

## O PROCESSO PENAL ENQUANTO DISPOSITIVO QUE HIERARQUIZA: FUNDAMENTOS RELATIVIZADOS DE UM DISPOSITIVO REPRESSIVO

*THE CRIMINAL PROCESS AS A HIERARCHIZED DEVICE:  
RELATIVIZED FOUNDATIONS OF A REPRESSIVE DEVICE*

**FRANCISCO GERALDO MATOS SANTOS**

Doutorando em Direito (PPGD/UFGA). Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFGA).  
Especialista em Direito Processual Penal e em Direito Público (FDJ/SP).  
Graduado em Direito (UNAMA). Professor Universitário. Advogado.  
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3960717678656289].  
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-1838-5757].  
fgeraldmatos@hotmail.com  
<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v192i192.311>

Recebido em: 05.04.2021

Aprovado em: 08.12.2021

Última versão do autor: 20.01.2022

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Penal

**RESUMO:** O presente texto, fruto de pesquisa realizada no Mestrado em Ciência Política, sintetiza alguns postulados relacionados ao processo penal enquanto um dispositivo que hierarquiza as pessoas acusadas. Trata-se de uma pesquisa que utilizou como metodologia a etnografia em 50 (cinquenta) audiências criminais na fase de instrução na cidade de Belém, capital do Pará. A proposta refere-se à observação e discussão das relativizações perpetuadas pelos atores (Magistrado, Ministério Público e Defesa Técnica) no momento do ritual da audiência, capaz de consubstanciar relativizações de princípios como o da igualdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, de acordo com a representação do acusado, conforme tarifação social, o que inviabiliza, de certa forma, a própria noção de um processo penal justo em um Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** The present text, the result of research carried out in the master's degree in political science, summarizes some postulates related to the criminal process as a device that hierarchizes the accused persons. It is a research that uses as methodology and ethnography in 50 (fifty) criminal hearings in the instruction phase in the city of Belém, capital of Pará. The proposal refers to the observation and discussion of relativities perpetuated by the actors (Magistrate, Ministry Public and Technical Defense) at no time during the hearing ritual, capable of substantiating relativizations of principles such as statistics, presumption of innocence, contradiction and wide availability, according to a representation of the accused, an adequate social tariff, or that makes it impossible, in a way, the very notion of a fair criminal procedure in the Democratic Rule of Law.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal – Audiência criminal – Sala de Justiça – Hierarquizações – Relativizações principiológicas.

**KEYWORDS:** Criminal proceedings – Criminal hearing – Justice room – Hierarchies – Principiological relativizations.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da descrição metodológica. 3. O dispositivo processual penal e sua relação para com o sistema de justiça criminal repressivo. 4. As varas criminais e a sistemática funcionalista do direito penal. 5. Considerações finais. 6. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo das instituições judiciárias nem sempre teve um lugar privilegiado na teoria política clássica, essas Instituições deixaram de ocupar uma posição periférica para se tornar um segmento institucional de preponderante papel no plano político. Segundo Sadek (2002), a análise institucional do “Poder Judiciário” se deu com a obra de Tocqueville, em que foi sublinhado a sintomática interferência dessa Instituição no cotidiano. A Ciência Política, especificamente, evidenciou o interesse em estudar esse Campo, após as discussões travadas por Robert Dahl, que analisou em 1950, a possibilidade de se considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos como um núcleo de tomada de decisões políticas (ARAÚJO, 2012).

Mais especificamente, no âmbito do Judiciário Criminal, em que se configura um dos segmentos do sistema de justiça criminal (ao lado de outras instituições de caráter não jurisdicional, como o Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias etc.), as pesquisas não são fruto de uma abordagem longínqua.

A questão apresentada neste artigo, por sua vez, objeta a análise específica de um

“instrumento”<sup>1</sup> utilizado no campo das ciências criminais, que se refere ao processo penal, indispensável para a devida aplicação ou não da sanção penal a um pretendo acusado, típico de um Estado Democrático de Direito, que tem entre seus postulados, o “*due process of law*”.

Ao lado do referido “instrumental”, observa-se, não apenas com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88), mas também, com inúmeros Tratados Internacionais que versam sobre a proteção jurídica do acusado, que há a observância obrigatória de vários direitos materializados por meio dos princípios processuais

1. Colocamos em destaque tal categoria – instrumento – por entendermos que a versão simplificada da função do processo penal acaba por incorrer em falhas epistemológica. no entanto, com caráter didático, acabamos por identificar tal categoria, mas pontuamos a devida ressalva.

SANTOS, Francisco Geraldo Matos. O processo penal enquanto dispositivo que hierarquiza: fundamentos relativizados de um dispositivo repressivo.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 192. ano 30. p. 205-222. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.



penais, de aplicação obrigatória em favor do acusado. A esse conjunto de postulados, pontuamos ser consectário lógico de um Estado que se caracteriza por ser democrático e de direito.

Nesse texto, analisamos a “aplicação prática” do próprio Processo Penal, de forma a responder a seguinte problemática: em que medida, e segundo que referenciais normativos e racionais, as práticas processuais penais observadas nas audiências criminais de instrução manifestam um exercício de hierarquização das formas de vida de forma a representar um processo penal democrático?

