

## 5

### A criminalização pelo Processo Penal no Brasil

Desde que o Estado avocou para si a atribuição de dirimir os conflitos de natureza penal, a relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal tornou-se inquestionável. O processo constituiu-se como o instrumento pelo qual legitima-se a aplicação da sanção penal a toda pessoa humana que tenha<sup>1</sup>, ou infringido o preceito normativo proibitivo, ou praticado o fato descrito pelo tipo penal<sup>2</sup>.

Com efeito, é intrínseca à concepção do processo penal a constante tensão entre poder e liberdade. Desde a antiguidade até os dias atuais, os sistemas processuais que marcam a historicidade do processo penal confirmam essa premissa. Aos fins deste trabalho, interessa especificamente dois, os quais exprimem, de modo absolutamente claro, essa tensão.

O sistema processual penal de tipo inquisitório nasce na baixa idade média, sob os influxos da formação dos Estados Absolutistas<sup>3</sup>, relacionados à concentração de poder, e à influência da Igreja Católica, que vê na prática criminosa um atentado contra a espiritualidade e a divindade do homem. A perseguição da pessoa humana, como modo de afirmar o poder e expiar o mal, é concretizada no processo penal, mecanismo próprio para expor a vulnerabilidade/fragilidade, e afirmar o dever de submissão ao rei e a Deus.

LUIGI FERRAJOLI assinala as principais características que marcam esse tipo de sistema processual, entre as quais “*o juiz proceder de ofício à procura, à colheita, à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos*

---

<sup>1</sup> Naturalmente que, para o Estado aplicar a pena, os elementos analíticos do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) foram analisados e confirmados pelo julgador.

<sup>2</sup> Nesse aspecto, absolutamente clara a afirmação de AURY LOPES JUNIOR, confirmando a relação entre ciências: “(...) *O processo como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição de pena. Isso porque o Direito Penal é despido de côm contrário do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente*”. Op. Cit. pg. 3.

<sup>3</sup> Na crítica de HEINZ GOESSEL, trazida por AURY LOPES JUNIOR, “*o antigo processo inquisitório deve ser visto como uma “expressão lógica da teoria do Estado de sua época”, bem como manifestação do absolutismo que concentrava o poder estatal de maneira indivisível nas mãos do soberano, quem legitibus absolutus não estava submetido a restrições legais. No sistema inquisitório, os indivíduos são reduzidos a mero objeto do poder soberano. Não existe de que a idéia do Estado de Direito influi de forma imediata e direta no processo penal. Por isso, pode-se afirmar que quando se inicia o Estado de Direito ecoando principia a organização do procedimento penal*” Op. Cit. pg. 167.

*de defesa*”<sup>4</sup>.

GERALDO PRADO enfatiza a condição de objeto daquele submetido ao processo como acusado:

“A concentração das três funções do processo penal - de acusar, defender e julgar - em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcalá-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme; (...) procedimento extremamente secreto e destituído de contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidades entre juiz-acusador e acusado; (...) historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado”<sup>5</sup>.

Registre-se, oportunamente, que foi sob os auspícios desse sistema processual, implantado na América Latina pelos países colonizadores, que se legitimou os históricos massacres e outras práticas de dominação a índios e negros, e determinou a construção de um modelo político centrado na afirmação de poder em detrimento da liberdade individual e outros direitos que compõe a dimensão civil da cidadania. No Brasil, a reprodução desse modelo fez-se pelas Ordenações Manoelinas e Filipinas, com as devassas gerais e especiais.

Inspirada nos movimentos iluministas, a Revolução Francesa é responsável pelo giro epistemológico que humaniza, tanto o Direito Penal, quanto o Processo Penal, em especial, fundado na proteção da liberdade, pela afirmação da igualdade. Em todas as áreas, sobretudo na política, o Estado é formal e substancialmente limitado pela razão. Os novos rumos da teoria política reorientam o modelo de sistema processual penal, marcado pela tentativa de afirmar a participação do acusado:

“O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à revolução, para com as guerras napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo penal em duas fases. Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de júízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre partes, no maior nível possível de igualdade”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Direito e Razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajolli; prefácio da 1ª ed. Italiana, Norberto Bobbio, 2ª ed. rev. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 520.

<sup>5</sup> Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pg. 89.

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo. Op. Cit. pg. 91.

