

A POLÍTICA CRIMINAL E A NORMATIVIDADE JURÍDICO PROCESSUAL PENAL EM PRÁTICA: Pierre Bourdieu e Discussões Etnográficas

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2022.58.10363>

Recebido em: 15/3/2020

Aceito em: 4/2/2022

Francisco Geraldo Matos Santos

Autor correspondente: Universidade Federal do Pará (Ufpa). Programa de Pós-Graduação *Stricto-Sensu* em Direitos Humanos. R. Augusto Corrêa, 01 – Guamá, Belém/PA, Brasil. CEP 66075-110. <http://lattes.cnpq.br/3960717678656289>. <https://orcid.org/0000-0003-1838-5757>. fgeraldomatos@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo aborda a política criminal na prática e como essa política impõe uma normatividade advinda do próprio Código de Processo Penal (CPP). Trata-se do resultado de uma pesquisa em que se utilizou, além do referencial teórico de Bourdieu e outros pensadores no campo da literatura crítica, a etnometodologia como abordagem metodológica. Percebeu-se, dessa forma, que, embora a sociologia de Bourdieu tenha sido desenvolvida a partir de pesquisas na sociedade francesa, suas contribuições são também verificadas na sociedade brasileira, principalmente no que se refere à difusão de violência simbólica e do autoritarismo que não apenas está presente na política legislativa do CPP, mas, também, na própria prática, verificada em uma audiência criminal na Comarca de Belém – PA.

Palavras-chave: campo jurídico; política criminal; etnografia; violência simbólica; Código de Processo Penal.

CRIMINAL POLICY AND CRIMINAL PROCEDURAL LEGAL NORMATIVITY IN PRACTICE: PIERRE BOURDIEU AND ETHNOGRAPHIC DISCUSSIONS

ABSTRACT

This article addresses a criminal policy in practice and how this policy imposes normativity from the Code of Criminal Procedure (CPP) itself. This is a result of a research that uses beyond the theoretical framework of Bourdieu and other thinkers in the field of critical literature, an ethnomethodology as a researched approach. Thus, it was noticed that although Bourdieu's sociology was developed from research in French society, his contributions are also verified in Brazilian society, especially regarding the diffusion of symbolic violence and authoritarianism that is not only present in legislative politics. CPP, but also, in practice, verified in a criminal hearing in the District of Belém – PA.

Keywords: legal field; criminal policy; ethnography; symbolic violence; Criminal Procedure Code.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do artigo gira em torno de alguns problemas teóricos atinentes à “Política Criminal” que acabam por refletir no campo prático algumas insuficiências. O intento fora o de compreender em que medida a política criminal no campo prático é capaz de impor normatividades quando da aplicação dos ditames do código de processo penal.

Para isso, propomos rediscutir, inicialmente, a própria categoria “política criminal”, apresentando, dessa forma, a concepção teórica que motivou o desenvolvimento da pesquisa. Em seguida apresentamos o marco teórico fundante dos principais conceitos utilizados sob a ótica do sociólogo Pierre Bourdieu, que, sendo um sociólogo crítico, estudou o campo jurídico e apresentou sua linguagem própria sobre o fenômeno jurídico.

Este artigo é fruto de uma pesquisa desenvolvida no Mestrado em Ciência Política, em que foi utilizada como metodologia a etnografia – amplamente empregada em pesquisas na área da antropologia e introduzida de forma ainda incipiente no campo jurídico. Na referida pesquisa foram assistidas 50 audiências criminais na capital paraense na fase de instrução. Dentre as audiências assistidas foi selecionada uma audiência específica, que tinha como atores presentes o magistrado, o servidor que era responsável pela digitação do termo de audiência, uma defensora pública, a vítima, o acusado e dois estagiários que assistiam com este pesquisador a referida audiência.

A etnografia é um método que retrata a redação do observado, ou seja, a grafia de tudo o que interessa é perceptível por parte do pesquisador. Assim, ao utilizá-la como método, no dia designado, estivemos na sala de audiência de uma Vara Criminal da Comarca de Belém, capital do Estado do Pará, em que foi observada a realização de uma audiência na fase de instrução, quando tanto houve oitiva de testemunhas quanto, também, interrogatório do réu.

A discussão das notas etnográficas baseou-se da teoria da prática do Bourdieu e da influência que o campo jurídico detém na promoção da violência simbólica, e, além disso, na formulação autoritária de segmentos da própria noção estatal – embora nossa preocupação não esteja voltada para a formação desse Estado.

2 O (NÃO) EFEITO POLÍTICO DA “POLÍTICA CRIMINAL”

A concepção de política criminal nem sempre é bem interpretada pelos pesquisadores, que se limitam a entendê-la de forma a representar, exclusivamente, o conjunto de práticas – sociais e públicas – com o intento de reduzir a criminalidade, como é o caso de políticas educacionais, de ressocialização, de reiningresso, etc. – embora muito dos condenados¹ sequer foram inseridos no meio social.