Trata-se de uma pesquisa teórica e etnográfica, que além desse introdutório, é dividida por mais três seções de desenvolvimento, em sequência: Da descrição metodológica, o dispositivo processual penal e sua relação para com o sistema de justiça criminal repressivo, as varas criminais e a sistemática funcionalista do direito penal e, por fim, as considerações finais.

## 2. DA DESCRIÇÃO METODOLÓGICA

Embora a proposta investigativa tivesse a pretensão de realizar uma pesquisa etnográfica, por ser também a base de dados o número de 50 (cinquenta) audiências criminais, categorizamos as práticas em segmentos que pudessem ser ilustrados por meio de tabelas e quadros.

A pesquisa teve como base empírica a observação das audiências de instrução criminal realizadas na Comarca de Belém, situada no fórum criminal de Belém, na Cidade Velha, no período de três meses no ano de 2018.

O embasamento empírico utilizado para fundamentar a pesquisa aqui travada utilizou-se como metodologia a etnografia, ou seja, a “tradução de uma experiência vivida em texto” (FELTRAN, 2014, p. 497). Esta mesma metodologia tem sido utilizada trivialmente pelas ciências sociais. Na Ciência Política, por exemplo, é marca, dentre outros, de Fernando Fontainha (Brasil), Pedro Heitor Geraldo (Brasil) e Michel Mialle (França).

A observação que fora realizada teve como perspectiva unicamente estando sentado em uma das cadeiras reservadas a quem quer assistir às audiências (no interior da sala), geralmente preenchidas por estudantes de Direito, que fazem algum trabalho acadêmico.

Fora realizado um recorte de duas audiências por dia, durante duas vezes por semana, totalizando 50 (cinquenta) audiências criminais. A escolha das audiências de instrução fora aleatória, todavia, objetivou-se não tornar homogênea a escolha das Varas Criminais objetos de nossa investigação. Em Belém, existem 22 varas criminais (excluídas as do Juizado Especial Criminal), havendo audiências todos os dias, de segunda a sexta-feira.

Após a coleta dos dados empíricos, a tarefa fora a análise e discussão dos dados. Na parte teórica da pesquisa, os instrumentos de coleta de dados foram a elaboração de planilhas, fichamentos e resenhas dos textos que abordam a temática.

Na parte exploratória da pesquisa, utilizou-se um quadro de análise em que se anotava o que fora considerado importante, que após gravar todas as audiências como dispositivo próprio, redigiu-se os pontos em que se percebeu discursos ou práticas tendentes a hierarquizar as formas de vida.

### 3. O DISPOSITIVO PROCESSUAL PENAL E SUA RELAÇÃO PARA COM O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL REPRESSIVO

A produção de dispositivos normativos repressivos como forma de resposta ao anseio do populismo punitivo importa em repercussões que geram consequências inumeráveis e incompreensíveis em sua totalidade, que vão desde o superencarceramento até a ausência das mínimas condições protetivas dos direitos e garantias fundamentais, tudo isso, em detrimento de um utilitarismo desarrazoado (BERTONI, 2013).

Partimos do pressuposto de que o Código de Processo Penal (CPP) é um dispositivo normativo que tem escopo de repressão criminal, na medida em que sua essência paira sobre um sistema que se direciona para as condenações, e, com isso, para aplicação de uma sanção penal<sup>2</sup>, que preferencialmente recebe o nome de pena.

A ideologia da defesa social descrita por Baratta (2002), se caracteriza nesse contexto de clamor social pela atuação repressiva, de modo a utilizar uma impensada sensação militar do lado justo, justificando a ideia de que os fins justificam os meios. Em tempos de “pós-democracia”<sup>3</sup>, pautada no discurso de promoção de segurança pública imediata, é mais fácil compreender o que a literatura há tanto tempo já vinha descrevendo quer no âmbito da criminologia, quer no âmbito da própria sociologia.

A concepção de dispositivo que utilizamos no desenvolvimento da pesquisa, está em Michel Foucault (1994, p. 299), para o qual consiste em:

“[...] um conjunto absolutamente heterogêneo. Comportando discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, enfim: o dito, assim como o não dito, eis os elementos do dispositivo. O dispositivo em si, é a rede que podemos estabelecer entre esses elementos”.

Na mesma linha de raciocínio, Agamben (2005, p. 9) afirma que o dispositivo é:

“1) é um conjunto heterogêneo, que inclui virtualmente qualquer coisa, linguístico e não linguístico no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de segurança, proposições filosóficas etc. a dispositivo em si mesmo e a rede que se

2. Utiliza-se o gênero sanção, posto que a pena e a medida de segurança são espécies.
3. Expressão utilizada no Brasil por Rubens Casara.

SANTOS, Francisco Geraldo Matos. O processo penal enquanto dispositivo que hierarquiza: fundamentos relativizados de um dispositivo repressivo.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 192. ano 30. p. 205-222. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

estabelece entre esses elementos. 2) o dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre em uma relação de poder. 3) É algo de geral (um *resseau*, uma ‘rede’) porque inclui em si a episteme, que para Foucault é aquilo que em uma certa sociedade permite distinguir o que é aceito como um enunciado científico daquilo que não é científico”.

