

GESTÃO DIFERENCIAL DOS ILEGALISMOS NO PROCESSO PENAL NA ERA DA SOCIEDADE DIGITAL

DIFFERENTIAL MANAGEMENT OF ILLEGALISMS IN THE CRIMINAL PROCESS IN THE ERA OF DIGITAL SOCIETY

DANIEL NASCIMENTO DUARTE

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF/Campus GV). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Advogado criminalista. ORCID: [orcid.org/0000-0002-8107-505X].
daniel.duarte@ufjf.edu.br

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada – Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito da Economia pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Professor Associado de Direito Processual Penal e Prática Penal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Pesquisador Jovem Cientista do Estado – FAPERJ. Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico” da UFRJ/UCP. Advogado criminalista. ORCID: [orcid.org/0000-0003-4485-844X].
antonio.santoro@ucp.br

Recebido em: 29.03.2021

Aprovado em: 03.05.2021

Última versão dos autores: 15.06.2021

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Digital; Filosofia

RESUMO: Busca-se no presente artigo responder a dois problemas centrais: como se forma e se caracteriza a gestão diferencial dos ilegalismos

ABSTRACT: This article aims to answer two central problems: how is the differential management of illegalisms formed in criminal proceedings

no processo penal? E como se comportam essas características na era da sociedade digital? Para tanto, procurou-se caracterizar o que se denominou gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal para, posteriormente, refleti-la e enquadrá-la, ou não, nas peculiaridades persecutórias que tentam fazer frente às complexidades tecnológicas oriundas dos ambientes digitais de socialização. Partindo-se inicialmente de eixos centrais no pensamento de Michel Foucault e aportando em grau relacional nas diretrizes da hermenêutica processual penal de Alberto Binder, buscou-se demonstrar que, a partir da formação de um saber-poder de cariz criminal, a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal se perfez como característica intrínseca ao cotidiano manejo do sistema penal desempenhado pelos atores aqui denominados persecutórios. Além disso, também buscou-se ilustrar que, em tempos tecnológicos e de socialização digital, a formação de saber pelo Direito se vê prejudicada e tal fato tende a influenciar nos reflexos de poder do próprio Estado em matéria de busca por controle mediante coercibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Gestão diferencial dos ilegalismos – Hermenêutica processual penal – Saber-poder – Sociedade digital.

formed and characterized? And how do these characteristics behave in the era of the digital society? To this end, we sought to characterize what was called the differential management of illegalisms in the criminal process, to subsequently reflect and frame it, or not, in the persecutory peculiarities that try to face the technological complexities arising from the digital socialization environments. Starting from central axes in the thinking of Michel Foucault and contributing in a relational degree to the guidelines of Alberto Binder's criminal procedural hermeneutics, we sought to demonstrate that, from the formation of a criminal knowledge-power, the differential management of illegalisms in the criminal process has become an intrinsic characteristic of the daily handling of the penal system performed by the actors here called persecutors. In addition, it also sought to illustrate that, in technological times and in digital socialization, the formation of knowledge by law is impaired and this fact tends to influence the reflections of the State's own power in terms of the search for control through coercibility.

KEYWORDS: Criminal procedure – Differential management of illegalisms – Criminal procedural hermeneutics – Knowledge-power – Digital society.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do saber-poder à gestão diferencial dos ilegalismos: aportes foucaultianos. 3. Aportes político-criminais centrais em Alberto Binder e as relações com a sua concepção de hermenêutica processual penal: papel dos atores e o saber-poder na persecução criminal. 4. "Gestão diferencial dos ilegalismos" no processo penal: uma aproximação entre as diretrizes foucaultianas e as reflexões de Alberto Binder. 5. Entre os desafios do *saber* e os desafios do *poder*: gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital. 5.1. Iniciando pelo *saber* na sociedade digital. 5.2. Chegando ao *poder* na sociedade digital. 6. Dos perigos intrínsecos à gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal voltada para o âmbito da sociedade digital. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO¹

Não é sobre lei, é sobre poder. As linhas que seguem tratarão da relação entre o processo penal e as imposições políticas de controle que o acompanham e que

1. Trabalho resultado parcial de projeto de pesquisa financiado pela FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro como bolsista

foram possibilitadas pela formação de *saber-poder* (FOUCAULT, 2005) coercitivo capaz de culminar na vigilância de certos indivíduos.

O surgimento sempre forjado dessa formação de conhecimento permitiu e precedeu momentos pontuais nos caminhos meticulosos do controle social. Atualmente, com a evolução tecnológica, há um afastamento das instâncias jurídicas no que toca ao conhecimento científico de cariz digital o que tem provocado, em grau de consequência, certos desafios para se repetir o controle social seguro tal qual nos tempos das instituições tradicionais de vigilância.

O que preocupa nesse contexto são as possíveis reações persecutórias a partir do temor pela perda de poder num ambiente em que o Estado gestor de controle não possui hegemonia de poderio.

Para tanto, os *problemas* que se põe a responder são: como se forma e se caracteriza a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal? Tal característica tende a se enaltecer e ganha peculiares diante de um contexto de complexidades tecnológicas na era da sociedade digital?

Parte-se da *hipótese* de que, a partir da formação de um saber hermenêutico processual penal e dos direcionamentos e jogos de poder próprios da persecução criminal, tem-se a formação de um *saber-poder* específico e que delimita, condiciona e possibilita uma *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*. Atualmente, tal característica, intrínseca ao processo criminal, se enaltece e se direciona às cegas, em virtude da ausência de formação efetiva de *saber* acerca das novas tecnologias digitais, entretanto, ainda assim, busca a manutenção de certa racionalidade tradicional de controle para tentar impor *poder* diante das complexas peculiaridades tecnológicas e dos desafios atinentes às novas formas digitais de socialização.

Em grau metodológico, a pesquisa pautou-se em revisão bibliográfica para delinear o trabalho reflexivo que aqui se propõe.

O caminho discursivo proposto, inicialmente, parte de bases centrais do pensamento de Michel Foucault (2005; 2006; 2015) com o objetivo de delinear o que se entende por *saber-poder* no âmbito coercitivo e, principalmente, para dar as linhas caracterizadoras do que fora denominado pelo pensador francês de *gestão diferencial dos ilegalismos*.

Posteriormente, a partir das diretrizes centrais da hermenêutica processual penal sedimentada pelo teórico argentino Alberto Binder (2013) e de noções que

Jovem Cientista do Nosso Estado (Edital 04/2018 – pedido E-26/202.675.2018 – Processo 238453).

DUARTE, Daniel Nascimento; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 23-55. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

norteiam seu pensamento (2003), buscou-se trazer os aportes característicos e categorizadores do que se denominou aqui de *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*.

Por fim, valendo-se de autores que têm como objeto de estudo as complexidades tecnológicas e os desafios jurídicos (PARDO, 2009) e as modificações nas concepções de poder a partir das peculiaridades da socialização digital (CASTELLS, 2002; OWEN, 2015), buscou-se refletir acerca do papel do processo penal nessa encruzilhada que se apresenta nos tempos atuais e as tentativas de manutenção insistente de uma tradicional gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal ainda que perante um momento demasiadamente novo.

Procurou-se contribuir em grau categorizador e reflexivo com as problemáticas que advêm dos desafios aqui genericamente apresentados, afinal, quem pode sair perdendo mais ainda diante de um crescimento ainda maior das coercitividades persecutórias é a primazia dos direitos fundamentais constitucionais e a própria liberdade humana (em grau pessoal e digital).

2. DO SABER-PODER À GESTÃO DIFERENCIAL DOS ILEGALISMOS: APORTES FOUCAULTIANOS

A “forma jurídica” (FOUCAULT, 2005) é possibilitada pelo saber forjado que a antecede e sua imposição é indissociável de um exercício intrínseco de poder. É justamente por isso que Michel Foucault delimitou que, por trás de todo saber, há um jogo de poder e, por sua vez, todo poder político é tramado no saber (FOUCAULT, 2005, p. 51). Para o pensador francês, se o saber é jurídico (ou declaradamente jurídico), o poder é político e, ambos, ciclicamente, se forjam, se complementam e se permitem. Tal junção categórica e significante é denominada *saber-poder*.

Sendo assim, se o poder político depende do saber, somente existem sujeitos de conhecimento que delimitam certas ordens de verdade em determinados momentos históricos se existem condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito e os domínios do seu saber (FOUCAULT, 2005, p. 27). A relação poder político e formação do conhecimento diz muito sobre os intentos de dominação de uma sociedade. Em *Verdade e as formas jurídicas* (2005), o pensador francês buscou refletir sobre essas perspectivas diagnósticas a partir das delimitações de saber-poder que nortearam as formas jurídicas de controle, transviando-as de conhecimento.

Na clássica obra, o que o autor denominou de “*forma de saber*” está situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos.

O sujeito de conhecimento tende a ser o eixo racional que, em grau relacional, permite o desenvolvimento das prioridades políticas de um dado momento, sob a alcunha de saber (FOUCAULT, 2005, p. 77). Segundo o autor, “a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber” (2005, p. 77).

Nas reflexões, antes de adentrar na sociedade de vigilância em si – que seria a chegada do saber-poder na contemporaneidade –, o autor trabalha com demonstrações elucidativas das reflexões travadas a partir de exemplos históricos como o *inquérito* e da própria concepção de *infração*. Segundo Foucault, o *inquérito* “é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir” (2005, p. 78). O *inquérito* apresentou-se historicamente como uma forma de saber-poder, tendo sido instrumento inventado pelo Direito – enquanto conhecimento – a fim de tomar partido instrumental de certas determinações econômicas e políticas que atravessavam as instâncias de poder da idade média.

O mesmo ocorreu com a concepção de *infração*. Segundo Foucault, a noção de *infração* advém em substituição à ideia de *dano* (que seria cometido de um indivíduo contra o outro) e o ato infracional passa a ser concebido como “uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano” (2005, p. 66). Portanto, para Foucault, a *infração* é uma das grandes invenções do pensamento medieval e demonstra bem, no decorrer da história, “como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário” (2005, p. 66).