Esse modelo de sistema processual seria aperfeiçoado ao longo dos anos seguintes, alcançando a conformação *ideal*<sup>7</sup> de tipo acusatório, inspirado destacadamente na *igualdade de partes, na imparcialidade do julgador e na publicidade dos atos probatórios*, um resgate ao processo penal cuja origem remonta ao Direito Romano da Alta República:

“Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere a coleta de prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes; e) procedimento é em regra oral; f) plena publicidade de todo o procedimento; g) contraditório e possibilidade de resistência; h) ausência de uma tarifa probatória; i) instituição atendendo a critérios de segurança jurídica e (social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição”<sup>8</sup>.

No Brasil, os ventos trazidos da Europa influenciaram a abolição das Ordenações do Reino e as práticas irracionais das devassas. Mas, pode-se afirmar que a *matriz autoritária* dos regimes políticos frearia os avanços modernizadores em matéria de processo penal, não somente no século XIX, mas, especialmente, no século XX.

O Código de Processo Penal vigente atualmente, mas elaborado em 1941, sofreu forte inspiração do famigerado “Código Rocco” da Itália facista de 1930, revelando, de um lado, o viés autoritário e inquisitório do poder do Estado, e de outro, o desprestígio da dimensão civil da cidadania. O processo, menos do que limite ao poder do Estado, configurou-se importante ferramenta destinada a “proteger” a sociedade da ação de delinquentes:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do individuo sobre a tutela social. (...) Este o critério que presidiu a elaboração do presente Código. No seu texto, não são reproduzidas as formulas

<sup>7</sup> Diz-se conformação *ideal* porque, mesmo hoje, com a consolidação de Estados Democráticos, centrados na pessoa humana, os ordenamentos jurídicos ocidentais conservam aspectos ou características de tipo ou próprios do sistema processual inquisitório, em especial, no que se refere a gestão da prova e a imparcialidade do julgador.

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit. pg. 159.

tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equivoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da lei penal”<sup>9</sup>.

Com efeito, o conteúdo ideológico que subsidiou a elaboração e a condensação da legislação processual penal brasileira reproduz exatamente as expectativas da ideologia punitiva da Defesa Social que, sob o disfarce de proteger a sociedade, esconde o caráter clientelista e elitista do Direito Penal<sup>10</sup>. Nessa perspectiva, o processo seria identificado formal e funcionalmente como verdadeiros “*filtros*” de criminalização.

Para melhor visualização desses filtros, fracionar-se-á a análise em dois momentos: *a ritualística procedimental criminalizante* e *o Direito Penal seleciona, o Processo Penal condena*.

## 5.1 A ritualística procedimental criminalizante

Sem embargos, o caráter *criminalizante* do processo penal é ditado pelo tratamento dispensado à pessoa humana a ele submetido. Nesse viés, em algumas ocasiões, o arquétipo de cidadão a ele sujeito permitirá o gozo material de direitos, os quais influenciam no resultado final perseguido dentro do processo.

### 5.1.1 A identificação do rito procedimental.

O primeiro filtro - *a identificação do rito procedimental*<sup>11</sup> - é definido pela

<sup>9</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 extraído de *Constituição federal, código penal, código de processo penal.*/ Organizador Luiz Flávio Gomes. 4ª ed.. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, p. 345.

<sup>10</sup> Vide anotações no capítulo 03.

<sup>11</sup> Sucessão de atos estruturados para, judicialmente, apurar a prática de um crime, identificar o autor, e reconhecendo a “culpa”, legitimar a aplicação da pena. Segundo a melhor doutrina, a complexidade dos ritos é determinada pela maior ou menor repercussão a esfera de liberdade do cidadão. LUIGI FERRAJOLI identifica no rito uma verdadeira garantia do cidadão, porquanto disciplina “*o desenvolvimento das atividades judiciais, sobretudo as probatórias, segundo formas e procedimentos predeterminados pela lei*”. Direito e Razão. Pg. 574. Essa leitura reflete nada mais do que o *devido processo legal*. De fato, assim o seria, se no rito procedimental não se identificasse um processo de exclusão e estigmatização.

natureza do delito e grau de reprovação da conduta levados a efeito pelo *quantum* das conseqüências penais cominadas - *penas propriamente ditas*. Ritos mais complexos, para crimes com penas ou regimes de prisão mais graves. Ritos mais simplificados, para crimes com penas ou regimes de prisão mais brandos.

Ficam retidos nos ritos mais complexos (rito ordinário, rito especial de tóxico e rito de crimes dolosos contra vida) praticamente todos os delitos que marginalizam e degradam ainda mais os “vulneráveis” e compõe aquele universo fruto de uma seletividade penal. Ficam retidos nos ritos mais simplificados (rito sumário e sumaríssimo) a maioria dos delitos ou infrações que normalmente incorrem as elites.