A ideia do Código de Processo Penal como sendo um dispositivo, é exatamente por compreendermos que sua elaboração pautou-se em um discurso legitimador, que inclusive, fora o mesmo utilizado quando da elaboração do próprio Código Penal Brasileiro (CPB), na medida em que o CPP fora elaborado pelos juristas Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Candido Mendes, ao passo que o Código Penal, só não teve entre os revisores de seu projeto, estes dois últimos.

Isto é, a mesma marca teórica que fora utilizada para a elaboração do CPB fora a aplicada para a construção do CPP, o que se diferencia, no entanto, é apenas a data, que o CPB fora de 1940 e o CPP de 1941, e a natureza jurídica das normas elencadas, que no primeiro é de natureza material, ao passo que os da segunda, adjetiva.

Na própria exposição de motivos do CPP, há nítida interpretação de que a ordem de um novo CPP se deu em decorrência da execução de um CPB atualizado (ou já desatualizado). A vertente extremamente protecionista ao patrimônio do CPB e a temas correlatos, também se compatibilizou para com a indicação da ordem pública como sendo um dos fundamentos para decretação da prisão preventiva.

É comum o Judiciário valer-se da “ordem pública” e a necessidade de “crença no Judiciário” para que prisões dessa natureza sejam decretadas, ainda que tenha havido algumas reformas processuais, como aconteceu com a recente Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”. Percebe-se, desta feita, que a preocupação em executar um controle social é inferior quando se compara a real necessidade de segregar aqueles que não são úteis ao mercado.

Embora o objeto aqui seja a legislação adjetiva, a legislação material é salutar quando se verifica a produção de novos tipos penais. O CPB fora um exemplo nesse aspecto, pautado no “anseio social”. O significado político do controle social realizado pelo Governo, ao produzir novos tipos penais, e pelo sistema de justiça criminal que legitima um Código de Processo que permite um poder não equiparado entre os Atores, aparece nas funções reais de uma crise que vem se consolidando, principalmente em época eleitoral, que sempre tem aquele candidato que “promete” ser o salvador da pátria.

Da Rosa (2017, p. 111) afirma que:

“O processo penal é o dispositivo democrático pelo qual a interação da normatividade opera a partir de sujeitos – que ocupam lugares e funções próprias –, regulamentado ou reconhecido pelo Estado, em contexto situado no tempo e espaço, capaz de promover a resposta estatal diante de uma possível violação de conduta proibida. Articula-se, portanto, a partir da normatividade genérica, abstrata e única, típica dos ordenamentos jurídicos, com o suporte dos jogadores [...]”.

A ideia trazida aqui nessa pesquisa, é entender o CPP como dispositivo que fora moldado para ser aplicado no caso concreto por meio de um ritual do próprio Judiciário. Quando se põem em prática os atos processuais, entra em cena esse ritual, composto de gestos, condutas e racionalidades que imperam uma normatividade estratégica. Tornando-se, portanto, indispensável, também, o estudo da teoria dos jogos no processo penal, para verificação das estratégias observadas na cena judiciária, todavia, tal abordagem fugiriam a pretensão do artigo.

O CPP é um dispositivo também, por ser composto de uma linguagem e uma gramática própria. Para Garapón (1999), a gramática é o processo, ao passo que o Direito se refere à linguagem. Assim, o CPP é um dispositivo na medida em que ele constitui a rede que relaciona entre eles todos esses elementos discursivos e institucionais. Além disso, este se inscreve em uma relação de poder, conforme entendimento do próprio Foucault: há atores sociais –sujeitos de direito– que estão interligados em uma relação que, em tese, não deveria ser de dominação ou subordinação, embora se constitua em relação de poder (resta a saber se de forma positiva ou negativa, e se este se aplica de forma diferente entre os atores do processo). Este dispositivo também envolve, na sua origem, uma estratégia específica, que em nosso entendimento refere-se ao referendo da legislação material.

Foucault (1999, p. 102):

“Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a ‘reforma’ propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir”.

O CPP, portanto, é um diploma normativo que descreve como os atores no âmbito do Judiciário devem agir durante o processo penal, disciplinando as regras do jogo. Ocorre que na própria configuração dos deveres das partes, há discursos (dito) e um “não dito” no interior do CPP. Por isto, na definição do dispositivo, Deluchey fala que se trata de uma “rede de elementos heterogêneos (discursivos e não discursivos, expostos e velados) cuja formação corresponde a uma *função estratégica específica*” (DELUCHEY, 2016: 179. Grifo nosso). Também, como frisa Deluchey, não se pode entender o dispositivo, sem, antes, analisar o papel das estratégias que estão na sua origem.

Desta feita, precisamos compreender quais são as estratégias que foram utilizadas quando da elaboração do CPP, e como elas estão ainda sendo executadas pelos atores que hoje lidam com a materialização do Processo.

Há quem, inclusive, defenda haver manobras, manipulações para que haja essa produção de dispositivos normativos. Deluchey (2016) faz alusão à necessidade de verificar quem participa dessa manipulação, de onde vem esta manipulação – de cima para baixo ou vice-versa – e qual a relação dela com a estrutura social da dominação (DELUCHEY, 2016).

Deluchey também traz a discussão a respeito das estratégias que são divulgadas e aquelas que realmente justificaram a produção do dispositivo normativo. E isso ele justifica porque há dispositivos que são marcados por processos contínuos de preenchimento estratégico, a tal ponto que podemos “encontrar dispositivos cuja principal estratégia hoje é a estratégia literalmente oposta à estratégia que levou à criação deste mesmo dispositivo” (DELUCHEY, 2016, p. 191).