Esse é o ponto comum que a literatura, de modo geral, tende a compreender como sendo política criminal. Ora, parcela da doutrina tem enfrentado criticamente esse segmento de investigação de forma peculiar, como é o caso de Salo de Carvalho (2015, p. 203), que, ao analisar o sistema garantista e a ideia de política criminal, pontua que necessariamente é salutar a análise das ciências criminais do ponto de vista teórico, que ele denomina de “científico”, e do ponto de vista prático, definido como sendo o “político”. Assim, há um *habitus*² jurídico de que a definição de política criminal está entrelaçada exclusivamente – ou preponderantemente – à política legislativa.

A ideia de política criminal proposta por Carvalho (2015), diferentemente, seria o posto em prática daquilo que se entende como sendo indispensável para combater a criminalidade. Claro, não podemos ignorar o já investigado por outros teóricos no tocante a ser a política criminal o conjunto de proposições de incentivo à redução da criminalidade, mas a sua real interpretação deve se direcionar ao plano realmente prático da ação, e não exclusivamente ao plano inicial, que se refere, por exemplo, à produção de mecanismos legais.

¹ Condenado, aqui, entende-se como aquele que fora acusado por meio de uma ação penal, teve instrução criminal no processo penal e obteve sentença penal condenatória transitada em julgado.

² *Habitus* aqui na proposição de Pierre Bourdieu.

Lei por lei não implica em obediência prática automática, basta verificarmos o número de agentes que praticam condutas que supostamente são consideradas crimes. Deleuze ([1990]) argumenta que a lei é um sentido vazio, que é indispensável avançarmos para a jurisprudência. Aqui, no entanto, a ideia de jurisprudência refere-se analogicamente à prática. A questão é que, nesse contexto, foi tarefa da política criminal definir as condutas criminosas da mesma forma que foi a estipulação da sanção cabível.

A lógica é, portanto, pensada da seguinte forma: O que tem sido feito para a redução da criminalidade? Tudo o que for utilizado como possíveis respostas a esta interrogação, entendemos como sendo tarefa da política criminal. Veja, a noção central gira em torno do “agido”, que reflete uma ação no passado, mas que pode ser perfeitamente interpretada no presente também – quais ações estão presentes no campo estatal? Isso também entendemos ser a política criminal.

Compreendemos que a política criminal deva ser interpretada como sendo a prática dos postulados que norteiam a dogmática penal e processual penal com o intento de estudar e/ou evitar o aumento da criminalidade. Em outros dizeres, seria política criminal, também, a própria noção da cultura jurídico-criminal, ou seja, aquelas práticas que nem sempre se explica, mas se pratica no contexto criminal.

Oliveira (2009) entende que diante das incessantes necessidades do Estado em controlar a criminalidade e a delinquência, há a execução de políticas públicas que se direcionam aos diversos agentes envolvidos com o multivariado fenômeno criminal. Ainda, há íntima ligação entre as ideologias orientadoras das políticas criminais e da *práxis* política na área de segurança pública.

2.1 Discussões sobre o Código de Processo Penal como política criminal

Não utilizamos a mesma ideia de ideologia proposta por alguns autores quando se analisa o Código de Processo Penal. Entendemos este diploma normativo como sendo um *dispositivo* que é dotado de uma série de institutos que devem ser analisados com cautela. Dispositivo, aqui, não se refere ao sentido comum apresentado pela literatura jurídica, mas, sim, em uma perspectiva teórico-filosófica, como introduziu Foucault e Agamben (2010). Nesse contexto, o que interpretamos da proposição de Oliveira (2009) é de que há nítida relação entre os discursos e/ou estratégias orientadoras da elaboração do Código de Processo Penal (CPP) e a própria normatividade da prática política de sua execução – ou da própria Política Criminal oriunda do CPP. Trata-se da política criminal orientada pelo CPP.

Não é, portanto, apenas no controle de violências que a política criminal se debruça, mas, sim, em tudo o que estiver relacionado à atividade criminoso e à necessidade em contê-las. Isso porque pensar em política criminal é pensar em controle social. Com o Estado Democrático de Direito, para que sejam averiguadas a existência de uma conduta criminoso e a consequente aplicação de resposta Estatal na modalidade sanção, é indispensável que tenha havido previamente um processo penal (justo), de forma a incidir o princípio do devido processo legal – que será analisado mais adiante.

A figura do CPP, portanto, é nítida na manifestação de uma política criminal que está inserida em todas as demais, na medida em que todo agente que pratica um crime que chega ao conhecimento do Estado deve ser submetido a um processo penal. O dispositivo processual penal, em verdade, configura uma política com o escopo da redução da criminalidade, mas que acaba por trazer mazelas sociais enquanto seu escopo é demasiadamente desgastante, humilhante, estigmatizador, principalmente porque o réu tem se mostrado muito mais como um objeto do processo do que um sujeito – despojado de garantias processuais.

A lógica é preventiva no sentido de servir pedagogicamente como um empecilho ao réu em praticar delitos, tendo em vista que ele sabe, de antemão, que se for direcionado à política criminal Estatal em exercer o *jus puniend*, certamente ele será subjulgado, humilhado e tratado como se objeto fosse.