Os ritos mais complexos são justamente aqueles que produzem os efeitos estigmatizantes apontados com precisão por SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO:

“O processo penal, de índole condenatória, emerge sancionatório, pouco importando-lhe o resultado. O imputado sofre o processo. Suporta-lhe e para sempre os efeitos sociais, ainda que termine absolvido. Os muitas vezes relapsos - até eles -, padecem o processo, seu ritual e longo andamento: transporte, algemas, espera, interrogatório, audiência de instrução e mais aparatos da Justiça Penal. A função simbólica do processo de conhecimento, de natureza condenatória, traz-lhe, também, a marca da infâmia”<sup>12</sup>.

Efeitos estigmatizantes estes produzidos, sobretudo, pela maior possibilidade de carcerização durante as investigações preliminares e ao longo do procedimento judicial, quase inócurre nos demais ritos. A viabilidade se dá em virtude das cláusulas abertas que compõem os pressupostos para a decretação ou manutenção da prisão provisória, permitindo que o juiz desenvolva, através de um perigoso subjetivismo, as estratégias de dominação:

“A criminologia, espécie de amalgama por vezes mal articulado e confuso das ciências humanas, foi a via através da qual o Judiciário pôde incorporar certas estratégias disciplinares que redefiniram as noções de delito e de punição e que modificaram a ação da justiça”<sup>13</sup>.

No que se refere à carcerização provisória, dois parênteses importantes. Primeiro. Até a reforma de 1977, promovida pela Lei 6.416, o cárcere antes da

<sup>12</sup> Apud COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Op. Cit. p. 98.

<sup>13</sup> RAUTER, Cristina. Op. Cit. p. 24.

sentença definitiva encerrava verdadeira antecipação de culpa, e impunha a privação da liberdade a praticamente todos suspeitos/acusados de crimes sujeitos aos ritos complexos, quando presos em flagrante delito, excetuando apenas os casos em que se inferia o cometimento da infração iluminado por alguma causa excludente de ilicitude, hipótese amparada pela liberdade provisória sem fiança (art. 310 do Código de Processo Penal).

Já os autores de crimes presos em situação de flagrante, sujeitos aos ritos mais simples, gozavam do benefício da liberdade provisória mediante fiança, que restaurava a liberdade, embora os sujeitassem a observância de condicionantes (Art. 323 e 324 do Código de Processo Penal). O critério fundava-se claramente no grau de reprovação das condutas.

A situação somente foi modificada pela nova legislação, que ampliou as hipóteses de concessão da liberdade provisória sem fiança, alcançando os suspeitos/acusados de crimes sujeitos aos ritos complexos, não amparados por excludentes de ilicitude.

Entretanto, no ano de 1990, semelhante restrição voltou a ser adotada no ordenamento jurídico brasileiro, pela mal fadada Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072). Nela, um rol taxativo de delitos, todos sujeitos a ritos complexos, exclui a possibilidade da concessão de liberdade provisória aos respectivos suspeitos/acusados.

Segundo. Por outro lado, o arquétipo de cidadão vai determinar distintas modalidades de execução da segregação cautelar: *cela comum*, para os analfabetos, semi-alfabetizados, ou alfabetizados, que tenham ou não completados o ensino médio; *cela especial*, aos que possuem formação superior ou enquadram-se nas demais hipóteses do Art. 295 do Código de Processo Penal:

“A distinção e a desigualdade, quando nada, revelam, de modo subliminar, uma confissão estatal expressa no sentido de que nossos estabelecimentos prisionais (delegacias, cadeias públicas etc.) devem mesmo ser reservados para as classes sociais menos favorecidas (econômica, financeira e até intelectualmente), o que, aliás, iria exatamente na direção de uma outra realidade, ainda mais sombria, qual seja a da *seletividade penal*”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 499.

### 5.1.2 O acesso ao Poder Judiciário.

O segundo filtro - *acesso ao Poder Judiciário* - é determinado novamente pelo arquétipo de cidadão submetido ao processo criminal, repercutindo, decisivamente, tanto no êxito das pretensões solicitadas, quanto no tratamento dispensado.

A estrutura dos procedimentos penais não favorece o acesso ao Poder Judiciário, sobretudo, por aqueles que, indispondo de recursos econômicos para contratar bons advogados, ou mesmos advogados “de 2ª linha”, estão sujeitos a assistência judiciária do Estado, pela Defensoria Pública ou pela Defesa Dativa. Nesse sentido, precisa a observação do jurista italiano ALESSANDRO BARATTA:

“Têm sido colocadas em evidências as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade. A distancia lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis”<sup>15</sup>.