Diferente não ocorreu com a transição para a denominada sociedade de vigilância. Saber e poder permaneceram se permitindo e se complementando mediante a pulsão do direcionamento político. Segundo Foucault, no modelo dito *panopticon*, distinto do *inquérito*, não se trataria mais de reconstituir um acontecimento, mas, sim, de vigiar *alguém* totalmente e sem interrupção; vigilância esta que se daria “sobre os indivíduos por alguém que sobre eles exerce um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber” (FOUCAULT, 2005, p. 88).

Na sociedade de vigilância, a relação política que culmina em declarada produção de saber mediante poderio, passa a configurar um *saber diferente* e também

um *poder diferente*. Quanto ao *saber*, fixa Foucault, este “tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, *conforme ou não à regra*” (2005, p. 88, grifos nossos), portanto, o saber, “*se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer*” (2005, p. 88).

Já quanto ao *poder*, este novo momento denota novos aspectos de poderio no interior das instituições que o compõem, poder este que, nas palavras de Foucault, seria “polimorfo, polivalente”. Isto porque, expõe o autor, este mesmo poder, que é econômico e político, é também um poder judiciário, justamente, pois, “nestas instituições não apenas se dão ordens, se tomam decisões, [poder político] não somente se garantem funções como a produção, a aprendizagem, etc., [poder econômico], mas também se tem o direito de punir e recompensar, se tem o poder de fazer comparecer diante de instâncias de julgamento” (2005, p. 120).

Cabe o destaque que, para além da instância oficial *togada* de julgamento que é própria do sistema de justiça (o próprio Judiciário em si), as ditas “instâncias de julgamento” referidas por Foucault são próprias também de *microrrelações de poder* (micropoder) que estão presentes no interior das instituições de vigilância. O autor exemplifica com o caso das prisões (para onde, curiosamente, os indivíduos são enviados porque foram julgados por um tribunal), mas onde “sua existência é colocada sob a observação de uma espécie de microtribunal, de pequeno tribunal permanente, constituído pelos guardiões e pelo diretor da prisão, que da manhã à noite vai puni-los segundo seu comportamento” (FOUCAULT, 2005, p. 120). O mesmo ocorreria com o sistema escolar que, segundo o autor, “também inteiramente baseado em uma espécie de poder judiciário. [onde] a todo momento se pune e se recompensa, se avalia, se classifica, se diz quem é o melhor, quem é o pior” (2005, p. 120). Em suma, revelando-se um local onde também se julga para poder ensinar (ou seria vigiar?).

Com a junção de tais características, fica mais compreensível perceber que, no controle exercido na sociedade de vigilância, o respeito à *norma* assume centralidade no jogo de poder. Será, assim, neste contexto, que quem detém tal poder acabará, politicamente, por manejar a quem a norma se direciona coercitivamente e a quem ela não alcançará. Tal constatação traduz o que Foucault denominou de “*gestão diferencial dos ilegalismos*”².

2. A ideia de gestão diferencial (com essa nomenclatura) pode ser constatada em *Vigiar e Punir* (2006). Entretanto, a ideia acerca dos ilegalismos e os manejos que os norteiam, é, segundo Fonseca (2002, p. 130), introduzida por Foucault nas aulas de 21 e 28 de fevereiro no curso do *Collège de France* de 1973, que mais tarde veio a se tornar a importante

A noção de ilegalismos envolve muito mais do que a simples prática de um ato ilegal (ilegalidade). O que está em jogo é a *delimitação* de práticas como ilegais (gestão diferencial de uma irregularidade em relação a outras) em função de um conjunto *extrajurídico* – político, econômico e social. Pode-se dizer que “os ilegalismos circulam entre o domínio formalizado da lei e os domínios não formalizados que constituem as práticas de ordem econômica e social” (FONSECA, 2002, p. 140).

Em *Sociedade Punitiva* (2015), Foucault, a partir de densa reconstrução histórica – localizando em diferentes momentos e para distintos atores as constatações dos manejos dos ilegalismos e as consequências daí oriundas –, delineou as ideias centrais acerca dos ilegalismos, identificando-os como presentes no interior ou ao lado da conjuntura normativa e remetendo-os, assim, à “ideia de um jogo em torno da legalidade e das ilegalidades efetivamente praticadas” (FONSECA, 2002, p. 132). Para o pensador francês, durante a história, o poder sempre adveio como interventor regulatório dos ilegalismos e, nessa esteira, o respeito à legalidade não passava de estratégia no jogo dos ilegalismos (FOUCAULT, 2015, p. 133). De forma geral, tais ilegalismos denotavam, por diversos fatores, uma “margem de tolerância” às regras formalmente dotadas de obrigatoriedade.

Em *Vigiar e Punir* (2006), bem como em *A sociedade punitiva* (2015), o autor aprofunda na ideia de que em determinados momentos históricos certas transgressões legais eram toleradas e, por vezes, inclusive com a participação de agentes do estado, até aceitas ou incentivadas e, já em outros contextos, as mesmas transgressões poderiam deixar de ser admitidas e serem perseguidas. Denota-se, pois, que:

“entre o que é estabelecido em lei e as ilegalidades que são praticadas, não se interpõe um sistema punitivo absolutamente neutro: o que ocorre é que

obra “Sociedade Punitiva” (2015). Em níveis de tradução da obra foucaultiana para o português, o termo “ilegalismos” (*illégalismes*) por vezes foi tomado como “ilegalidades” (talvez porque, em alguns momentos de suas longas reflexões, Foucault de fato tenha feito tal sinonímia). Ocorre que, segundo deixa claro Fonseca (2002, p. 138-139), “o sentido que este termo assume em *Vigiar e Punir* e, anteriormente a esse texto, no curso *La société punitive*, parece indicar a necessidade de uma consideração mais cuidadosa acerca da sua tradução e, especialmente, no que tange ao significado particular que o termo ‘ilegalismos’ possui”. Em tais reflexões, centrais também para o presente estudo, “ilegalismo” é mais do que um ato ilegal e sim é uma realidade direcionada (gestada e gerida) e impositivamente relacionada como irregular, realidade esta que se perfaz para além do texto de lei unicamente considerado.

nem toda prática ilegal deve ser punida e, no sentido inverso e ao mesmo tempo proporcional, nem toda lei deve ser respeitada.” (FONSECA, 2002, p. 132-133.)

Identifica Fonseca (2002) que, para Foucault, a punição, por exemplo, deve ser entendida no contexto de *um jogo múltiplo de interesses e forças*, “em que muitas vezes legalidade e ilegalidade não se opõem no plano efetivo das práticas sociais aceitas” (2002, p. 133), sendo o âmbito do sistema penal o âmbito por excelência da gestão manejada (diferencial) dos ilegalismos. Telles e Hirata (2010), em referência a Foucault, destacam que o teórico ao tratar da gestão diferencial dos ilegalismos “desloca a discussão da tautológica binaridade legal-ilegal para colocar no centro da investigação os modos como as leis operam, não para coibir ou suprimir os ilegalismos, mas para diferenciá-los internamente” (2010, p. 41). A ideia reflexiva acerca da gestão diferencial de ilegalismos é uma importante virada nas reflexões foucaultianas.

Fala-se em *gestão* pois “não se trataria de suprimi-los, [os ilegalismos] mas de administrá-los diferencialmente e permanentemente”. Tal “gestão diferencial dos ilegalismos”, portanto, surge como critério a que toda “pedagogia da punição” deveria obedecer; critério este “onde estão inseridas as regras essenciais inerentes a essa nova organização do poder de punir” (FONSECA, 2002, p. 136).

O que estaria em jogo no controle social mediante o sistema penal é justamente o poderio (*saber-poder*) que atravessa constantemente a tomada decisória (política) que exerce a gestão dos ilegalismos. Tal gestão se diz *diferencial* pois trata-se de impedir a ocorrência de algumas ilegalidades e deixar que outras sejam realizadas; “a penalidade será, então, calculada; o que e quanto se quer evitar e o que e quanto pode ocorrer” (FONSECA, 2002, p. 136).

Foucault discute e demonstra que, no decorrer da história, diferentes grupos sociais possuíam uma margem de ilegalismos tolerada. Tal tolerância dizia respeito à não aplicação de uma regra específica ou a um conjunto de regras ou à não observação normativa (FONSECA, 2002, p. 133). E era por causa deste ato de inobservância das regras vigentes que se garantia o funcionamento político e econômico da sociedade a que aquele grupo pertencia. Isto significa que “uma certa margem de ilegalismos era necessária à vida de cada camada social, garantindo-se a dinâmica da sociedade como um todo” (2002, p. 133). Os ilegalismos, portanto, compõem o funcionamento da própria sociedade. Portanto, para Foucault, “não é possível entender o funcionamento do sistema penal, de um sistema de leis e interditos, se não nos interrogamos sobre o funcionamento positivo dos ilegalismos” (2015, p. 134). Em matéria coercitiva, no plano normativo, é

necessário analisar mais do que quem transgride, mas, sim, *identificar quem proíbe e como o faz*.

Diagnosticar o autor que “uma lei só funciona e só se aplica dentro de um campo de ilegalismo que é efetivamente praticado e que, de certo modo, a sustenta” (2015, p. 134). A existência do ilegalismo, pois, está ligado à existência da lei, afinal, se há a previsão em abstrato é porque existe alguém que transgride e, em sendo assim, esse alguém que transgride foi forjado como cometedor de *infrações* e inimigo social, assim como também foi forjada a sua ligação com os ilegalismos que necessitaria de direcionada reprimenda. Logo:

“A junção entre a definição jurídico penal do infrator como inimigo social e a definição do correccionário como indivíduo por transformar ocorre em vários discursos que tornam teórica e discursivamente aceitável [algo próprio do saber] a grande instauração do sistema penitenciário no século XIX.” (2015, p. 149.)