Analicamente entende-se um dos motivos para que o atual CPP não seja substituído por outro – ou mesmo seja tão problemático ao enfrentamento das reformas, que, sem insistência, demonstram a inconstitucionalidade do referido –: é que ele fora criado no contexto de um Estado Autoritário. Estamos falando de um Código datado de 1941. Sobre o assunto, Moraes (2006, p. 404) afirma que

[...] há quem dirija suas críticas não à criminalização (Direito Material Penal), mas à persecução e execução criminal (Direito Processual Penal). Nesse contexto, as críticas vão do sistema ao pontual. Como crítica sistêmica, afirma-se a inconstitucionalidade do Código de Processo Penal vigente – nascido em matriz inquisitiva de 1941 – em face do sistema acusatório determinado cogentemente pela atual Constituição da República, promulgada em 1988, com expressa preceituação de direitos e garantias aos investigados/acusados. Pontualmente, ressalta-se a interpretação seletiva e/ou marginalizante contida na variação hermenêutica de uma mesma norma processual, conforme a ideologia do operador do Direito que participe do feito e as características pessoais do cidadão (vítima ou suspeito/acusado/executado) envolvido na causa.

O CPP, quando analisado sob o prisma de um dispositivo entrelaçado à política criminal, torna-se ainda mais sintomático às interpretações e discussões de seu conteúdo, quando se verifica, na prática, o próprio dissenso quanto ao conteúdo de vários diplomas normativos ou, mesmo, princípios aplicáveis ao referido.

3 A NORMATIVIDADE DAS PRÁTICAS NO PROCESSO PENAL COMO EFEITO DO “PODER JUDICIÁRIO” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DE PIERRE BOURDIEU

Para estudar o Judiciário é necessário perpassar por alguns conceitos e teorias. A compreensão da especificidade da investigação que se pretendeu desenvolver nesta pesquisa e a rediscussão de algumas nuances, se fazem obrigatórias. Assim, a primeira nuance é compreender como o espaço judiciário teve influência na formação do Estado moderno, exatamente pela configuração da normatividade desse “Poder”.

Os estudos voltados à análise da teoria do Estado atravessam inúmeras abordagens teóricas que, de certo modo, apresentam um entendimento peculiar sobre o assunto. Partindo de tal pressuposto, é indispensável definir em qual marco teórico esta pesquisa se fundamentou.

O aporte teórico utilizado para a releitura do processo penal à luz da normatividade imposta, esteve vinculado à teoria social contemporânea representada por Bourdieu, principalmente porque o referido sociólogo utiliza suas pesquisas para, com base na estrutura e ação, conciliar uma explicação sólida dos fenômenos sociais. Embora, todavia, as pesquisas de Bourdieu tenham sido sedimentadas na sociedade francesa, suas ideias centrais podem ser testadas na sociedade brasileira por meio de uma análise ou da etnografia – primeira metodologia utilizada pelo sociólogo – ou pela socioanálise – investigação aprofundada com o tempo por Bourdieu. A pesquisa avançada utilizou a primeira metodologia apresentada.

Sendo assim, a título de referencial teórico, esta pesquisa direcionou-se, num primeiro momento, a compreender como o Estado detém um metacapital – capital simbólico – a ponto de definir o que deve ou não ser reproduzido socialmente. Para apresentar tal discussão se propôs uma análise de como o Estado moderno se formou e quais suas nuances do ponto de vista do poderio. Aqui utilizou-se os ensinamentos do filósofo Foucault, que tem matizes teóricas próximas as de Bourdieu. Na medida em que o “Poder Judiciário”, por meio dos agentes do processo judicial, apresenta uma linguagem e uma gramática próprias, os discursos judiciários têm um efeito normativo legitimado pelo capital simbólico, típico do Estado.

Após compreendida (ou não) essa ideia do Estado, se direcionou a verificação do campo jurídico no interior desta teoria para, após essa análise, pontuar o campo judicial (ou Poder Judiciário) especificamente.

A partir do momento em que estabelecemos o marco teórico do Estado e do campo judicial, é que passamos a adentrar na lógica da biopolítica, do racismo de Estado e do próprio capital humano, para que, assim, pudéssemos pontuar o contexto da literatura que tem embasado esta discussão e fundamentado o desenvolvimento da pesquisa.

Dessa forma, é com base nessa esfera preliminar de discussões que se identifica a necessidade de aprofundar o papel do Judiciário na esfera estatal, principalmente no que se refere à normatividade patente do processo penal. A seleção do processo penal se deu, além de inúmeros outros fatores, pelo fato de ser o instrumento jurídico pelo qual o Estado exerce, por excelência, o monopólio da violência física, na medida em que é por meio desse processo que há a aplicação de uma sanção extrema albergada pelo Direito, a saber, a privação da liberdade, e que, portanto, possui um valor estratégico na hierarquização da vida em sociedade. Não é à toa que a população carcerária possui uma certa homogeneidade.