Em razão da natureza sigilosa e inquisitória das investigações preliminares, a participação destes atores (Defensoria Pública ou Defensor Dativo) nessa fase é praticamente nula, embora reconhecida a importância de sua intervenção, seja para orientar o suspeito previamente ao ato do interrogatório extrajudicial, seja para monitorar a realização dos atos de investigação, seja para preparar os rumos da defesa em juízo.

Nos casos de carcerização provisória no curso das investigações preliminares, até pouco tempo, a falta de mecanismos procedimentais que permitissem a intervenção e assistência da Defensoria Pública ou de Defensor Dativo era fator de exclusão e de criminalização. Mesmo sendo a custódia cautelar desnecessária em muitos casos, permaneciam presos até o interrogatório judicial, quando se lhes eram composta a defesa técnica, incumbida de velar, tanto pelos direitos relativos a esfera de liberdade<sup>16</sup>, quanto pelos rumos da

---

<sup>15</sup> Op. Cit. p. 177.

<sup>16</sup> Relevante enfatizar que essa situação foi percebida pelo legislador ordinário somente em 2007, pela Lei 11.449, promovendo importante reestruturação no acesso a assistência judiciária

defesa em juízo.

O acesso a defesa técnica posterior ao ato de interrogatório comprometia o contraditório e a ampla defesa, em especial no espectro da autodefesa, que restava formada no íntimo do acusado, pelas convicções, muitas vezes limitadas de sua cidadania (de)formada. As reformas ao ato do interrogatório em juízo somente mascararam a situação do acusado marginalizado e dominado<sup>17</sup>.

Pelo novo procedimento, assegura-se uma rápida entrevista ao acusado com o defensor já constituído, ou com o que ali for nomeado, publico ou dativo, antecedendo o ato propriamente dito do interrogatório judicial. É normalmente nessa ocasião que ambos são apresentados, que a defesa técnica tem acesso aos autos do processo, e que é definida a estratégia a ser submetida ao acusado, permitindo, em tese, a formação da autodefesa.

A reação defensiva, formada pela autodefesa e pela defesa técnica, realiza-se, portanto, instintivamente e sem reflexão. A defesa prévia - *primeiro momento para impugnação da acusação* - acaba sendo reduzida a peça meramente simbólica. A presença do acusado nas demais fases do processo, sobretudo nas audiências de instrução, menos do que contribuir ativamente para a participação na formação do provimento final, exaure-se na finalidade de atender ao “capricho” judicial e ao ritual degradante previsto na lei processual.

O acesso a bons advogados permite uma intervenção eficiente tanto nas hipóteses de investigação preliminar sem prisão, quanto nas medidas de segregação especial e de liberdade, adotadas em tempo suficiente a minimizar os efeitos do cárcere. Apesar da natureza sigilosa e inquisitiva, é possível monitorar as investigações preliminares, formar antecipadamente a estratégia de defesa, reproduzida no interrogatório extrajudicial e a participar ativamente, mediante a solicitação de diligências, circunstâncias que influenciam nos resultados finais

---

logo após a prisão em flagrante a todos que não apresentarem ou indicarem advogados nas primeiras 24 horas de prisão. Nesse aspecto, a atuação da Defensoria Pública nas investigações preliminares somente ocorre nas hipóteses de prisão e restringe-se a requerer pedidos relativos a restauração da liberdade, nada mais. A Defensoria Pública não atua monitorando a atividade policial, nem tampouco solicitando diligências relevantes a estratégia de defesa. Pode-se afirmar que não há estruturação de estratégias de defesa pela defensoria Pública durante a fase de inquérito. A inclusão, portanto, deste argumento, se faz relevante porque vigeu por mais de sessenta anos na realidade brasileira a prática excludente, constituindo permanente fator de criminalização pelo processo penal.

<sup>17</sup> Procedimento aplicado até 2003, com alteração pela Lei 10.792. Novamente a referencia a situação já modificada por lei ordinária é proposital e visa mostrar como a estrutura do processo elaborada em 1941 é criminalizante.

alcançados.

Nesses casos, quando o acusado for ouvido judicialmente, pelo ato do interrogatório, ser-lhe-ão dadas plenas condições de formar antecipadamente a autodefesa, em sintonia com as diretrizes traçadas pela defesa técnica, após cuidadosa e meticulosa análise das informações colhidas nas investigações preliminares ou outras que subsidiarem a acusação. As chances de realizar-se, no plano material, o direito de ampla defesa são reais e não mera ficção.