A transição central é que certos indivíduos que, antes, de maneira tolerável, praticavam ilegalismos – juntamente até mesmo com a burguesia que buscava o poder – se veem, posteriormente à ascensão desta, alçados a inimigos sociais e delinquentes. Segundo Foucault, esse diagnóstico é a “transformação do personagem do ilegalismo tolerado em personagem que já é o delinquente monstruoso com o qual lidarão a penalidade, a criminologia e a psiquiatria do século XIX”. *Essa conversão é o resultado de uma estratégia perfeitamente combinada* (2015, p. 150). É diante disso que a ideia de regeneração “pela intervenção do poder político e pela vigilância perpétua possibilitaria articular a teoria do delinquente como inimigo social com a prática da correção” (2015, p. 151). Toda essa definição pela transgressão à lei se dá a partir da gestão dos ilegalismos mediante poder.

A importância da tomada das reflexões sobre os ilegalismos na obra de Foucault se dá, por consideráveis motivos – primeiramente, pois protagoniza uma ruptura conceitual com certas categoriais jurídico-penais tradicionais como “infração” e “acusação”. Em segundo lugar, realiza a quebra com a noção de neutralidade na aplicação do direito (onde ordem e desordem não são categoriais estanques, mas, sim, direcionadas) e, conseqüentemente, para além das relações intrínsecas de poder (que é implícita nas reflexões foucaultianas), o manejo dos ilegalismos chama a atenção para a dominação social mediante o sistema penal (FONSECA, 2002, p. 140-141)³.

3. Em tal momento reflexivo, Fonseca procede compilação reflexiva oriunda do trabalho de Pierre Lascoumes (1996) em artigo denominado *Lillégalisme, outil d'analyse*.

3. APORTES POLÍTICO-CRIMINAIS CENTRAIS EM ALBERTO BINDER E AS RELAÇÕES COM A SUA CONCEPÇÃO DE HERMENÊUTICA PROCESSUAL PENAL: PAPEL DOS ATORES E O SABER-PODER NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

O trabalho de construção de sentido da legislação processual penal não está, nem de longe, avesso às microrrepresentações de poder (FOUCAULT, 2000). Diante disso, para além da violência intrínseca e seletivamente direcionada, própria da aplicação repressiva com foco para inimigos delimitados (ZAFFARONI, 2007) e do arcabouço de controle que norteia o sistema penal⁴ (BATISTA, 2007, 2016; ZAFFARONI, 1998), são necessárias a consideração estrutural e a *atuação prática dos atores* que se vinculam de alguma forma à persecução criminal, sobretudo quando emergidos em cotidianas reproduções punitivas (CARVALHO, 2010) e autoritárias (GLOECKNER, 2018). Todo esse contexto tende a denotar um grau contundente e constante de gestão diferencial de ilegalismos no *interior da persecução penal*⁵.

Por *atuação prática*, se considerará aqui a interpretação e aplicação da normatividade processual penal pelos atores do sistema repressivo que atuam nas mais variadas formas de manejo da persecução penal. Em razão disso, apoia-se nas balizas desenvolvidas pelo teórico argentino Alberto Binder (2013), segundo o qual o funcionamento concreto do sistema penal (ou sistema de justiça criminal) acaba ligado de maneira umbilical à forma de atribuição de sentido das normativas processuais desempenhada de diversas formas pelos atores que as manejam, para além do que o autor denominou de “ideologia do trâmite” que, grosso modo, seria a restrita concepção de que o processo penal e seus atores compõem uma lógica meramente sequencial de atos concatenados, o que, na perspectiva do autor, deve ser superado para que se absorva as complexidades e os jogos de

4. A noção de sistema penal a ser considerada nas presentes linhas não se restringe ao sistema judiciário em si e nem mesmo à conjuntura normativa penal e sim, tal qual fixado por Zaffaroni (1998), trata-se de clara manifestação do poder social e abrange *todo o controle social punitivo institucionalizado*, as agências de controle, os atores que o representam e os procedimentos estabelecidos, ainda que não legais. Segundo Nilo Batista (2007, p. 25), “o sistema penal a ser conhecido e estudado é uma *realidade*, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam”.
5. A noção de persecução penal que aqui se parte é unitária e sem divisões entre fases pré-processuais ou processuais. Trata-se, tal qual também trabalhado por Prado (2019), de aparato oficial que é fundado em estado original de incerteza por força da presunção inocência e que abrange desde a notícia-crime até o momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

poder que envolvem as decisões (políticas) que tocam diretamente o sistema penal ou sistema de justiça criminal.

Cabe frisar, tal qual procede Binder (2003), que, para fins dessas breves reflexões, a concepção de sistema penal e de sistema de justiça criminal serão tomadas como sinônimas e dizem respeito ao “conjunto de instituições vinculadas ao exercício da coerção penal” (BINDER, 2003, p. 13). Tais instituições são formadas por atores que são “corresponsáveis pela configuração da política criminal” e, mais do que isso, são “eixos estruturadores” de tal sistema de justiça penal (BINDER, 2003). Dessa forma, segundo o mestre argentino, o sistema penal⁶ ou sistema de justiça penal é composto por uma multiplicidade de atores *co-cooperativos* e setores estruturais onde todos desempenham os trâmites formais que norteiam a persecução penal e a aplicação instrumental da normatividade que a direciona a partir de (micro) decisões compostas por valorações inseparáveis de aspectos próprios oriundos de diferentes relações de poder. Afinal, para o autor, “um modelo de política-criminal é construído a partir da perspectiva do poder” (2003, p. 22).

Pelas reflexões de Binder, a aptidão de realização do poder se refere à capacidade de flexibilizar o direito e, por sua vez, a afirmação do direito liga-se com a capacidade de limitar o poder. No âmbito processual penal, tal percurso cíclico – considerados o grau de complexidades e as interações que norteiam os fenômenos objeto da intervenção criminal –, é formado pela convivência, numa mesma conjectura, de normas de ambos os tipos onde a maior ou menor aplicação de umas ou de outras estão culturalmente condicionadas por variados aspectos (BINDER, 2003).

Assim, a construção de sentido da norma processual penal se encontra no sensível limiar⁷ dialético entre eficiência⁸ e garantia, sendo certo que tal manifestação

6. A concepção trazida por Binder, ainda que acrescida com olhar subjetivamente colaborativo, próprio da sua concepção de política criminal que tende a ser trabalhada nas presentes linhas, em muito se assemelha com a percepção de sistema penal trabalhada por Zaffaroni (1998; 2007) e por Nilo Batista (2007), sendo tais concepções complementares e realísticas integrantes de uma mesma perspectiva crítica de análise.
7. Segundo Binder, não há uma dicotomia excludente entre premissas autoritárias e democráticas, segundo o autor, o dito limiar aqui tomado como pendular (que por ora tende para um ou para outro lado) ocorre constantemente no interior da conjuntura dos sistemas de justiça penal das democracias ocidentais (BINDER, 2013).
8. Binder (2003, p. 26), apesar de ciente de que a noção de eficiência como *incidência do poder do Estado* (e opostas à garantia de direitos fundamentais) não seja a mais apropriada

aplicativa não se dá de modo unívoco ou rigidamente dicotômico (BINDER, 2003, 2013) entre tais premissas. Tal limiar é composto de uma gama de complexidades e que se reflete em grau institucional no exercício das funções cotidianas dos atores do sistema penal na medida em que:

“inumeráveis fatores, tais como a condição social do acusado, ou da vítima, as características dos crimes [...], as condições sociopolíticas daquele momento, as exigências sociais etc. fazem com que a situação entre eficiência e garantia se solucione de diferentes maneiras segundo os setores ou grupos sociais envolvidos no processo penal.” (BINDER, 2003, p. 28.)

Diante disso, delimitar uma maneira idealizada (*dever ser*) de aplicação normativa do processo penal para toda situação posta perante os atores do sistema é desconsiderar que o de fato ideal é poder dar conta “tanto do *fundamento* das normas como de seu *funcionamento* na vida em sociedade” (BINDER, 2003, p. 29). Logo, neste âmbito da vida em sociedade, o modelo processual penal “sofre variações (em plano normativo através de transformações na interpretação) que correspondem a outros condicionamentos culturais (fatores sociopolíticos)” (2003, p. 30). Portanto, o processo penal configura-se de diversos modos por meio dos diferentes segmentos sociais; nenhum sistema (seja acusatório ou inquisitivo – ainda que o acusatório⁹ seja desejável enquanto *dever ser*) teria como dar a visão completa de como o processo penal efetivamente é; seriam fios condutores que permitiriam a orientação para o compreendê-lo. Justamente por isso que o entendimento prático do processo penal concebe a confrontação e a resolução de forças que se encontram na sua base formativa (BINDER, 2003, p. 32).

Tal contexto, que em si é intrinsecamente complexo, é indissociável de valorações próprias do cotidiano dos atores que compõem o sistema de justiça criminal. Este é formado por nada menos do que o conjunto de práticas e trâmites – uma realidade organizacional e até mesmo burocrática – desenvolvidos pelos *cooperadores* que estruturalmente desenvolvem a aplicação da norma processual penal (BINDER, 2013, p. 299-300). Toda esta cooperação subjetiva

e um Estado de Direito, pois este deve procurar ser eficiente tanto para um lado como para o outro, optou metodológica e discursivamente por mantê-la no sentido restrito ao poder estatal. Ressalta o mestre argentino que, “embora a objeção assim formulada possa ter um certo fundamento, preferimos utilizar a palavra ‘eficiência’ no sentido que já lhe havíamos dado, referindo-se *exclusivamente à busca de uma aplicação eficaz do poder do Estado*” (2003, p. 26, grifos nossos).

9. Sobre a temática, conferir PRADO, Geraldo, 2005.

(*co-cooperação*) e rotinas procedimentais – até mesmo instintivamente culturais – formam, em grau de completude, a conjuntura que acaba por dar vazão a uma medida persecutória criminal (eficiente ou garantidora) e é este contexto complexo de tensão que influi de maneira decisiva na construção de sentido da norma processual penal. Tal construção só é passível de efetiva compreensão a partir da conjugação, enquanto premissa, entre o sistema de justiça criminal e o campo social (BINDER, 2013, p. 161).

