jail or Prisons: Safety, Control, and Comparisons to the Incarceration Experience. *The Prison Journal*, 2004. 84: 413.

\_\_\_\_\_. 2000. Understanding the Experience of House Arrest with Electronic Monitoring: An Analysis of Quantitative and Qualitative Data. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 44:84.

PATTERSON, Craig. A Privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de infratores na Inglaterra e no País de Gales. *São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 17, n. 77 mar-abr, 2009, 281-297.

\_\_\_\_\_. 2009. Understanding the Electronic Monitoring of Offenders: commercial criminal justice in England and Wales. VDM Verlag Dr. Miller.

\_\_\_\_\_. 2007. Street-level Surveillance: human agency and the electronic monitoring of offenders. *Surveillance and Society*, 4 (2-3).

PAVARINI, M. Prólogo. *La cárcel en el sistema penal un análisis estructural*. coordinador, Iñaki Rivera Beiras; prólogo, Massimo Pavarini; colaboradores, Gemma Calvet Barot, Josep García Borés Espí, José Antonio Rodríguez Sáez ; epílogo, Roberto Bergalli. Barcelona, Editorial M.J. Bosch, 1995.

PETERSILIA, J.. A man's home is his prison. *Criminal Justice*, 2, 17-19, 1988, 40-42.

THE PEW CENTER FOR THE STATES. Prison Count 2010: state population declines for the first time in 38 years. Revised April 2010.

RIGAKOS, George. S. e HADDEN, Richard W. 2001. Crime, Capitalism and the "Risk Society?": Towards the Same Olde Modernity? *Theoretical Criminology*, 5:61.

RHODES, Lorna. 2004. Total Confinement: madness and reason in the maximum security prison. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.

- RODRIGUEZ, Laura Zúñiga. 2001. Política Criminal. Bogotá: Editorial Colex.
- ROXIN, Claus. A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 46, 2004.
- \_\_\_\_\_. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.
- \_\_\_\_\_. 1973. A Culpabilidade como Critério Limitativo da Pena. Revista de Direito Penal. Ns. 11/12 Julho
- ROSE, Nikolas. 1996. The Death of the Social? Re-figuring the territory of government. Economy and Society. Volume 25 Number 3 August.
- \_\_\_\_\_. 1999. Governing the Soul: the shaping of the private self. London: Free Association Books.
- ROSE, Nikolas et al. 2006. Governmentality. Annu. Rev. Soci. Sci., 2:83-1004.
- SANTOS, R. E. Genealogia da Governamentalidade em Michel Foucault. Dissertação apresentada ao Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia, 2010.
- SOUZA, Jessé.. A Ralé Brasileira – quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.
- STENSON, Kevin e SULLIVAN, Robert R.. Crime, Risk and Justice: the politics of crime control in liberal democracies. Portland: Willan Publishing, 2001.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en Las Sociedades Postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

SHEARING, Clifford. D. e Stenning, Philip C.. Perspectives in Criminal Law. (Eds. A. Doob e E. Greenspan), Ontario: Canada Law Book Inc.1985, pp. 335-49.

SHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas del Derecho Penal en Los Humbrales. Lima: IDEMSA, 1982

SILVA, Antonio M. S... Estado, monopólio da violência e policiamento privado: com quem fica o uso legítimo da força física na sociedade contemporânea? Emancipação, Ponta Grossa, 8(2): 2008, 9-19. Disponível em <<http://www.uepg.br/emancipacao>>

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do Risco: *requiem* pelo bem jurídico? Revista Brasileira de Ciências Criminais, 86, 2010.

TAVAREZ, Juarez. 2010. Teoria del Injusto Penal. Buenos Aires: B. de F.

TEIXEIRA, Alessandra. Prisões da exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2009.

TONRY, M. and M. LYNCH, Intermediate sanctions. In: M. Tonry (Ed.), Crime and Justice: A Review of Research, 20, pp. 99–144. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio R. la Cultura del Riesgo. In Beiras, Iñaki Rivera La Cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio R. e Batista, Nilo.. Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZGUBIC, G. A. e Jesus Filho, J. 2007. “É Positivo o Projeto que Prevê o Monitoramento Eletrônico de Condenados e Presos Provisórios?: Não: Foco Distorcido: São Paulo: Folha de São Paulo, 5 de maio de 2007.

WEBER, Max. 1993. Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: Cultrix.

\_\_\_\_\_. 2004. Economia e sociedade. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

WHITFIELD, Dick. 2001. The Magic Bracelet: technology and offender supervision. Winchester, UK: Waterside Press.

WIERVORKA, Michel. O novo paradigma da violência. São Paulo: Tempo Social, v. 9, n. 1, 1997, p. 5-45, maio.

WILKINSON, B. e LIPPERT, R. Moving Images through assemblage: police, visual information and resistance. In *Critical Criminology* (13 October 2011), 2011, pp. 1-15,