Se, de um ponto de vista eminentemente institucionalista, a presença do Direito como sociável após a Constituição Federal de 1988 passou a ser a mola de discussão em torno do Judiciário no âmbito da Ciência Política, a Sociologia e a Filosofia têm mostrado que há inúmeras nuances imprescindíveis para se compreender realmente como esta Instituição legitima alguns discursos, e, no presente caso, por meio do processo penal.

Na sociologia de Bourdieu é cético que o Estado – embora não definido especificamente pelo sociólogo – desempenha inúmeras tarefas legitimadas que tendem a direcionar discursos, lutas e correntes, consolidando o que o sociólogo, de forma abrangente, denomina de violência simbólica³; violência essa manifestada exemplarmente no interior das atividades estatais.

Muito embora Bourdieu tenha criticado a teoria marxista no que diz respeito à definição de Estado, que, segundo ele, se limita a explicar o fenômeno apenas com análise direcionada à “função” de defender a classe dominante – tendo em vista que Marx lembra para que o Estado serve, mas não em que consiste a estrutura de mecanismos –, ele mesmo tem dificuldade em definir a figura do Estado (BOURDIEU, 2014). Por isso, ele utiliza os ensinamentos primitivos de Weber para relacionar a um “x” que ainda precisa ser determinado.

No âmbito da Ciência Política muito se tem encontrado os estudos do Judiciário apenas do ponto de vista das funções. Ocorre que da lógica de Bourdieu se extrai que há segmentos que não podem ser aprendidos quando se interroga apenas a respeito das funções, e aqui encontra-se, como exemplo, o próprio mecanismo estatal ou judicial (BOURDIEU, 2014). O sociólogo, nesse diapasão, conceitua Estado, como:

[...] o nome que damos aos princípios ocultos, invisíveis – para designar uma espécie de *deus absconditus* – da ordem social, e ao mesmo tempo da dominação tanto física como simbólica assim como da violência física e simbólica (p. 34).

Talvez por isso ele tenha afirmado que o Estado “é um x (a ser determinado) que reivindica com sucesso o monopólio do uso legítimo da violência física e simbólica em um território determinado e sobre o conjunto da população correspondente” (BOURDIEU, 2011, p. 97).

Este Estado, por ser detentor de um “*metacapital*”, exerce um poder sobre os outros campos e sobre os diferentes tipos específicos de capital. Esse *metacapital* consiste no capital simbólico, mas que, associado à junção dos demais, refere-se ao capital estatal. Interpreta-se que quando Bourdieu afirma que a construção do Estado está em pé de igualdade com a construção do campo de poder, ele utiliza a compreensão de Foucault acerca desse campo.

O Judiciário, enquanto uma instituição – e, portanto, um elemento do dispositivo analisado por Foucault –, tende a impor discursos que têm o condão de serem considerados verdadeiros, isso porque acredita-se ser legitimado por meio do poder simbólico com o qual o capital jurídico se reveste.

Bourdieu (2011), quando afirmou que a gênese do Estado é inseparável do processo de unificação dos diferentes campos sociais, já apresentava a importância do campo judicial como sendo o “lugar ideal” para que hajam discursos, ações, práticas, tendentes a materializar essa uniformização no sentido simbólico – de conhecimento e reconhecimento como legítimo o discurso proferido pelos atores do campo judicial. Isso tem se tornado um problema que suscita inquietações quando se verifica a incidência em um Estado que se diz democrático – embora Casara (2017) negue ser este o atual estágio brasileiro. Como um Estado pode ser democrático se os pilares da democracia não são respeitados? Como um Estado poder ser pós-democrático se não identificamos a existência de um estágio antecessor democrático? Almeida (2014, p. 82), discorrendo sobre o campo, assim se manifestou:

O campo, porém, não é uma estrutura politicamente neutra; ao contrário, é nele que são produzidas formas de dominação específicas, bem como se reproduzem formas de dominação próprias de outros campos sociais, que se traduzem na lógica específica de cada um desses espaços sociais.

³ Violência simbólica, para Bourdieu, tende a se relacionar com o desconhecimento, mas o seu reconhecimento de forma natural.

No interior de um campo, portanto, há discursos que tendem a racionalizar o modo de vida e categorizar as pessoas; já no campo judicial tendem a utilizar o direito como instrumento de normalização, numa linguagem de Bourdieu, no sentido de ser sinônimo ao efeito de universalização.⁴

O processo penal, como um instrumento utilizado no Judiciário para a consolidação de uma pretensa aplicação de sanção, monopolizada pelo Estado-Juiz, pode acabar sendo um meio para que haja hierarquização das formas de vida ao verificar-se os efeitos da normatividade desse processo.

Do ponto de vista histórico, o Processo Penal brasileiro continua sendo marcado por ideologia fascista, autoritária, de acordo com sua formação similar ao Código Rocco (de origem francesa), em que a ideologia de impor ordem e disciplina na sociedade é constante (GIACOMOLLI, 2015).

Ao utilizar-se o entendimento de Foucault (2014), quando esse elucida acerca de um dos elementos do dispositivo, o discurso – como sendo uma materialidade –, e quando da sua hipótese acerca do perigo dos discursos indiscriminadamente, verifica-se que o autor pontua:

[...] suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (p. 8-9).