É a partir daí que a concepção de política criminal de Binder toma ainda maior importância já que a operatividade do processo penal enquadra-se na configuração de política criminal oriunda da sociedade, afinal “não existe sociedade sem política, porque não existe sociedade sem poder e sem interesses comuns e opostos” (BINDER, 2003, p. 16) sendo, portanto, a política criminal, na concepção do pensador argentino, “o conjunto de decisões relativas aos instrumentos, regras, estratégias e objetivos que regulam a coerção penal e forma parte do conjunto de atividades políticas de uma sociedade” (BINDER, 2003, p. 16).

É perceptível, pois, que, nas reflexões do teórico argentino, a conjugação entre justiça penal e campo social é atravessada por questões políticas de maneira ininterrupta e estas questões acabam por denotar um considerável quantitativo de diretrizes que tendem a delinear a construção do *saber* acerca da norma processual e que permitem seu consequencial manejo mediante exercício de *poder*. O que se quer aqui delimitar se exprime bem nas valiosas reflexões de WARAT (1994, p. 57) para quem a ciência jurídica (*saber* no sentido aqui presente) se perfaz “como discurso que determina um espaço de poder, [e] é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social”.

Em se tratando da esfera criminal, e, em nosso caso, mais especificamente, o processo penal, tal imposição de saber, se dá, conforme alertou Salo de Carvalho (2010, p. 09), com o “estabelecimento de *standards* conceituais” que “é um jeito concebido pelo sistema para dar roupagem jurídica às violações que ele mesmo promove, alimentando o *sinthoma* contemporâneo da *vontade de punir* que sustenta a fala entorpecente do *populismo punitivo*” (2010, p. 09). Afinal, não há como considerar a atuação dos atores do sistema penal e a sua contribuição hermenêutica para o sentido aplicativo (prático) da norma processual penal (BINDER, 2013) separando-a do paradigma punitivo ao qual estão emergidos (CARVALHO, 2010), sobretudo em sociedades periféricas e violentas como a brasileira.

Logo, a partir das diretrizes da hermenêutica processual penal de Binder (2013), o que se faz central para o presente esforço é a fixação de que a construção

de sentido da norma processual penal e sua consequente aplicação (ou não) é eminentemente uma questão de *poder*. E, diante disso, se é verdade que, pelo que fora até aqui trabalhado, a construção de sentido denota um *saber*, pode-se afirmar, em grau de aproximação teórica com as fixações foucaultianas, que o *sentido da norma processual penal é, pois, uma questão de saber-poder*.

4. "GESTÃO DIFERENCIAL DOS ILEGALISMOS" NO PROCESSO PENAL: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE AS DIRETRIZES FOUCAULTIANAS E AS REFLEXÕES DE ALBERTO BINDER

Propõe-se, neste momento, o diálogo entre a hermenêutica processual penal de Binder e as fixações foucaultianas acerca do manejo direcionado do *saber-poder* que culmina na *gestão diferencial dos ilegalismos*.

Sendo a política criminal, nas fixações de Binder, um conjunto de decisões enquanto “atos de vontade de determinados sujeitos sociais, relativos ao uso de instrumentos de coerção penal” (2003, p. 16) tem-se, assim – em um plano mais restrito ao cotidiano dos atores que compõem e contribuem para o sistema penal – que tais decisões também irão nortear as regras que permitem as utilizações dos instrumentos de coerção (2003, p. 18) no interior e no decorrer da persecução penal.

Tais instrumentos de coerção podem ser oriundos do direito penal ou do direito processual penal. Entre os três critérios de separação normativa trazidos por Binder (2013, p. 148-149) – sendo eles normas que criam crimes e penas, normas que regulam a execução da pena e *normas que regulam o juízo penal* –, estas últimas que aqui nos interessa analisar, visto que os instrumentos de coerção que se refletem no âmbito processual penal delas derivam. Tal instrumentalidade coercitiva (eficientista, nas sedimentações do autor), e que é oriunda da aplicação *decisória* destas normativas do âmbito processual penal, dizem respeito ao *exercício da persecução* e correspondem – no delicado terreno punitivo ao qual os atores do sistema penal estão inseridos¹⁰ – a uma gama considerável de flexibilizações

-
10. Sobre tal temática, em terreno brasileiro, são salutares as reflexões de Salo de Carvalho (2010) em oportunidade em que reflete acerca do papel dos atores do sistema de justiça penal no paradigma punitivo, denominado pelo autor como *era punitiva*. Chama a atenção o professor gaúcho para a contribuição essencial de todos os atores do sistema penal para a manutenção do *status* ferrenho de controle oriundo do sistema penal. Tais reflexões encontram interessante ligação com o aspecto *cooperativo* da hermenêutica processual penal trazido por Binder (2013) e que aqui se está a trabalhar.

de direitos que tendem a ocorrer, podendo englobar desde as chances possíveis para o processo, à manutenção ou não da prisão processual, aos atos e diligências oficiais diversos, às propostas de acordo ou concessão de *benesses* e, por óbvio, a colheita de elementos de prova, entre outras curvas e possibilidades.

Assim, o sentido de aplicação normativa que aqui se quer chamar a atenção, portanto, habita justamente o *caminho e conteúdo decisório eminentemente valorativo que precede a construção de sentido da norma processual penal para o caso concreto*.

Tal caminho decisório se perfaz mediante gestão diferencial dos ilegalismos, visto que o *limiar entre eficiência e garantia*, tal qual fixado por Binder, é tensionado mais para um lado ou para outro a depender dos vetores determinantes que influenciam tal gestão dos ilegalismos postos perante as instâncias persecutórias. Gestão esta que é eminentemente diferencial, diria Foucault, e serviria a “riscar os limites de tolerância, dar terrenos para alguns, fazer pressão sobre outros, excluir uma parte, tornar útil outras, tirar proveitos daqueles” (FOUCAULT, 2006, p. 227). Assim, o exercício da gestão de ilegalismos pode culminar, diante das complexidades de poderio envolvidas e em correlação com o objeto aqui proposto, em ressignificações autoritárias de máximas processuais para certos casos, não aplicação deliberada de normativas para outros, aplicação normativa deturpada para alguns etc.; ainda que sob o manto de um *alegado* respeito às diretrizes democráticas do ordenamento processual penal.

Toca-se neste ponto pois é central reconhecer que toda a dinâmica aqui travada precisa do ambiente dito democrático para se desenvolver e toda a sistemática da gestão de ilegalismos aqui trabalhada ocorre no interior do próprio ambiente democrático. O fato de enunciarmos aqui certa categorização de uma gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal não nos guia a uma conclusão dicotômica ou sistêmica de que a conjuntura ao qual estamos inseridos é, por si só, autoritária e anulatória das máximas e garantias democráticas – esta não é uma problemática que tende a tocar nesta oportunidade as presentes reflexões. Por isso, permanecemos com Binder ao ressaltar que a construção de sentido da norma processual mediante poderio atinente aos atores que compõem a conjectura processual se perfaz e está instalada no interior do próprio campo democrático (BINDER, 2013), pressupondo, por assim dizer, certa conjuntura normativa formal.

A gestão dos ilegalismos no processo penal, portanto, não se confunde com lacunas na aplicação das leis ou com certa anomia legislativa que daria vazão a qualquer vácuo autoritário constante. Os ilegalismos e, mais do que eles, os manejos que os direcionam compõem os jogos de poder e se distribuem conforme se *diferenciam* por entre os espaços possíveis que a conjuntura permite.

Em grau teórico-relacional, também é importante fazer esse destaque, até porque, tal qual ressalta Foucault, as leis (aqui, para fins de reflexão, tomadas como formalmente democráticas) “não são feitas para impedir tal ou qual comportamento, mas para diferenciar as maneiras de contornar a própria lei” (FOUCAULT, 1994, p. 716, *apud* TELES; HIRATA, 2010, p. 41). Para o pensador francês, “todo dispositivo legislativo dispõe de espaços protegidos e aproveitáveis em que a lei pode ser violada, outros em que pode ser ignorada, outros enfim, que as infrações são sancionadas” (FONSECA, 2002, p. 140).

Dessa forma, tal qual aqui estamos a trabalhar, o processo penal tende a ser também um terreno onde isso ocorre, afinal é o conteúdo valorativo que precede a imposição coercitiva mediante exercício de poder que no percurso processual penal acaba por se destacar “embora, às vezes, esse fato se esconda sob formas ‘técnicas’ aparentemente neutras” (BINDER, 2003, p. 16). Definitivamente, conforme nos brinda Binder, “os sistemas atuais se explicam melhor a partir do juiz-burocrata do que do inquisidor” (BINDER, 2003b, p. 75).

A normatividade, quando está em questão esta parcela do poder que administra a justiça criminal, acaba por considerar diferentes regras e modelos informais de funcionamento (BINDER, 2013). Por vezes e por diversos fatores – institucionais, culturais, organizacionais e até burocráticos –, um considerável quantitativo de aparentes ilicitudes pode chegar ao conhecimento dos atores persecutórios, porém, apenas algumas delas adentram de fato nas agruras do sistema coercitivo. E não se trata de nada excepcional ou anormal, faz parte da gestão diferencial atinente ao funcionamento de todo o sistema.

Tal ocorrência se dá a partir de formas de agir político-criminais (no sentido atribuído por Binder) que se dão mediante certa escolha decisória própria do papel de cada agente que atua no âmbito persecutório processual penal. Trata-se de uma movimentação política – mediante divulgação de saber e imposição de poder, para sermos fiéis à aproximação foucaultiana proposta – que, de certa forma, foi previamente *valorada* e colocada entre o eficientismo (coercitivo) e a afirmação de garantias.

Diante disso, se há sob evidência um viés valorativo na construção de sentido da norma processual penal que aponta para casos e situações específicas, é porque há um inegável manejo direcionado, mediante poderio, da própria normatividade instrumental processual. Em outras palavras, se a persecução penal se reflete como instrumental processual coercitivo oriundo de decisões político-criminais, tal qual delimitado por Binder, surge como natural a conclusão, sob uma *perspectiva política*, de que *a tomada de escolhas persecutórias é puro exercício de poder*.