Os discursos consistem nas estratégias apresentadas para a produção de um dispositivo normativo. Ao passo que a efetivação corresponde ao preenchimento estratégico.

Com a difusão do processo de globalização, imposta pela interligação cultural e financeira de uma tendência mundial capitalista, em que o consumo exacerbado é marco característico, propicia-se o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança diante da imprevisibilidade dos acontecimentos e da liquidez das relações sociais. Daí surge outra categoria necessária: governamentalidade.

Na mesma linha de raciocínio, Foucault entende que governamentalidade é uma “arte de governar”, que segundo Deluchey (2015, p. 65) é: “um conjunto de regras e práticas governamentais, visando a dirigir os indivíduos pelo exercício da liberdade”.

E no contexto do neoliberalismo, isso se justifica pela preocupação patrimonialista da legislação criminal, na medida em que há uma preocupação em proteção do patrimônio econômico diferencial em relação aos demais bens jurídicos. Segundo Foucault:

“[...] a punição aparece como devendo ser calculada em função, é claro, dos interesses da pessoa lesada, da reparação dos danos, etc. Doravante, porém, a punição deve arraigar-se apenas no jogo dos interesses dos outros, do seu meio, da sociedade, etc. Interessa punir? Que interesse há em punir? Que forma a punição deve ter para que seja interessante para a sociedade? Interessa supliciar ou o que interessa é reeducar? E reeducar como, até que ponto, etc. e quanto vai custar? A inserção desta película fenomenal do interesse constituindo a única esfera, ou antes, a única superfície de intervenção possível do governo – é isso que explica essas mutações que devem ser todas, como vocês veem, referidas a esse arranjo da razão governamental”. (FOUCAULT, 2008, p. 63).

Nesse sentido, o alvo das legislações está relacionado ao sistema capitalista, enfatizando ainda mais a proteção ao patrimônio. Em tempos do neoliberalismo, a institucionalização do Governo se concretiza com políticas desta natureza. E quando o Direito Repressor (Penal, por exemplo) prioriza o patrimônio em detrimento de outros bens jurídicos de maior valia, demonstra, de forma patente uma seletividade do direito penal

que visa atender apenas a pequena parcela da sociedade que detém patrimônio (COPETTI, 2000).

Com a pesquisa realizada, verificou-se que 62% dos crimes que estavam sendo julgados nas audiências criminais que observamos diziam respeito direta ou indiretamente ao patrimônio.

Tabela 1 – Crimes praticados

| Bem jurídico tutelado            | Crime       | Quantidade | %   |
|----------------------------------|-------------|------------|-----|
| Crimes contra o patrimônio       | Roubo       | 19         | 38% |
|                                  | Furto       | 6          | 12% |
|                                  | Receptação  | 3          | 6%  |
|                                  | Estelionato | 3          | 6%  |
| Crimes contra a Ordem Tributária | Sonegação   | 4          | 8%  |
| Crimes contra a honra            | Calúnia     | 3          | 6%  |
|                                  | Injúria     | 4          | 8%  |
|                                  | Difamação   | 8          | 16% |

Fonte: elaboração própria com base nos dados coletados na pesquisa.

A ideia de repressão criminal tem relação com a modernização nas relações humanas, segundo Beck (1998, p. 25-32), que dissolveu totalmente a sociedade agrária do século XIX, e criou um espelho da sociedade industrial, agora responsável pelo surgimento e afirmação de uma nova ordem social: a sociedade do risco.

Nesse sentido, Beck (1998, p. 25) elucida:

“En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por la problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica”.

A repressão criminal em si, não consegue apresentar problemática, mas quando analisamos esta a partir das estratégias, entendemos perfeitamente a problematização. Corroborando Deluchey (2016) tem argumentado no sentido de que da mesma maneira, um aparente objetivo estratégico, como seria o caso de lutar contra a criminalidade, pode ser combinado ou até mesmo mascarar uma finalidade estratégica difícil de ser publicizada sem colocar em risco a própria estratégia, como seria colocar por fora do mercado as populações indesejáveis para o mercado, produzir um “efeito de isolamento” dentro



da classe operária, enfraquecer o poder de negociação dos trabalhadores no mercado de trabalho etc.

Na medida em que há essa expansão, acontece uma difusão de ideias que entram em choque com inúmeros princípios e fundamentos do campo das ciências sociais aplicadas, como é o caso do Direito. A sociedade de risco clama por uma atuação mais ativa da instituição Estatal, tida como o “salvador da pátria”, e a função legislativa dessa Instituição, nos últimos anos vem atuando de forma a aumentar intensamente o número de tipos penais e/ou tornar mais severa a punição dos já existentes, com a promulgação de mais leis que atentam para a descrição da ampliação da criminalidade.

#### 4. AS VARAS CRIMINAIS E A SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA DO DIREITO PENAL

Embora a dogmática penal não tenha sido o objeto de pesquisa aqui avençado, é salutar a importância de sua compreensão para que possamos entender, de fato, a lógica estratégica norteadora no CPP.