O discurso passa a ser um mecanismo de identificação da vontade de verdade (ou poder em Foucault), que possibilita a consolidação de argumentos tendentes a universalizar o debate, ou seja, tornar o particular universal.

O discurso velado, que consolidou a instauração e a permanência do Processo Penal brasileiro, pode apresentar, estrategicamente, um efeito normativo capaz de, por meio de seu caráter universalizador, hierarquizar as formas de vida que, empiricamente, se pretendeu avaliar por meio da etnografia nas audiências criminais na fase de instrução.

Quando Bourdieu (2014) faz menção de que o campo jurídico é, por excelência, o típico exemplo de exercício do Poder Simbólico, nitidamente observável quando se percebe que as práticas de hierarquizar as formas de vida estão presentes no seio de um campo que tem, em tese, a função de dizer a verdade, de fazer a justiça, motiva, também, a execução desta pretensa pesquisa. Partindo do pressuposto de que há correlação indiscutível entre a formação do Estado moderno e o campo jurídico, Bourdieu (2014, p. 357) assim se expressou:

Os juristas, a meu ver, são os motores do universal, da universalização. Têm a seu favor o direito, isto é, esse discurso de pretensão universal, e essa capacidade particular, que é sua capacidade profissional, de explicar a razão, de dar as razões, de produzir razões, portanto de apresentar as coisas que são da ordem do fato – “É assim”, “Não é possível”, “É tolerável” etc. – à ordem da razão, por duas vias: pela evocação dos princípios jurídicos universais – não há Estado sem Constituição, por exemplo – e pelo recurso à história. Os juristas foram os primeiros historiadores do direito constitucional, os primeiros a tentar encontrar precedentes, a escrutinar os arquivos.

A partir do momento em que o campo jurídico, como autônomo, dotado de uma linguagem própria, que, segundo Garapon (1999, p. 27), é a do direito, e de uma gramática própria, a do processo, é indiscutível compreender como essa linguagem tem relação com discursos que hierarquizam as formas de vida.

Se o discurso universalista, segundo Bourdieu (2014), no campo jurídico, não passa de defesa de seus interesses particulares cujo fundamento é o direito, é possível investigar se por detrás do discurso divulgado há uma lógica da governamentalidade neoliberal.

Giacomolli (2015, p. 147), ao fazer referência ao Fascismo e à interação para com o Código Processual Penal brasileiro, assim aduziu:

⁴ Bourdieu (1989, p. 247) pondera que “a instituição jurídica contribui, sem dúvida, universalmente para impor uma representação da normalidade em relação à qual todas as práticas diferentes tendem a aparecer como desviantes, anômicas, e até mesmo anormais, patológicas (especialmente quando a medicalização vem justificar a jurisdição)”.

“Crer”, “Combater” e “Obedecer” eram princípios de Mussolini. Transferindo ao processo penal, verifica-se a crença de que todos os problemas serão solucionados pelo processo penal, no qual os agentes públicos fazem o bem. Por isso, os acusados e a defesa devem obedecer às ordens dos sujeitos oficiais (Juiz e Ministério Público). O inimigo do Estado, ou seja, aquele que pratica uma infração criminal, há de ser combatido, pois dela deve ser aliado, excluído e escondido atrás dos muros dos cárceres.

É nessa interação entre o campo jurídico, com suas premissas e possibilidades de inculcar efeitos universais para com o “Poder Judiciário”, e na utilização do Processo Penal como uma ferramenta do Poder, que o presente artigo se pretendeu estabelecer.

4 PRINCÍPIOS E CATEGORIAS DO PROCESSO PENAL NA PRÁTICA: A ETNOGRAFIA UTILIZADA

Na medida em que surge a figura típica nasce para no Estado o direito-dever de punir (*jus puniendi*). É direito porque somente dotado de justa razão surge para quem detém a titularidade de aplicar a sanção (e no direito brasileiro, após a extirpação da vingança privada), quem pode realizar a persecução penal. É dever porque o Estado⁵ tem um compromisso para com toda a sociedade de proteção dos bens jurídicos relevantes, além, é claro, de aplicação da sanção ante os “contrários à lei”, ou, como apresenta a sociologia criminal, os “desviantes”.

Com a Constituição Federal de 1988 o que era considerado um sistema inquisitivo (embora ainda haja dúvidas) surge acusatório, como sendo a premissa norteadora de todo o ordenamento jurídico no que se refere ao processo penal. O CPP, todavia, ainda continua sendo aquele produzido na década de 40, um dispositivo que detém estratégias e discursos legitimadores fascistas.

Lenio Streck (2013) afirma que, com a Constituição de 1988, há uma crise do paradigma liberal-individualista. O jurista explica que diante da necessidade de um texto programático que abarcasse o entrechoque ideológico, surgiu a Constituição de 1988 como um documento compromissório e dirigente, espelhado nas Constituições Europeias. Ocorre que esse documento, ao contrário do esperado, não teve, entretanto, o poder de construir um novo imaginário na sociedade. Isso porque uma expressiva parcela dos juristas não se deu conta, ainda, do que representou esse processo de refundação social, uma vez que eles estavam acostumados a lidar com um emaranhado de textos jurídicos infraconstitucionais que estavam em vigor há muitas décadas.