Por sua vez, sob uma *perspectiva jurídica*, existe por detrás dessa delimitação de uma instrumentalização coercitiva algo que possibilita o próprio discurso jurídico em grau de autoridade que é justamente o viés declaradamente científico que o reveste, ou seja, *o saber*.

Também, por este ponto, o viés relacional entre as diretrizes processuais penais de Binder e as premissas filosóficas de Foucault tende a aparecer; afinal, conforme trazido inicialmente, a norma jurídica (em específico, na presente análise, a processual penal) é possibilitada pelo saber forjado que a antecede, e sua imposição é indissociável de um exercício intrínseco de poder, revelando, o que foi sedimentado por Foucault, que por trás de todo saber há um jogo de poder e que todo poder político é tramado no saber (FOUCAULT, 2005).

Num viés mais específico, o difundido *saber* jurídico por detrás do *poder* de delimitar a incidência ou não de medidas persecutórias foi permitido por uma escolha (decisória, tal qual destacado por Binder) eminentemente política. É dizer, portanto, que a concepção de política criminal, a partir dos aportes de Binder, nos guia para uma localização de extrema importância, a de que *é na abertura decisória (político-criminal) existente no agir dos atores do processo penal em seu cotidiano prático de construção de sentido da norma processual penal que ocorre, enquanto manifestação política de poder, a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*.

Tal construção de sentido, próprio da hermenêutica processual penal aqui trabalhada, nunca será, portanto, algo afastado dos jogos de poderio intrínsecos ao sistema penal. A depender do caso, culminará no desempenho mais incisivo ou não de flexibilização de garantias processuais, decretos e renovações de medidas cautelares e outros aparatos invasivos, entre outras medidas processualmente *coercitivas*, que irão variar a depender do caso e sujeitos envolvidos.

A partir disso, um ponto central para a compreensão da presente exposição se faz importante: sabe-se que, desde Foucault, a ideia de gestão diferencial dos ilegalismos, em grau consequencial, acaba por apontar para a existência ou não da utilização da punição enquanto reprimenda oficial para certas condutas que, posteriormente à gestão diferencial respectiva, alçaram-se ao patamar de ilegítimas. Porém, falar em gestão diferencial dos ilegalismos *especificamente para o âmbito processual penal* é ampliar os horizontes de visualização consequencial do poder para além do resultante da reprimenda (que é a pena), enxergando, portanto, que o grau coercitivo, que será alcançado em sua completude com a execução de uma pena, incide constante e progressivamente já nas medidas persecutórias. Em outras palavras, toda medida persecutória tomada como necessária (depois da filtragem de ilegalismo) traz consigo certa monta coercitiva que revela, em si, uma microincidência de poder peculiar daqueles atores

(hermeneutas do cotidiano processual penal) que optam por tais medidas persecutórias ou as exercem.

Diz-se isso, pois, a partir de Foucault, nos parece que a sociedade é composta por microrrelações de poder. Logo, no âmbito processual penal, a referida ampliação de horizontes acerca da visualização do poder aqui trabalhada nada mais é do que incidência das microrrelações de poder que se revelam na conjuntura da persecução penal. Delimitação esta também plenamente relacional com as diretrizes de Alberto Binder (2013) para quem a justiça criminal é configurada por um universo de práticas cotidianas e sistemas normativos que também devem ser compreendidos como atos processuais.

O saber-poder e as escolhas políticas que o movimentam estão tanto no consequente (a execução da pena em si) como no antecedente que caminha de modo progressivo ao consequente (que é a persecução processual penal). Nessa esteira, a gestão diferencial dos ilegalismos é *cotidiana e cooperativa* entre os agentes persecutórios.

A gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal não é exercida somente por juízes ou promotores, não veste necessariamente toga, ou senta-se ao lado do julgador. Está, *a título de ilustração*, no ato de fazer uma perícia direcionada, assim como está no ato de denunciar genericamente. Está no ato de não disponibilizar a integralidade dos elementos probatórios, assim como está no ato de flagranciar algo que não está sob flagrante. Está no ato de “combinar” pedidos e deferimentos, assim como está no ato expedir mandados genéricos ou até mesmo de cumpri-los. Está no ato de retardar atos propositalmente, assim como está no simples ato de prender sem motivo justo, entre tantas outras hipóteses.

Nas complexidades oriundas do sistema penal, os exemplos tendem a ser muitos, entretanto, as incidências variarão caso a caso e a partir das conjecturas próprias dos jogos de poder envolvidos. Se fosse possível traduzir a reflexão em poucas palavras talvez as que seriam ditas seriam que a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal revela-se como uma *conjuntura de microrrelações de poder protagonizadas cooperativamente pelos atores ligados à persecução penal a partir de cotidiano exercício de decisões políticas que são permitidas por um saber que se exterioriza na construção de sentido da normatividade processual penal direcionada ao caso*.

Nos cabe agora, por fim, refletir se essa *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal* mantém sua estrutura e sua lógica de ocorrência diante das consideráveis complexidades dos tempos tecnológicos atuais, que tocam as instâncias jurídicas de controle tanto no âmbito do *saber* como no âmbito do *poder*.

5. ENTRE OS DESAFIOS DO *SABER* E OS DESAFIOS DO *PODER*: GESTÃO DIFERENCIAL DOS ILEGALISMOS NO PROCESSO PENAL NA ERA DA SOCIEDADE DIGITAL

Inicialmente, ressalta-se que, neste momento derradeiro do presente ensaio, não é a intenção traçar maiores aprofundamentos *específicos ou casuísticos* a vistas de ilustrar a relação processo penal, ambiente virtual e tecnologias. A questão permanece no plano reflexivo maior, o plano das *condições* em que esse novo momento se apresenta. Buscar-se-á contribuir com um diagnóstico de certa forma geral, mas que se intenta considerar alguns pontos de partida peculiares que, se crê, devem ser enfrentados ou, no mínimo, considerados na tentativa de incursão reflexiva neste novo momento social em que se vive, onde os espaços de socialização estendem-se, naturalmente, para o ambiente digital.

Esse novo momento que aqui se faz referência se perfaz, sobretudo, de uma nova conjuntura de relações sociais que perpassam o pessoal e atingem relações virtuais de conectividade, próprias do que foi categorizado por Castells (2002) como *sociedade em rede* e localizada no que fora denominado *paradigma da tecnologia da informação*.

Nas reflexões que seguem, sociedade digital ou ambiente digital será tomado como *referência à sociedade em rede*, pois será pautada, como característica central, pelas relações de interconexões que compõem essa dita sociedade. Segundo Castells (2002), essa dita sociedade em rede¹¹ desempenha a comunicação social e a troca de informações mediante sociabilidade virtual, que transcende o tempo e o espaço, possibilitada e impulsionada por novas tecnologias e que, atualmente, é otimizada pelas potencialidades interacionais cotidianas e conectivas advindas da *internet*.

Taylor Owen (2015), ao se referir a Castells como um dos precursores dessas reflexões, destaca que a sociedade em rede permite formas de comportamentos que antes não eram possíveis, reduzindo as limitações que desafiavam as interações humanas. Partindo de Castells, salienta Owen (2015, p. 30) que essa nova modalidade de socialização traz consigo outras complexidades tão desafiadoras quanto, desde a remodulação da ideia de sociedade civil até os níveis acentuados

11. Nas reflexões de Owen (2015, p. 30), *rede* aparece como conjunto de interconexões (com vários atores) que permite o compartilhamento de ideias, bens, valores e outras fontes. Tais redes tendem a produzir padrões de relacionamento a influenciarem tanto o seu âmbito interno como o externo.

e remodulados de individualismos, ambos norteando as complexidades oriundas de uma remodulação ainda maior – a remodulação do poder.

Para os intentos aqui propostos, um ponto central a ser trabalhado a partir dos impactos das interações em rede são as modificações das esferas tradicionais de vigilância e a própria modificação do *saber-poder* – tal qual trabalhado por Foucault – enquanto possibilitante de certo controle social e de gestão diferencial de ilegalismos.

Dessa forma, algo que se revela com naturalidade é que, em tempos digitais de relações em rede, os espaços de vigilância onde o saber-poder tradicionalmente ocorreria mudaram substancialmente. Se antes esses espaços podiam ser visualizados na escola, na fábrica, no hospital e na prisão (FOUCAULT, 2005) – hoje a realidade tecnológica amplia os fenômenos sociais para o ambiente virtual (em rede). Quanto a essas ditas instituições tradicionais, Foucault (2005) pôde fixar que elas buscavam uma espécie de “normalização” de homens (2005, p. 114) mediante certa correção e garantia impositiva de cumprimento de certas normas delimitadas por relações de dominação e poder. Essas constatações características não se repetem nos ambientes digitais.

Primeiramente, porque em tais ambientes em rede não existe o contato físico tão inafastável para o disciplinamento próprio das instituições tradicionais. Em seguida, porque não há um sujeito ou sujeitos a quem se deva obediência, logo, por via de consequência, não há ordens específicas e direcionadas a se respeitar, não havendo no ambiente em rede um sujeito hierárquico superior que impõe seu poder e dominação. E, por fim, porque o anonimato é uma característica corriqueira do ambiente virtual onde não há, em regra, a obrigatoriedade de identificação civil, não havendo, portanto, *quem* “corrigir” ou impor normalização. *Não há corpos* para controlar.

Portanto, no aqui denominado ambiente digital, as máximas de *saber-poder* que tenderiam a impor as relações políticas capazes de delimitar o controle político-social e tornar robusta a gestão diferencial dos ilegalismos ficam consideravelmente prejudicadas e tendem a caminhar para novas roupagens a partir dos desafios contemporâneos.