A grande discussão patente, quando se esboça o sistema penal, diz respeito a interface deste para com os direitos humanos e, por conseguinte, a difusão das ideias do garantismo. Segundo Carvalho (2015), a ideia de garantismo penal clássico afeta a todas as ciências criminais<sup>4</sup>.

Embora a discussão do autor mencionado pare sobre o plano discursivo e o plano da instrumentalidade, é este que tem sido utilizado na presente pesquisa, tendo em vista que o garantismo na prática refere-se ao ponto de vista político.

Conforme ensina Carvalho (2015, p. 203):

“[...] no plano da instrumentalidade, das práticas jurídicas cotidianas. Para além dos discursos de (des)legitimação das políticas públicas que afetam os direitos humanos (ferramenta proporcionada pela abordagem teórica), o paradigma garantista contemporâneo apresenta mecanismos que devem ser valorados em sua (in)idoneidade para impulsionar ações cotidianas de efetivação de direitos”.

É sintomático que na própria teoria política, a presença da necessidade de um Estado sólido, que materializasse a proteção da paz social – e/ou outros objetivos correlatos – de uma associação política fora o que motivou a passagem do Estado de Natureza para o Estado de Civilização, quer na perspectiva de Hobbes, quer na de Locke, Rousseau ou outros teóricos contratualistas.

4. Entende-se por ciências criminais o conjunto das subáreas dogmática penal/processual penal, criminologia e política criminal.

SANTOS, Francisco Geraldo Matos. O processo penal enquanto dispositivo que hierarquiza: fundamentos relativizados de um dispositivo repressivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 192. ano 30. p. 205-222. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.



A associação política, como recorda Hobbes, construiu-se com base em uma proteção recíproca que objetivava combater a violência. Assim, não a exercer torna as privações consentidas ao Estado desprovidas de sentido (GARAPON, 1999).

De fato, a premissa básica seria legitimar o poder político em ditar as regras e, com isso, impor certa regulamentação no plano do mundo da vida. Na perspectiva do liberalismo, é sintomático que ao Estado fora atribuído estrategicamente a responsabilidade de limitar duas formas de violência (ou agressão): a privada e a pública. Sendo esta verificável no abuso do poder das agências repressivas do *lupus artificialis* quando dos exercícios legítimos ou ilegítimos das violências, e aquela, materializada no dano individual provocado pelo desejo do *lupus naturalis* de gozar de bens inacessíveis pela sua escassez ou em decorrência do excesso passional introduzido na reação às agressões ilegítimas (CARVALHO, 2015).

Ocorre que pensar romanticamente na necessidade de conter a violência privada e pública como postulado não somente da formação do Estado moderno, mas do próprio garantismo penal, é ignorar que sempre ao haver necessidade de ponderar entre o privado e o público, este é o vencedor do embate.

A falácia de impossibilidade de direitos absolutos serve tão somente para atingir apenas os direitos de primeira geração, ou seja, os individuais. A dimensão pública da própria teoria dos direitos humanos não raras vezes é a que se sobrepõe em detrimento das demais. E no enfoque do sistema penal, o acusado é quem passa a ser o afetado, basta verificarmos o número de réus presos que estão nas salas de audiências algemados, muito embora o uso de algemas seja “exceção” -ou regra escrita de forma distinta.

Na pesquisa, as audiências criminais na fase de instrução serviram como base empírica para uma observação etnográfica dos rituais judiciais em estudo. Dentre inúmeros pontos que compuseram o modelo de análise desta pesquisa, tentamos observar quais os critérios que decidiam se, no momento da audiência, o Acusado / Réu estava preso ou solto. A existência de prisão ainda nessa fase, segundo a sistemática processualística penal, representa o interesse público em resguardar cautela ao processo penal. Isto acaba por culminar no que se chama de “prisão processual cautelar” ou em “caráter preventivo” e não definitiva – que será aplicada ao final do processo, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por uma questão de recorte epistemológico, não fora analisado o fundamento utilizado pela Autoridade Judiciária quando da decretação da prisão preventiva<sup>5</sup>, em particular porque tal decisão se deu antes da audiência criminal que estava sendo realizada e analisada na pesquisa. Apenas nos limitamos a identificar, na cena judicial da audiência,

5. Segundo o art. 312 do CPP – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei 13.964, de 2019).

SANTOS, Francisco Geraldo Matos. O processo penal enquanto dispositivo que hierarquiza: fundamentos relativizados de um dispositivo repressivo.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 192. ano 30. p. 205-222. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

se o acusado estava respondendo ao processo penal em liberdade ou se, de fato, já estava preso provisoriamente.

Assim, observou-se que a maioria dos acusados nas audiências criminais observadas respondiam à ação penal<sup>6</sup> – ou quiçá a um processo penal – em liberdade.

Tabela 2 – Acusados presos e soltos

| ACUSADO |       | USO DE ALGEMAS DURANTE A AUDIÊNCIA |
|---------|-------|------------------------------------|
| SOLTO   | PRESO |                                    |
| 31      | 19    | 16                                 |
| 62%     | 38%   | 32%                                |

Fonte: elaboração própria com base nos dados coletados na pesquisa.

Na literatura, é comum verificar o entendimento de defesa dos direitos humanos no sentido de ser a prisão, uma exceção. A liberdade, como sendo um direito fundamental no âmbito penal tem sido marcha para relativização, daí porque tese de inexistência de direito absoluto só beneficiar a vertente de defesa do interesse público dos direitos humanos.