Os juristas ainda estão presos às velhas práticas, mergulhados em um senso comum teórico, continuando seu labor cotidiano como se nada tivesse acontecido, configurando-se como o *lócus* da decaída para o discurso inautêntico repetitivo, psicologizado e desontologizado. Os aplicadores do direito ainda caracterizam-se por expressões antigas, com base na “tranquilidade tentadora”, descrita por Heidegger (*Apud* Streck, 2013), não levando em consideração que cada caso é um caso, e que – embora a pré compreensão, nos casos difíceis, seja executada –, se deve ter cautela em razão da necessidade da suspensão dos pré-juízos que impossibilitam a confrontação com o horizonte crítico (STRECK, 2013).

Sobre essa situação, na pesquisa foi possível identificar, em um caso, a necessidade da vítima em reconhecer o acusado, posto que havia incompatibilidade entre o que estava dito na fase de inquérito policial e o do depoimento em juízo. Embora pelo magistrado não fosse necessário, a Defesa – Defensoria Pública, inclusive – fez o requerimento em juízo, no momento da instrução criminal, nos termos do artigo 226 do CPP⁶.

⁵ A ideia, aqui, de Estado utilizado, refere-se ao Estado proveniente do Contrato Social na teoria política clássica.

⁶ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para esta não veja aquela;

IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento [grifo nosso].

O magistrado não viu problemas, salvo quando a Defensoria Pública fez o requerimento de que fosse colocado ao lado do acusado mais duas pessoas de perfil semelhante ao do referido, conforme dispõe o CPP⁷, o que foi visto e reproduzido pelo juiz como motivo para atraso na pauta da audiência do dia.

No caso, ocorreu a mesma situação descrita por Semer (2017), quando apresentou o caso da Dona Matilde, no sentido de ter sido os detalhes menos significantes, como o “olhar sério”, a cor da pele ou, mesmo, o tipo físico, que fizeram com que a vítima reconhecesse o suposto acusado. Segundo o referido autor, mesmo não havendo provas, ainda assim marcou-se uma nova audiência.

Na situação do reconhecimento do réu a vítima mal conseguia descrever como a pessoa que lhe roubou era – as características físicas –, e o mais interessante a observar é que esse réu estava preso provisoriamente, e, ainda assim, ao término da audiência, ele permaneceu preso.

Quando se analisa o texto do CPP quanto à possibilidade de reconhecimento de pessoas nos termos do artigo 226, percebe-se a sintomática possibilidade de não serem colocadas outras pessoas ao lado do acusado com qualquer semelhança, posto que a legislação apresenta o “se possível”. Foi com base nesse “se possível” que as pessoas colocadas ao lado do acusado não detinham nem características físicas próximas tampouco vestimenta congênera.

Nota-se, portanto, uma estratégia utilizada pelo legislador para, mais uma vez, evidenciar como esse dispositivo é pautado em discursos que podem ser ignorados quando da sua real intenção prática. Pela sistemática da CRFB/88 se tornaria incompatível essa possibilidade de dispensa de identificação do acusado. O fato é que, como bem lecionou Pacelli (2014, p. 35),

[...] a atual ordem constitucional não deixa margem à dúvida quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional [...]

Com a entrada do texto constitucional de 1988, chamada “Constituição Cidadã”, novos rumores e princípios ingressaram no ordenamento jurídico, e os já presentes em textos anteriores sofreram reformulações que sempre (ou quase) passaram a tender a limitações – estrategicamente – à atividade estatal no que se refere à persecução penal.

Dentre os principais axiomas com essa reformulação jurídica, encontram-se o princípio do devido processo legal, da vedação à utilização de provas ilícitas, da presunção de inocência, da motivação das decisões judiciais, da publicidade, do contraditório e ampla defesa, da isonomia, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição (divergência doutrinária quanto a este), etc.

A partir do momento em que se têm elementos de prova que demonstrem a materialidade delitiva, bem como a existência de uma conduta criminosa, com a suposta autoria, surge para o ofendido o direito de ver o agente causador sendo penalizado.

Não pode o ofendido, todavia, punir (embora nem sempre exista um ofendido para pleitear a punição, dada a existência de crimes contra a vida) automaticamente; é necessária a observância de um processo equacionado por determinações legais, ora constitucionais, ora infraconstitucional, que se dá o nome de devido processo legal (“*due process of the law*”).

De acordo com Mattos (2009), a jurisprudência firmada tanto no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem arguindo que o devido processo legal constitui, em princípio, um processo disciplinado por normas legais, exercido em conformidade com o que dispõe a lei, correspondendo ao procedimento estabelecido na legislação infraconstitucional, compreendendo a existência de normas legais preestabelecidas, exercendo-se na forma das leis preexistentes, garantindo-se a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida em lei, exigindo-se a observância do procedimento tipificado na lei, remetendo às normas processuais vigentes.