5.1. Iniciando pelo saber na sociedade digital

Se é certo que, tal qual delimitado por Foucault, o poder político é *forjado no conhecimento* na medida em que a formação da cientificidade diz muito sobre os intentos de controle de cada momento histórico, neste momento tecnológico em que vivemos, tal diretriz não é tão simples de se sedimentar. Primeiramente, pois

o dito ambiente virtual não tem se revelado tão propício à formação direcionada de *saber* que serviria ao controle político pelas instâncias oficiais. Em outras palavras, o saber na era tecnológica tem revelado muito mais dúvidas e incertezas do que caminhos experimentais seguros de formação de conhecimento científico de viés jurídico-político (PARDO, 2009). Nesse contexto, falta aos atores jurídicos um conhecimento científico forte o suficiente acerca do espaço virtual que seja capaz de forjar categorias impactantes de controle, como se deu com as categorias políticas do “inquerito”, do “confisco” do conflito e até mesmo da “infração”, tal qual trabalhado alhures.

José Esteve Pardo (2009), ao refletir acerca das incertezas oriundas do momento tecnológico contemporâneo e os impactos destas nas interseções entre política e Direito, traduz com competência o que se está a chamar a atenção com as advertências supra. As incertezas científicas que os desenvolvimentos tecnológicos da era atual trazem para o Direito têm feito as instâncias jurídicas travarem um “combate silencioso e sem trégua” a fim de tentar impor, como sempre fizeram, a sua própria dinâmica decisória embasada em seu sistema de certezas. (PARDO, 2009, p. 12-13).

Uma consequência peculiar é a chamada de outros ramos do saber para o manejo de produção do conhecimento, o que tende a ser uma característica própria desse novo momento científico-tecnológico (PARDO, 2009). É dizer, pois, que, em matéria de perspectivas de controle das instâncias jurídicas em correlação com o ambiente digital, a tecnologia da informação tem muito mais impacto nas diretrizes de construção de saber do que as premissas de vigilância e controle ostensivo tradicional (que ainda imperam no âmbito processual penal).

Nesse contexto, política e Direito estão cada vez mais chamados a mergulhar em diretrizes científicas para lidarem com a presente realidade tecnológica. Trata-se de momento que merece atenção diferenciada, pois a violência da *construção forjada* das diretrizes de saber que de maneira meticulosa, conforme enunciou Foucault, sempre serviu como possibilitante ao exercício do poder e à gestão diferencial dos ilegalismos, não encontra mais terreno fértil para sua imposição. A “criatividade nociva” na construção do saber jurídico dominador não tem o mesmo espaço que antes, isto porque sua capacidade impositiva é proporcional à sua proximidade com o discurso científico-tecnológico que hoje é prioritariamente extrajurídico e, de certa forma, afastado dos atores estatais de controle.

Diante disso, o Direito tem buscado, a *seu modo*, se aproximar cada vez mais de certo discurso de autoridade científico-tecnológica para recuperar a autoridade de quem fala com conhecimento (saber), tendo em vista, consequencialmente,

uma maior proximidade com o *poder* em sua faceta política, que sempre tende a estar mais próximo de quem detém o controle tecnológico, enquanto *saber*.

5.2. Chegando ao poder na sociedade digital

Este *poder*, que é oriundo da construção de saber – conforme, com Foucault, se fixou em toda a exposição —, tende, entretanto, a estar mais *distante* do direito e das instâncias oficiais de controle próprias dos limites do jurídico. Ainda que seja pretensão dos atores persecutórios controlar representantes de um perigo social (que foram manejados e alçados à tal posição de maneira gestacional), o Direito – e o processo penal seja talvez um exemplo privilegiado dessa constatação – continua por se utilizar de instrumentais tradicionais de poderio que em sua essência são violentamente coercitivos. Assim, o *poder* dito tradicional tem a empreitada de se adequar aos desafios advindos das relações complexas do ambiente digital e encarar as “ameaças” oriundas de uma nova e concomitante modalidade de poderio que atualmente convive com as instâncias oficiais de controle, o denominado por Taylor Owen (2015) de *poder disruptivo*.

Para o autor (OWEN, 2015, p. 38-47), esta nova espécie de poder se revela do mundo em rede e das suas complexas interações. Tal poder disruptivo, segundo o teórico, possui três características centrais. Trata-se de: a) um poder *disforme* (sem maiores organizações, lideranças aparentes ou nichos piramidais de estrutura – que denota uma descentralidade de identidades, manifestações e ações); b) um poder *instável* (onde os dados e informações circulam com rapidez gigantesca, onde o fluxo de dados é maciço e a produção de informações supera a própria capacidade de entendimento, caracterizando um ambiente que acaba por privilegiar confusões e inconstâncias até mesmo na associação não duradoura de pessoas); e, por fim, c) um poder *colaborativo* (onde é comum um agir coletivo e voluntário, por vezes, sem conhecimento entre os atores e que supera as linhas dos limites geográficos regionais, denotando um contexto em que a comunicação, a conexão social e a mobilização que ela representa se fazem mais importantes do que eventuais laços pessoais firmes ou por coerência de eixos ideológico-representativos, formando grupos que somente a *internet* seria capaz de unir).

Diante disso, Taylor Owen ressalta que o Estado está intrincado justamente no desafio de lidar com um mundo em que os princípios básicos do seu poder viraram de cabeça para baixo (2015, p. 47).

Trazendo em grau ilustrativo e correlacional para o âmbito do processo penal (tomado aqui como instrumentalização tradicional do controle do Estado punitivo),

veríamos que, a partir das socializações em rede que dão vazão ao contexto onde habita o poder disruptivo e, sobretudo, a partir de suas características supra, *não haveria possibilidade* de seguramente: a) delimitar qualquer autoria delitiva (ante o caráter *disforme*); b) delimitar qualquer conduta (ante o caráter *instável*); e c) nem mesmo delimitar liame subjetivo (ante o específico caráter *colaborativo*).

Vê-se que, nesta simples comparação ilustrativa, restaram prejudicados os eixos imputativos mais básicos daquilo que tradicionalmente se tem enquanto categorização dogmáticamente impositiva (saber) para qualquer cogitação persecutória criminal. Isso ocorre justamente porque a grande maioria dos conceitos tradicionais e *standards* conceituais que servem ao poder estatal mediante controle criminal tradicional não encontrarão compatibilidade e frente de possibilidade de adequação com as condutas oriundas de tecnologias disruptivas (OWEN, 2015). Assim, a própria possibilidade de fazer frente ao poder disruptivo se vê prejudicada com a manutenção dos instrumentais tradicionais estatais.

6. DOS PERIGOS INTRÍNSECOS À GESTÃO DIFERENCIAL DOS ILEGALISMOS NO PROCESSO PENAL VOLTADA PARA O ÂMBITO DA SOCIEDADE DIGITAL

Refletindo rapidamente quanto aos desafios de saber e de poder deste novo momento, convém pontuar que é justamente nesse limiar diagnóstico (tanto para o saber como para o poder) que habitam os perigos. Isto porque, a partir de impulsos de temor e preditividade oriundos das complicações do contexto traçado, o sistema penal tenderá a produzir instrumentalizações a vistas de aumento do controle de certa forma perdido para as complexidades do ambiente digital. Diante disso, no âmbito processual penal, considerados o fetiche punitivo brasileiro e o autoritarismo cotidiano que guiam o agir dos atores persecutórios, os caminhos tendem a ser dois.

O *primeiro* é a remodulação, o remanejamento e o aumento da rigidez dos instrumentos tradicionais já conhecidos. Realidade esta que já tem acontecido em certa medida: a utilização exacerbada de interceptações¹² e quebras de dados, tentativas violentas e incisivas (próprias da ignorância de quem não entende as novas tecnologias) de quebra de criptografia de aplicativos¹³, ressignificação¹⁴

12. Sobre esta temática, conferir SANTORO, Antonio E. R.; MADURO, Flavio Mirza, 2016.

13. Os casos mais conhecidos no Brasil foram as interrupções dos serviços do aplicativo *WhatsApp* no país inteiro depois de determinação judicial.

14. A título de ilustração, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 91.867/PA), já se teve a oportunidade de discutir, por exemplo, se dados telefônicos

punitiva de institutos jurídicos para se abarcar contextos tecnológicos, tentativas de aumento de pena e inserção de condutas virtuais no rol de crimes hediondos¹⁵, flexibilização das diretrizes de ilicitude probatória para acessos a dados digitais (sobretudo de telefones e demais instrumentos tecnológicos pessoais), desrespeito à cadeia de custódia¹⁶ da prova digital, “infiltração policial virtual”¹⁷ em redes sociais e grupos de *WhatsApp*, prisão de “bodes expiatórios” em perseguições simbólicas e direcionadas transviadas de grandes operações, abuso de mandados de busca e apreensão genéricos¹⁸ quanto a dispositivos eletrônicos, “ressuscitação” da Lei de Segurança Nacional quando os atos em rede disserem respeito a certas autoridades delimitadas (como já tem acontecido no país)¹⁹ etc.

registrados no celular não se equiparariam a escritos (assim como cartas ou demais anotações). Apesar de já nem ser o entendimento da corte a respeito, em razão da evolução dos próprios aparelhos telefônicos, a analogia retórica utilizada pelo então relator do caso Min. Gilmar Mendes merece destaque pois ilustra bem o que se quer dizer aqui com ressignificações. Na oportunidade, destacou o relator: *“Indago: e se o número estivesse anotado em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno no momento da prisão?”*