Entre a liberdade do agente e a segurança da “coletividade” – que se diga, não se sabe quem é e como se tornara coletiva -, o interesse público é quem domina. Embora nas audiências criminais analisadas nessa pesquisa a maioria dos acusados sejam réus soltos – não esqueçamos que houve também coleta de dados em audiências criminais cuja ação penal que iniciou o processo era privado ou pública condicionada a representação –, a incidência de uma exceção jamais poderia corresponder a 38% do todo.

E mais, dentro desses 38% – que representam a quantidade de 19 réus presos –, 84,21% estavam na audiência algemados (32% do total). Ou seja, exceção da exceção configura regra? Porque se a liberdade do agente é a regra, e mesmo assim, 38% dos acusados estavam presos, há uma naturalização da exceção como se regra fosse, sem esquecer que o uso da algema é medida extraordinária, conforme o próprio teor da Súmula Vinculante nº 11, *in verbis*:

6. Tecnicamente, o Acusado não responde a um processo penal, mas a uma ação penal, que fora ajuizada pelo Ministério Público ou Querelante com o fito de condenar o Réu a sofrer alguma sanção penal. Ocorre que na prática, observa-se que todos os elementos do processo penal acabam por disseminar uma resposta generalizada por parte do acusado, que tem a todos os envolvidos (a exceção da Defesa) como sendo adversários do jogo processual.

SANTOS, Francisco Geraldo Matos. O processo penal enquanto dispositivo que hierarquiza: fundamentos relativizados de um dispositivo repressivo.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 192. ano 30. p. 205-222. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

Súmula Vinculante 11 – “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

E antes, durante e depois da audiência, nenhum dos atores questionou o uso das algemas, embora no caso dos réus presos, todos estivessem assistidos pela Defensoria Pública.

Foi perceptível, no entanto, que a Defensoria Pública se mostrou em incontáveis situações como a protagonista da cena do ritual judiciário, na medida em que diversas vezes interrompeu o ritual, fez requerimento em tonalidade alta, sem receio de padecer qualquer ruído ou constrangimento na cena: o que importava era a defesa do acusado.

A relativização dos direitos tornou-se um problema. Sobre o assunto, Carvalho (2015, p. 213) afirma que:

“A absolutização dos interesses das agências de punitividade (vontade de punir) em detrimento dos direitos humanos, como sucedâneo da concepção otimista em relação ao exercício dos poderes públicos, deriva igualmente dos modelos teóricos (Teoria do Estado e Teoria da Constituição) que hierarquizam e relativizam direitos. Assim, se os princípios são passíveis de relativização, podem ser sacrificados em nome da ordem e do interesse público, do bem comum – (meta) regras apócrifas legitimadoras das lesões aos direitos fundamentais”.

Quando se observa a sistemática do CPB nota-se a preocupação do legislador em proteger demasiadamente o patrimônio econômico, basta verificarmos a (des)proporcionalidade das previsões dos preceitos secundários nos tipos penais. E mais, basta verificarmos que o homicídio qualificado não era de início um crime hediondo, mas o latrocínio sim. Ou seja, é muito mais vantajoso para o mercado a retirada do convívio social do latrocida ao invés do homicida por uma simples razão: o latrocida retira o patrimônio econômico e o homicida, apenas o “bem jurídico” vida.

Utilizamos a expressão “bem jurídico” desta forma, por entendermos da mesma forma que Carvalho (2015) ao estipular que o incessante crescimento da atuação do direito penal não decorre dos seus postulados de última ratio. É notório que este segmento do mundo jurídico é pautado precipuamente –embora apenas no plano teórico – na premissa de sua fragmentariedade, subsidiariedade, ou seja, sua atuação se torna necessária apenas quando os outros ramos do Direito não conseguem resolver a situação.

E a justificativa para ser a última ratio é simples: o direito penal tem se mostrado muito mais repressivo do que preventivo, em outros dizeres, traz mazelas que extrapolam o aceitável, posto que tem a legitimidade de retirar o bem jurídico liberdade do

agente por uma simples “decisão judicial”, como sendo um ato jurídico que afeta drasticamente na prática, a vida do ser humano.

Por este motivo, Garapon (1999) afirma que houve uma mudança do Estado Providência para o Estado Penal, tendo em vista que a ideia de *ultima ratio* passou a ser ignorada na prática criminal.

O aumento, sem precedentes, da população carcerária, tem sido fruto da extensão do campo da justiça penal, além de intensificação da repressão clássica, posto que o Direito Penal se tornou igualmente em um novo meio da sociedade moderna exorcizar as suas dificuldades.

Segundo Garapon (1999, p. 247):

“O direito penal é a nova grelha de inteligibilidade das relações sociais. Sendo o direito a nova formalização da coexistência humana, o direito penal será a sua última encenação”.

A política criminal da própria funcionalidade do direito penal evidencia que a necessidade em retirar do convívio social logo preventivamente os acusados de prática de crime contra o patrimônio só fomenta a situação de despertencimento social – ou mesmo, apagamento –, de inutilidade à lógica neoliberal. Essas formas de vida, portanto, aparentam situar-se como hierarquicamente inferiores às daqueles que praticam outras figuras típicas do diploma normativo criminal.