O direito fundamental a um processo justo compreende, primeiramente, o direito a um processo legal, porém acrescido por direitos fundamentais, especialmente direitos fundamentais processuais, por exemplo,

⁷ Nesse momento, o Magistrado sussurrou: “a audiência vai demorar se eu fizer isso”.

o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes, o direito à prova, etc. Justo, portanto, não é qualquer processo regido por lei. Justo é o processo legal informado por direitos fundamentais (MATTOS, 2009).

Não há no desenrolar desse direito a necessidade de certeza quanto à autoria, mesmo porque, ainda que haja, não necessariamente significa que o Estado irá condenar, tendo em vista a possível alegação de temas que estão nitidamente ligados quer no que se refere à existência delitiva (exclusão das ilicitude, da figura típica ou da culpabilidade), quer no que diz respeito à extinção da punibilidade (prescrição, decadência, morte, etc.) ou, mesmo, escusas absolutórias (que na verdade existe apenas em duas hipóteses). Daí a necessidade de um devido processo legal.

É interessante os dizeres de Mattos (2009) quando, com base nos ensinamentos de Robert Alexy, pondera que a observância do procedimento não garante necessariamente a obtenção de um resultado justo. A observância do devido processo legal não exclui a possibilidade de erro no JUDICIÁRIO, mas também não podemos negar que a sua observância contribui para um resultado justo. Aduz o autor que, paralelo ao devido processo legal, está o da segurança jurídica. Nem sempre essa relação mostra-se como sendo de caráter justo. No fato de se ter a coisa julgada, nada mais se cristaliza a não ser a observância da segurança jurídica. A proteção da coisa julgada, que é inerente ao direito fundamental ao devido processo legal, está a serviço da segurança das partes, da sociedade e do próprio “Poder” Judiciário. Verifica-se, com a segurança jurídica, nítida proteção de que todos (brasileiros) vivem num Estado Democrático de Direito.

Veja que no caso etnográfico supraidentificado, se for questionada a observância ou não do devido processo legal, há conformidade com a norma jurídica na medida em que o CPP disciplina a identificação do acusado apenas se for possível. A questão está exatamente nesse último ponto: “se possível”. Essa relativização, no entanto, acaba por limitar a uma prestação judiciário justa; talvez por isso Derrida (2010) tenha enfatizado que há grandes diferenças entre o direito e a justiça.

Ainda na esteira da revolução jurídica que a CRFB/88 culminou, há também a necessidade de compreender, mesmo que abstratamente, o princípio do contraditório e da ampla defesa. Segundo Mattos (2009), trata-se da “força motriz” do processo, “a sua garantia suprema”. Sem contraditório não há devido processo legal nem de jurisdição. O contraditório não constitui apenas direito das partes, mas igualmente regra do processo para o juízo, que deve clamar pela verdade real. Esse princípio tem dupla destinação, endereçando-se às partes e ao próprio juiz, o qual também “deve participar do julgamento a ser feito”. A ampla defesa, por sua vez, conforme Pacelli (2014), refere-se à garantia de ir além da mera participação (como ocorre no contraditório), mas uma participação que englobe além da autodefesa e da técnica e seja eficiente. Assim, é lícito as partes utilizarem todos os meios disponíveis no ordenamento jurídico de prova que possibilitem a sua defesa. A inobservância desses princípios gera a nulidade do processo, pois afronta direitos fundamentais.

Na constituição de um processo no Estado Democrático de Direito (legalmente constituído) é indispensável a presença de uma igualdade entre as partes que a doutrina denomina de “*par conditio*” ou igualdade de armas, com o sentido de que o juiz deve assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente tanto no processamento quanto no julgamento da causa.

O Direito à prova, também correlato ao da ampla defesa, constitui o direito fundamental, que compreende a utilização de todas as provas disponíveis, com o objetivo de provar a verdade dos fatos em que está fundada a ação ou defesa, o direito à produção das provas já admitidas e o direito ao contraditório sobre as provas, isto é, o direito de contraditar as provas produzidas pela parte contrária ou por iniciativa oficial do juiz, inclusive o direito à prova contrária e o direito à valoração das provas pelo órgão judicial (MATTOS, 2009).

Todas essas breves concepções teóricas servem de fundamento de validade do processamento de uma ação penal que servirá de base, junto com toda a instrução probatória, para que o magistrado profira uma sentença, que, no âmbito penal, será ou condenatória ou absolutória.

Levando-se em consideração que o direito processual não é um fim em si mesmo, o processo penal vale-se de um processo judicial para que tudo (ou quase tudo, teoricamente) que tenha vinculação ao fato delitivo seja levado à valoração do magistrado.

No âmbito do processo penal inicia-se a fase processual judicial com o exercício do direito de ação. Esta, por sua vez, pode se materializar de duas formas: ou por meio de uma queixa-crime, quando versar sobre a ação penal cuja titularidade seja o ofendido, ou por meio de uma denúncia, caso em que o titular é o Ministério Público.