15. De autoria do então Senador Magno Malta, a proposta de tornar crime hediondo eventuais condutas perpetradas em ambiente virtual se tornou no ano de 2011 projeto de lei no Congresso Nacional depois de algumas ações de invasão virtual terem se dado em sites do governo e até mesmo no site pessoal do então Senador. O projeto, originalmente, além de buscar incluir a conduta no rol de crimes hediondos, ainda previa a imposição de pena de reclusão de dez a 20 anos para quem invadisse sites e páginas alheias e obtivesse dados e senhas. Disponível em: [www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/acao-de-hackers-pode-virar-crime-hediondo-no-brasil]. Acesso em: 10.12.2019.
16. Sobre esta conferir, PRADO, Geraldo, 2019.
17. Neste sentido, conferir Sales Silva (2019) que aborda as questões atinentes à validade probatória de provas obtidas em ambientes virtuais de socialização a partir de infiltrações de agentes em tais espaços.
18. A título de ilustração, nos autos do Inquérito 4.781/DF do STF que investiga possíveis afrontas virtuais aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, foi determinada busca e apreensão pelo Ministro relator Alexandre de Moraes nos seguintes termos: *“Determino busca e apreensão de computadores, “tablets”, celulares, e outros dispositivos eletrônicos, bem como qualquer outros materiais relacionados à disseminação das aludidas mensagens ofensivas e ameaçadoras”*. Além disso, o Ministro, na mesma decisão, estendeu a busca e apreensão *“a outros endereços que venham a ser descobertos no curso da diligência”* e, ainda, determinou *“o bloqueio de contas em redes sociais tais como Facebook, WhatsApp, Twitter e Instagram”* de todos os investigados (Inquérito 4.781/DF – inteiro teor decisório).
19. No próprio Inquérito 4.781/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, em virtude das alegadas ofensas virtuais proferidas contra os Ministros da Corte, o inquérito,

O *segundo caminho* é a criação de *novos* institutos persecutórios – no intento de retomada de saber e poderio – desde a utilização de *malware* espião por agentes estatais, utilização de *Stingrays* (simuladores de torres telefônicas capazes de rastrear telefones) nas investigações criminais, criação de regime próprio de quebra de dados de localizações oriundos de *smartphones*, criação de cargos (mediante concurso) de agentes de inteligência digital... até investimentos em tecnologias de vigilância em massa, desenvolvimento de *cloud computing* (computação em nuvem) na atuação de autoridades policiais, desenvolvimento de sistema de utilização e compartilhamento de dados por autoridades de segurança pública, desenvolvimento de uma busca e apreensão específica para a seara digital, entre outras cogitações que, de igual forma, assim como as do primeiro caminho, são problemáticas diante das garantias fundamentais dos cidadãos.

Os instrumentos persecutórios digitais, sobretudo os do primeiro caminho, estão, cada vez mais, se inserindo no cotidiano (BINDER, 2013) dos atores do sistema penal e chegando ao patamar de dependerem de certo manejo destes mesmos atores. Tais instrumentos persecutórios digitais são tão coercitivos quanto os ditos tradicionais. Desta feita, com o incremento digital da persecução penal, a construção hermenêutica de sentido (BINDER, 2013) das diretrizes processuais penais do aqui, por vezes, chamado campo prático tende a exigir dos atores persecutórios mais decisões e significações. Ocorre que no *limiar entre eficiência e garantia* a opção pela primeira, que já seria natural (considerado o contexto punitivo brasileiro), *tende a se reforçar ainda mais* ante o descostume cultural e desconhecimento por parte dos atores acerca das complexidades das informações oriundas de condutas inseridas em contextos do ambiente digital.

Dessa forma, a gestão diferencial dos ilegalismos atinente ao processo penal *se reforça ainda mais* nas tomadas persecutórias atinentes ao ambiente digital, ou, de forma mais ampla, na era da sociedade digital.

Um ponto sensível e que ilustra bem o que se quer dizer com esse *reforço* é a gestão de ilegalismos enaltecido para os próprios agentes do Estado. Por ser uma área sensível de direitos fundamentais alusivos a intimidades, privacidades, sigilos (muitas vezes, flexibilizados pelas próprias instâncias oficiais), a gestão dos ilegalismos nesse novo momento acaba dando forma a uma outra faceta – para além da escolha direcionada de quem (quando possível) sofrerá as coerções

além de crimes contra honra, traz como enquadramento típico a serem investigados os artigos 18, 22, 23 e 26 da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) ao argumento, do próprio Ministro relator, de que as condutas perpetradas possuem teor de subversão à ordem. (Inquérito 4.781/DF – inteiro teor decisório).

persecutórias –, qual seja, a faceta de gestão diferencial de ilegalismos *voltada para os próprios agentes estatais*. Os demais atores que atuam no sistema penal, que poderiam levar adiante qualquer tomada decisória persecutória contra eventual agente estatal que tenha avançado os limites da intimidade e dos sigilos da vida privada de quem quer que seja no ambiente digital acabam por tolerar tais atropelos de seus “iguais” e, *mediante clara gestão diferencial*, retiram da alçada de ilegalismo o ato praticado pelo representante do Estado, tão praticante de conduta ilícita quanto.

Assim, tem-se que os limites do lícito e do ilícito tornam-se ainda mais sensíveis nas perseguições digitais e por causa disso a responsabilização dos agentes do Estado não vem à tona por clara e *acentuada gestão diferencial de ilegalismos* acerca das suas condutas na persecução processual penal em contextos digitais; ou seja, aproveita-se dos contornos intrínsecos a toda e qualquer legislação e dos espaços aproveitáveis para – também mediante imposição de poder – impor o não enquadramento persecutório para tais agentes, aumentando-se os limites do tolerável (FOUCAULT, 2015; TELLES; HIRATA, 2010), aceitando-se, de certa forma, determinadas condutas “oficiais” destes e deixando bem claros os limites e as direções do que é lícito ou ilícito em tais contextos ainda excepcionalmente desconhecidos em virtude do pouco desenvolvimento do *saber* específico pelos atores jurídicos. De fato, conforme expõem Telles e Hirata, o que tem se repetido no ambiente supradescrito é uma síntese do que “está contido nos jogos de poder e nas relações de força que se processam nas dobraduras do legal e do ilegal” (2010, p. 45).

Com tal reflexão a partir do ambiente digital, não se está a dizer que a gestão diferencial dos ilegalismos voltada a condutas de agentes estatais não ocorra também no cotidiano ostensivo – nas ruas e vielas, sobretudo periféricas –, apenas se destaca que tal gestão diferencial *se enaltece consideravelmente* em relação a ações de agentes persecutórios estatais em ambiente virtual, seja pelos fatores de complexidade intrínsecos a tais contextos ou pela aparente neutralidade e confiabilidade que os atores persecutórios se passam mutuamente. É dizer, entre o ator persecutório e o ator disruptivo (ambos sujeitos à gestão de ilegalismos), dificilmente o primeiro será enquadrado como praticante de eventual ilicitude em suas atividades oficiais. Portanto, o aspecto subjetivamente “diferencial” da gestão dos ilegalismos em ambiente digital se vê consideravelmente enaltecido e *apontado para os atores disruptivos*.

Quanto ao dito ambiente digital e às perseguições a ele direcionadas, há uma escolha (decisão político-criminal, nas esteiras sedimentadas por Binder) acerca do que merece mais ou menos atenção das instâncias de controle no constante

e cotidiano limiar entre eficiência e garantias, agora no ambiente em rede. É dizer, pois, que, no dinamismo do ambiente em rede *milhares de condutas são praticadas* e, destas, em grau aparente, muitas poderiam ser enquadradas como ilícitas.

Entretanto, todas essas condutas em rede não movimentam as instâncias de controle, ou seja, acaba-se por decidir pela liberdade na rede (garantia) em muitas situações da socialização digital. Por outra monta, certas condutas, mais simbólicas ou significativas (do ponto de vista do impacto repressivo na *retomada de poder* perdido), por uma série de fatores extrajurídicos, acabam movimentando o pêndulo decisório persecutório para o lado efficientista e uma série de medidas invasivas acabam sendo tomadas.

Um exemplo claro foi a instauração do Inquérito 4.781/DF junto ao Supremo Tribunal Federal (a “pedido” da própria presidência – o que já se revela assustador) para se apurar *fake news* cometidas contra os Ministros da Corte, invocando-se, inclusive, o que é ainda mais espantoso, a Lei de Segurança Nacional brasileira. Entre inúmeros indicativos de *fake news* presentes na rede (inclusive contra autoridades com prerrogativa de foro), por que somente essas geraram o respectivo inquérito junto ao STF (e juntamente com ele uma série de flexibilizações e quebras de sigilos e obtenções de materiais)? Para além da necessidade ou não de investigação ou punição para tais condutas (não é esta a temática aqui posta em debate), é esse direcionamento delicado (*própria gestão diferencial de ilegalismos em sua faceta digital*) que se está aqui a chamar a atenção.

Ainda, mais recentemente, a Lei de Segurança Nacional serviu para gerar instaurações de perseguições contra pessoas que tivessem de certa forma realizado alguma crítica mais dura à atuação do Presidente da República no combate à pandemia de Covid-19. O ato de instauração de perseguições e investigações tornou-se um instrumento de controle, claramente com o objetivo de fazer calar as críticas, ao passo que as agressões reversas realizadas por seguidores do Presidente da República aos críticos são compreendidas como algo normal. A gestão diferencial dos ilegalismos digitais no processo penal na era da sociedade em rede se revela de maneira clara, sendo possível verificá-la no tratamento das comunidades digitais envolvidas no mesmo fato.

Entre tempos e tempos, os jogos de poder – ainda que reformulados à medida que as relações sociais também mudam – são os que sempre permanecem ditando os caminhos punitivos. Se antes, tal qual refletido por Foucault (2005), a burguesia que temia afronta direta ao seu patrimônio era quem influenciava diretamente a gestão de ilegalismos das instâncias de controle, hoje, nos contextos digitais, a gestão diferencial de ilegalismos tem sido impulsionada pelo receio

de perda de poderio por parte, sobretudo, das instâncias oficiais de controle, a exemplo do Judiciário.

Nesse passo, diante desse contexto virtual onde a necessidade de demonstração de poder oficial aumenta em grau considerável, as microrrelações – cooperativas (BINDER, 2013) – de poder, tão fortemente visualizadas na gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal tradicional, perdem força de aparecimento e tendem a diminuir o grau de incidência (ou o grau de importância). Isto porque, diante da *ausência de formação de saber* específico sobre os eixos centrais das tecnologias que envolvem as perseguições digitais, estes casos acabam por *concentrar a discussão em fatores de poderio mais relevantes e com significantes para além do processo em debate*. Dito de outra forma, a ausência da formação de saber leva a *necessidade de imposição de poder*. Assim, já que este, no contexto de novas tecnologias, não está devidamente possibilitado pelo *saber* prévio que tradicionalmente o legitima e o impulsiona, a tendência é, nesse novo contexto digital, buscar se impor à força.