Ao utilizarmos as formas de vida, propomos uma substituição às categorias indivíduos ou pessoas, posto que não são apenas pessoas que podem ser discriminadas pelo sistema, fora a discriminação penal.

A discriminação social pode se manifestar a partir de características infra individuais, e por serem assim, precisa-se falar em formas de vidas e não de pessoas, porque são características no interior da pessoa.

Hierarquizar as formas de vida é uma das formas de se manifestar a discriminação social e penal. A essência do Direito Penal e do próprio Código de Processo Penal é justamente discriminar as formas de vida, mas não as formas de vida dos atos.

Garapon (1999) é resgatado no sentido de não ser o ato em si que é observado, é a pessoa, a periculosidade dela, o fato de ela incomodar – como disse Wacquant (2001), a pobreza que incomoda, tanto o é, que houve a passagem do Estado Providência logo para o Estado Penal, em que a criminalização da marginalidade (forma de vida às margens, por exemplo), ao lado da contenção punitiva das categorias deserdadas passa a ser, em grande parte, uma política social.

Essas formas de vida devem ser, portanto, controladas: aqueles que detém a forma de vida característica do convívio criminal deve, portanto, ser algemado, ficar cabisbaixo na audiência, não conseguir olhar sequer, nos olhos dos demais atores que se fazem presente na audiência criminal. A lógica/estratégia fundante do dispositivo da persecução penal – ou do Código de Processo Penal – é um exercício discriminatório por excelência.

Em relação aos acusados que estavam presos no momento da audiência de instrução, há de se pontuar que nas audiências criminais na fase de instrução não é possível verificar o motivo da decretação da prisão pretérita, posto que as decisões cautelares já tinham sido proferidas antes do momento marco da pesquisa realizada.

Ocorre que sendo um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva a necessidade de resguardar a instrução criminal, finalizada a audiência, o acusado fora posto em liberdade ou o Magistrado encontrou outro fundamento para a permanência?

Essas foram as perguntas que, dependendo da análise e verificação empírica puderam confirmar ou rejeitar hipóteses de pesquisas tendentes a relacionar para com a hierarquização das formas de vida, principalmente quando se analisa criticamente a presença dos sujeitos invisíveis, demonizados e imunes à persecução penal.

Todos os acusados que estavam presos no momento da audiência criminal – conforme demonstrado na Tabela 3 – já possuíam pretérita decisão de prisão preventiva, ou seja, não foi possível verificar as circunstâncias que levam o Magistrado a decretar a prisão preventiva. Todavia, foi possível identificar que dos 19 presos, apenas 2 obtiveram liberdade após a audiência, embora houvesse outros requerimentos de liberdade, conforme a seguir discriminado.

**Tabela 3 – Requerimento de Liberdade pós-instrução**

| Ator               | Requerimento de Liberdade | Posicionamento do MP                                                                     | Posicionamento do Magistrado |
|--------------------|---------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------|
| Defensoria Pública | 08                        | Contra a Liberdade, fundamentando na ordem pública e conveniência da instrução criminal. | Contra em todos              |
| Defesa Particular  | 01                        | Contra a Liberdade, fundamentando na ordem pública.                                      | Favorável                    |
| MP                 | 01                        | -                                                                                        | Favorável                    |

*Fonte:* elaboração própria com base nos dados coletados.

Havia 19 acusados presos no momento da audiência de instrução. Destes, finda a instrução, apenas em dez situações, foi requerido a liberdade do agente, e de tais requerimentos, apenas duas foram atendidas pelo Magistrado.

A única situação em que o pedido fora feito pela Defesa, e o Magistrado atendeu, referia-se a um caso de acusação pelo crime de furto, em que figurava como suposta autora do delito, uma mulher. Nesse caso, a concessão da liberdade provisória se fundamentou porque a ré tinha demonstrado emprego fixo e não havia mais elementos que exigisse a

manutenção da prisão, embora o MP tenha argumentado que pela ordem pública, fosse necessário a prisão.

De forma analítica, há algumas considerações que merecem destaque. O fato de a acusada ser mulher, por si só, não pode servir de fundamento para análise da concessão da liberdade à Ré, isso porque, houve uma situação em que foi solicitado a liberdade em audiência de uma mulher, e o Magistrado não concedeu, por entender que havia elementos que fundamentavam a manutenção da custódia – como foi o caso de furto e a acusada já ter respondido por outro processo criminal e ter obtido sentença condenatória.

Não se pode afirmar também, que a manutenção da prisão é consequência do posicionamento do MP, tendo em vista que em todas as situações requeridas pela defesa – a liberdade –, o MP se mostrou contrário, sempre demonstrando que a prisão é a regra, e não o inverso.

Agora um ponto que merece destaque é a assistência do réu. No caso em que a Defesa requereu a liberdade, notou-se ser o acusado assistido por defesa privada, que protocolou antes da audiência o pedido de liberdade provisória. O MP, no entanto, se manifestou em audiência quanto ao pedido de liberdade, e o Magistrado, decidiu pela concessão, também em audiência.

Todos os pedidos de liberdade provisória apresentados pela Defensoria Pública foram realizados em audiência, oralmente, de forma que o MP também se manifestou em audiência pela improcedência, sendo este o posicionamento dos Magistrados em todas as situações.