Fala-se em início do processo judicial com o exercício da ação porque, em verdade, processo judicial não é sinônimo de persecução penal. Isso porque essa consiste em todas as atividades das quais o Estado se vale para conseguir identificar o crime, o autor e o seu processamento. Nem sempre (e quase minimamente) o detentor do direito de ação ingressa com o instrumento de direito de ver a concretização dos fins sem um procedimento anterior, o que é denominado de inquérito processual (regulado pelo CPP).

O Brasil adotou a teoria substitutiva quanto à atividade jurisdicional, ou seja, há a interferência externa de uma pessoa isenta e legalmente constituída para tal atividade para que exerça a atividade judicante. No processo penal essa atividade é mais acentuada ainda, levando-se em conta a presença da defesa de um direito penal mínimo, isto é, utilizado apenas como última “*ratio*”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de que há uma dissociação entre a política legislativa e a prática nem sempre pode ser analisada e passível de conclusões absolutas. Pensar a política criminal desprovida do plano prático é inócuo. Como ponderou-se ao longo deste artigo, política criminal, para além de ser “estratégia” com escopo eminentemente valorativo, é prática, ou, na linguagem de Bourdieu, *práxis*.

Nossa pretensão foi compreender como a política – prática – da própria política criminal pode ser observada no lugar por excelência onde ela deveria ser manifestada: na audiência criminal. Isso porque nada adianta mudar-se as regras se a *práxis* continua inalterada, de forma que somente por meio da observação (etnografia) seria possível compreender como a *práxis* retrata hierarquizações que podem ou não estarem revestidas de legitimidade legal.

Há clara difusão – ou aproveitamento – na *práxis* jurídica das situações excepcionalíssimas. Tal propósito certamente fora projetado no momento da elaboração e discussão do projeto legislativo que culminou com o atual CPP, embora não tenha sido este o propósito deste texto. A relativização no âmbito do processo penal, materializada por meio de lacunas ou sobrestamento de princípios constitucionais processuais, evidencia a prática processual autoritária e fascista, como ocorrera com a situação narrada da previsão legal do “se possível” ou “quando possível”. Nota-se, de antemão, que todas as vezes que o legislador pontua expressões desta natureza, em verdade, ele está legitimando a prática de violações à legitimidade.

Não por outra razão, a sociologia *bourdieusiana* apresenta o campo jurídico como o lugar em que, por excelência, se manifesta a violência simbólica. A questão é que essa violência é desconhecida, mas, ao mesmo tempo, reconhecida. É reconhecida devido ao *habitus*, nesse campo, de universalizar os conceitos, e desconhecida por não pensar de modo crítico o sistema jurídico posto de forma a desconhecer as estratégias da própria estrutura estruturante que está latente na política criminal.

A política legislativa já pensa nas formas de consubstanciar práticas que irão ao encontro da noção de justiça em um processo criminal. A prática processual penal mostra-nos que há nítida vinculação aos conceitos e categorias permissivas legais, de forma que não possa ser questionado a validade ou a ilegalidade da prática.

A polícia criminal no campo jurídico é inteiramente capaz de impor normatividades quando da aplicação dos ditames do CPP, posto que há percepção de legitimidade por parte dos atores na audiência criminal e do efeito de naturalização das relativizações no processo penal sem a compreensão e discussão das insuficiências que essas relativizações materializam, como a tratativa do acusado como se objeto fosse completamente desprovido de fundamentação constitucional, mas legítimo no CPP.

O CPP, como dispositivo processual e como mecanismo de instrumentalização da força estatal, condição indispensável para a tutela sancionatória estatal, foi elaborado e tem sido construído e reconstruído de forma a se vincular às relativizações com o escopo de atender à tutela eficientista, sem que, para isso, seja observado o garantismo penal. A prática penal mostra-nos perfeitamente que a legitimidade de uma prática não está na aceitabilidade social, mas na própria vinculação aos permissivos legais, o que não é defensável.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- ALMEIDA, Frederico de. As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, n. 52, p. 77-95, dez. 2014.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas. Sobre a teoria da ação*. Campinas: Papirus, 2011 (1994).
- BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: curso no Collège de France (1989-1992)*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- 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*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- DELEUZE, G. Controle e devir. In: DELEUZE, G. *Conversações, 1972-1990*. São Paulo: Ed. 34, 1992 [1990].
- DERRIDA, Jaques. *Força de lei*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW, P. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>
- MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101 p. 403-430 jan./dez. 2006.
- OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal. *Direito em Debate*, v. XVII, n. 31, jan.-jun. 2009.
- PACELLI, Eugênio Oliveira. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- SEMER, Marcelo. *Entre salas e celas: dor e esperança nas crônicas de um juiz criminal*. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 2. ed. – reformulada da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- WEBER, Max. The Meaning of discipline. In: GERTH, Hans H., MILLS, Charles. *From Max Weber: Essays in Sociology*. Nova York: Oxford University Press, 1946.

Todo conteúdo da Revista Direito em Debate está
sob Licença Creative Commons CC – By 4.0