A fim de ilustrar o raciocínio, outro exemplo fatídico do âmbito nacional foram os bloqueios do aplicativo *WhatsApp* (mediante decisão judicial coercitiva) em hipótese em que este se negara a disponibilizar à justiça (por plena impossibilidade de o fazer) conteúdos de conversas criptografadas. Tratou-se nesse caso de clara incompreensão e revolta em virtude de certa “cegueira” (por ausência de *saber*) dos juízes envolvidos, sendo estes a representação de um Estado que há tempos está acostumado a possuir um grande e exclusivo poder. A ordem para suspender o *WhatsApp* em todo território nacional foi, sem dúvidas, uma demonstração de um velho tipo de poder que não mais se compatibiliza com esse novo momento. *Vide* pelo resultado do caso: não foi possível, por óbvio, obter tais conversas (pois criptografadas). Sobre tal caso, por ser esclarecedora a reflexão, vale a transcrição da exposição de Riana Pfefferkorn (2018):

“o Estado está acostumado a ter todo o poder. E o poder máximo do Estado é a coerção. [...] Ele pode ordenar que todas as empresas de telecomunicações em todo o país bloqueiem um serviço, pensando que o serviço então irá ceder e fazer o que o Estado deseja. Na mesma teoria, ele pode tentar forçar obediência ao prender alguém no seu caminho para o trabalho e colocá-lo na prisão. Mas quando a obediência *simplesmente não é possível*, nem a coerção funciona. (2018, p. 140).

A demonstração de poder tradicional ao bloquear o *WhatsApp* causou danos colaterais para milhões e milhões de brasileiros. Os juízes que emitiram as ordens de bloqueio estavam dispostos a sacrificar os interesses de *metade da população do país* para mostrar ao *WhatsApp* quem estava no comando. A juíza [...],

que ordenou que o WhatsApp “removesse a chave de criptografia” [...], estava disposta a ordenar que o WhatsApp comprometesse a segurança de seu serviço – o que poderia ter afetado a segurança de *todos* os usuários de WhatsApp – para que fosse possível coletar provas em apenas um caso.” (2018, p. 142.)

No caso, portanto, a patente *ausência de saber* tecnológico aumentou o jogo de busca por *demonstração* de poder, isto porque tal poder se encontra na realidade apagado diante desse novo contexto atual. O preocupante é que os jogos de poder (não tecnológicos) aos quais o Estado punitivo sabe efetivamente jogar são baseados em violência e flexibilizações de direitos básicos de muitos.

A partir daí, o desafio que se põe é que as peculiaridades de uma sociedade de vigilância (FOUCAULT, 2006) tradicional – ao qual o Estado domina os meandros – tende a encontrar concretas dificuldades para manter seu controle panóptico perante a sociedade que atualmente se relaciona em rede e isso, inegavelmente, assusta as instâncias de controle, sobretudo as judiciárias.

Logo, diante das diretrizes relacionais aqui procedidas, tem-se que com as tecnologias disruptivas envolvidas e ante as peculiaridades e complexidades desse novo e “concorrente” poder que surge no ambiente digital, acredita-se não ser possível enquadrar a *rede* como um novo paradigma de vigilância (nos moldes propostos por Foucault), seja pelo tímido grau de saber tecnológico digital que os atores persecutórios do Estado possuem ou em virtude da sua ligação ainda firme com tradições periféricas de poderio que ainda demorarão a digerir esse novo momento digital (que pede novas roupagens de poderio).

Daí ser rico o campo processual penal para se pensar e problematizar as insistências coercitivas (enquanto representação de um poder tradicional) diante das novas e complexas tecnologias – que trazem para instâncias oficiais de controle uma espécie de medo da incerteza e que os impulsiona a se “esconder” nas invocações das mesmas violências de outrora.

O dilema em que vive o Direito a partir das incertezas do mundo tecnológico tende a criar condições preocupantes de busca por autoridade por parte do próprio Direito. Segundo Pardo, (2009, p. 19) “La tarea que se impone al derecho ante la creciente incertidumbre de la ciencia no parece que sea la entregar sus decisiones al sistema de la ciencia, sino la de construir su propio sistema de referencias y apoyos sobre los que articular las decisiones que le corresponden”. Daí o tom preocupante da constatação do autor pois, nesse contexto traçado, o Direito agirá “*sin que sea su objetivo el acierto científico*” (2009, p. 19).

Em transferência para o que aqui se debateu no decorrer de todo o trabalho, tem-se que, no que concerne ao direito processual penal em tempos digitais,

continuará a esfera jurídica (enquanto representação máxima do controle criminal) agindo impositivamente na delimitação do *saber*, e com direcionado viés político para a manutenção do exercício do *poder*. E, assim, este *saber-poder* (ainda com os pés no tradicional) permitirá e criará – no susto que o medo do novo tecnológico tende a trazer – novas condições para uma ainda maior (pois agora *também digital*) e mais contundente *gestão diferencial dos ilegalismos* no âmbito processual penal.

7. CONCLUSÃO

Com a presente exposição, buscou-se, a partir de bases centrais foucaultianas (2000; 2005; 2006; 2015) em aproximação relacional com as diretrizes político-criminais e hermenêuticas processuais penais de Alberto Binder (2003; 2013), contribuir em reflexões com a delimitação e caracterização do que aqui se denominou *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*.

Dos aportes teóricos desempenhados, restou fixado, a partir da construção forjada de *saber-poder* (mutacional de tempos em tempos) no âmbito coercitivo de controle penal, que a dita *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal* revela-se, em síntese, como uma conjuntura de microrrelações de poder protagonizadas cooperativamente pelos atores ligados à persecução penal a partir de cotidiano exercício de decisões políticas que são permitidas por um saber que se exterioriza na construção de sentido da normatividade processual penal direcionada ao caso.

Ocorre que, em tempos tecnologicamente complexos e que trazem consigo novas esferas de socialização em rede, próprias do ambiente digital, o *saber-poder* que permite a *gestão diferencial dos ilegalismos* pelas instâncias de controle se vê perante um *duplo desafio* na medida em que se encontra entre as dificuldades de um *saber* de incertezas científicas (PARDO, 2009) e as complexidades de um *poder disruptivo* (OWEN, 2015).

Diante desse contexto, no que toca às instâncias criminais persecutórias oficiais, tem-se que a *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na sociedade digital* se vê modificada e acaba, ante a diminuição considerável tanto do *saber* como do *poder* que a permitiria, por invocar medidas coercitivas tradicionais enaltecendo núcleos invasivos e coercitivos do controle criminal sempre existentes, mas que agora tendem a ser reformulados para impositivamente “lidarem” com o novo momento de socialização digital e tecnológica.

Não foi a intenção do estudo traçar maiores aprofundamentos *específicos ou casuísticos* a vistas de ilustrar a relação processo penal, ambiente virtual e

tecnologias. O intento foi manter as discussões num âmbito mais diagnóstico, a fim de analisar o plano das condições em que esse novo momento se apresenta.

Buscou-se, assim, contribuir com um conjunto de problematizações de certa forma gerais, mas que almejam trazer alguns pontos de partida peculiares que, acredita-se, devem ser enfrentados ou, no mínimo considerados, na tentativa de incursão reflexiva neste novo momento social em que se vive, onde os espaços de socialização estendem-se, naturalmente, para o ambiente digital, em que o conhecimento científico que toca as esferas de controle não se limita pelo jurídico e onde o poder político está por escapar das mãos das instâncias de vigilância.

Destacou Binder (2003, p. 30) que “a história do processo penal é somente um capítulo da história das relações entre cidadãos e o poder; a cada época, cada cultura elaborou à sua maneira a síntese entre as forças que configuram o processo”. O momento atual, eminentemente tecnológico e virtualizado, com suas peculiaridades, complexidades e jogos de força, inclina-se a revelar um processo penal disforme e incompatível com a gama de dados e informações advindos do ambiente virtual, porém, ante a sua perda de hegemonia de poder, tende a aparecer ainda mais violento para os que forem fagocitados à insistente coerção mediante (agora enaltecida) *gestão diferencial dos ilegalismos digitais*.

Serão tempos que preocupam. E, ressalta-se, não é o êxito do Estado persecutório em transformar o ambiente digital numa nova sociedade de vigilância que mais chama a atenção, isto porque esse êxito nunca ocorrerá. O que realmente mais preocupa é o que irá acontecer com os direitos fundamentais.

8. REFERÊNCIAS

- ANTONIALLI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. São Paulo: InternetLab, 2019. v. II.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b.
- BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema de justiça criminal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. In: MACHADO, Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2018.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. A teoria crítica do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 128, p. 27-64, 2017.
- OWEN, Taylor. *Disruptive Power – the crisis of the State in the digital age*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán: Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- PFEFFERKORN, Riana. O debate estadunidense sobre vigilância e criptografia. In: *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: Doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, 2018. v. 1.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal – A bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTORO, Antonio E. R.; MADURO, Flávio M. (Orgs.). *Interceptação telefônica aos 20 anos da Lei n.º 9.296/96*. 1. ed. Belo Horizonte: De Plácido, 2016.

- SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em *sites* de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, p. 203-235, maio-jun. 2016.
- TELLES, Vera da Silva; HIRATA, Daniel Veloso. Ilegalismos e jogos de poder em São Paulo. *Tempo Social*, São Paulo, v. 22, n. 2, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito* – Interpretação da lei e temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Softwares de combate e prevenção ao crime sob a perspectiva do direito brasileiro, de Gabriel Fialho Oliveira e Isabella da Penha Lopes Santana – *RDTeC* 4 (DTR\2019\37679);
- Terceiro Foucault e o humanismo punitivo, de Clécio Lemos – *RBCCrim* 164/201-231 (DTR\2019\42740); e
- Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas, de Bruno Silveira Rigon e Maria Gorete Marques de Jesus – *RBCCrim* 162/85-119 (DTR\2019\42154).