Percebe-se, então mais uma vez, a relativização do direito à liberdade no Judiciário criminal paraense. É por isso que Casara (2017, p. 150) afirma que:

“Admitir a restrição da liberdade de uma pessoa que ainda pode ser declarada inocente (ou que se reconheça a inexistência de provas da materialidade ou da autoria do crime a ela atribuído) pelo próprio Poder Judiciário é a demonstração de que a liberdade também passou a ser tratada como uma mercadoria, como algo disponível e que vale de acordo com um tipo de raciocínio que só reconhece a lógica do mercado”.

Por isso a hipótese acerca da Liberdade condicionada à atuação da Defesa Particular fora parcialmente confirmada, na medida em que das duas situações em que o Magistrado deferiu a revogação da Prisão Preventiva (PP), uma fora requerida pela Defesa Particular. Vale salientar: nenhum dos requerimentos da Defensoria Pública fora atendido.

Dessa situação, parece certo comentário: a Defensoria Pública atua em defesa daqueles acusados que não detêm condições econômicas de custear advocacia privada, o que já coloca esses jurisdicionados na categoria dos marginalizados economicamente. Assim, percebeu-se que dos casos analisados, a Defesa Privada só requereu a liberdade em uma situação, embora estivesse presente em cerca de 30% das audiências analisadas.



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O campo de investigação relacionado às ciências criminais possibilita uma variável forma de se analisar fenômenos relacionado à criminalidade, perpassando desde aos estudos criminológicos, de política criminal até mesmo chegar ao campo da dogmática em si (embora o estudo não seja nessa linearidade).

A pretensão almejada com este artigo, limitou-se a compreender em que medida, e segundo que referenciais normativos e racionais, as práticas processuais penais observadas nas audiências criminais de instrução manifestam um exercício de hierarquização das formas de vida de forma a representar um processo penal democrático? Como hipótese, tínhamos a testar que o processo penal em si, da forma como fora elaborado e tem sido praticado no ambiente correspondente à “sala de justiça” fora estrategicamente pensado justamente para hierarquizar as formas de vida dos acusados.

Como resposta, confirmamos a hipótese de pesquisa anterior, de forma a consubstanciar o entendimento de que a relativização de princípios – que são marcas históricas de direitos e garantias fundamentais em favor do Acusado em face do Estado – refere-se ao primeiro ponto de hierarquização.

Além disso, observamos que a regra da “intangibilidade” da liberdade está atrelada apenas ao campo teórico de proteção garantista, posto que na prática, a exceção tangenciou a materializar a regra: prisão – cerca de 62% dos acusados estavam presos –. E mais, o uso das algemas, ainda que repetidamente, os Tribunais Superiores tenham entendimento pacífico de ser uma medida excepcional que enseja, inclusive, responsabilização penal em face do agente público que usa imoderadamente, na prática, a realidade demonstra comportamento diverso.

Ademais, observou-se que embora finalizada a instrução processual penal, em todos os casos em que estava sendo processado um acusado preso, o Magistrado entendeu por manter a prisão tida como “preventiva”.

Desta feita, observa-se, em verdade, que apesar de ser um princípio basilar na ordem democrática brasileira, o princípio da presunção de inocência acaba por ser “relativizado” em desfavor dos acusados, de forma demasiada, ainda, aos assistidos pela Defensoria Pública, ou seja, aqueles desprovidos de recursos financeiros, típicos sujeitos que a ordem neoliberal não apresenta função a ser ocupada por eles.

## 6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? Trad. Nilcéia Valdati. *Outra travessia*. Florianópolis, n. 5, p. 9-16, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: ICC, 2002.

- BERTONI, Felipe Faoro. A expansão do direito penal e a cultura punitiva. *Revista Arquivo Jurídico*, jan./jun. de 2013. ISSN 2317-918X.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DA ROSA, Alexandre Moraes. *Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction*. Empório do Direito: Curitiba, 2017.
- DELUCHEY, Jean-François Y. O lado “B” da liberdade: reprimir na era neoliberal. In: LEMOS, Flávia Cristina Silveira Lemos [et.al.]. *Estudos com Michel Foucault: transversalizando em psicologia, história e educação*. Curitiba, PR: CRV, 2015.
- DELUCHEY, Jean-François Y. Sobre estratégias e dispositivos normativos em Foucault: considerações de método. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 40, n. 2, p. 175-196, jul.-dez. 2016.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008., p. 63.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Instituto Piaget: Lisboa, 1999.
- SADEK, Maria Teresa. Judiciário: Mudanças e Reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.
- SADEK, M. T. Estudos sobre o sistema de justiça. In: S. Miceli. (Org.). *O que ler na ciência social brasileira*. Brasília, São Paulo: ANPOCS; Ed. sumaré; CAPES, 2002.
- WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



## PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A força normativa da Constituição Federal como condição de possibilidade para a reestruturação do processo penal democrático, de Igor Amaral da Costa – *RDCI* 118/29-45;
- Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, de Daniel Nascimento Duarte e Antônio Eduardo Ramires Santoro – *RBCCrim* 183/23-55;
- O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal, de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Juliano de Oliveira Leonel – *RBCCrim* 175/251-281; e
- O processo penal no estado democrático de direito, suas tendências orientadoras e a vítima de crime, de Charles Emil Machado Martins – *RBCCrim* 189/51-94.