A oportunidade da defesa prévia é utilizada de forma adequada para, não somente arrolar testemunhas abonatórias, mas, também, e, principalmente, solicitar diligências relevantes, com clara repercussão no resultado final do processo. A presença do acusado nas audiências em juízo constitui mais do que mera formalidade. A sintonia estabelecida entre defesa técnica e acusado otimiza a participação nas audiências em juízo, permitindo o procurador explorar as provas testemunhais e até mesmo as periciais.

Com efeito, por esse filtro passa a grande massa de “vulneráveis”, sendo fator incontroverso de exclusão e desequilíbrio dentro do processo. As classes privilegiadas, pela acessibilidade a bons profissionais, são retidas, logo no início, por esse filtro, atenuando, sensivelmente, os efeitos *estigmatizantes* do cárcere e do processo, senão isentando ou imunizando por completo as conseqüências deletérias do processo criminal.

## 5.2

### **O Direito Penal *seleciona*, o Processo Penal *condena*.**

Se esses filtros designam, quando muito, uma impressão *criminalizante* ou *seletivista* pelo processo penal no plano formal da técnica legislativa, no plano funcional da *legalidade processual*<sup>18</sup>, essa impressão é consolidada.

A seleção de injustos penais e de clientes, promovida pelas ideologias punitivas desenvolvidas na América Latina, delimita sensivelmente o espectro do discurso jurídico-penal. Sob a premissa da defesa social, a elaboração legislativa concentra suas atividades direcionadas aos delitos mais graves.

Entretanto, cabe aos órgãos do Executivo decidir quem será submetido a

---

<sup>18</sup> Segundo EUGENIO RAUL ZAFFARONI, “o princípio da legalidade processual exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas”. Op. Cit. p. 21.

legalidade processual, afinal, a estrutura montada para proceder a análise da legalidade penal não atende a dimensão abstrata da criminalidade:

“O discurso jurídico penal programa um numero incrível de hipóteses em que, segundo o “dever-ser”, o sistema penal intervém repressivamente de modo “natural” (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada a magnitude do planejado”<sup>19</sup>.

Nesse contexto, a seletividade da operacionalidade real do sistema penal torna-se extreme de dúvidas:

“Diante da absurda suposição - não desejada por ninguém - de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente aos setores vulneráveis”<sup>20</sup>.

Com efeito, a conclusão de que *o Direito Penal “seleciona” seus clientes, e o Processo Penal os “condena”* é absolutamente factível. Ou seja, o processo funciona como instância *criminalizante* na medida em que exerce o controle formal e funcional daquela grande maioria previamente selecionada pelo Direito Penal:

“A seletividade estrutural do sistema penal - que só pode exercer seu poder regressivo legal em um numero insignificante das hipóteses de intervenções planejadas - é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm espaço legal para exercer seu poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem”<sup>21</sup>.

No mesmo sentido, AURY LOPES JUNIOR:

“O processo penal constitui uma instância formal de controle do crime, e, para a Criminologia, é uma reação formal ao delito e também pode ser considerado como um instrumento de seleção, principalmente nos sistemas jurídicos que adotam princípios como da oportunidade, *plea bargaining* e outros mecanismos de consenso. Ademais, da mesma forma que o Direito Penal é excludente (tanto quanto a sociedade) o processo e seu conteúdo aflitivo só agravam a exclusão, eis que se trata de inegável cerimônia degradante que possui seus “clientes preferenciais”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. Cit. p. 26.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. Cit. p. 27.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. Cit. p. 27.

<sup>22</sup> Op. Cit. p. 06.

No Brasil, a *legalidade processual penal* opera de forma semelhante. A estrutura montada pelo Estado nos âmbitos do Executivo e do Poder Judiciário é incapaz de prestar o serviço a ela destinada, muito menos dentro de um prazo razoável. A garantia de uma célere prestação da tutela jurisdicional é, geralmente, pontual, e atinge interesses individuais em detrimento de pretensões coletivas ou supranacionais.

Nos anos seguintes à elaboração do Código de Processo Penal, a justificativa apresentada pela doutrina para legitimar as prisões dentro de um processo lento e complexo foi pinçada da Criminologia, conforme aponta ROSA DEL OLMO:

“(…) Um dos meios mais eficazes que os especialistas latino-americanos encontraram foi o recurso à criminologia como o “salvador ideológico apropriado”, tomando dela em particular aqueles aspectos que resultassem úteis. Isso explica, por exemplo, a acolhida que teve na América Latina a concepção do delinqüente como psicopata e, em especial, o seu “estado perigoso”; se o delinqüente é perigoso, é preciso mantê-lo recluso por tempo indefinido; portanto, a lentidão dos julgamentos deixa de ser preocupante”<sup>23</sup>.

Esse fundamento não sobreviveu às críticas internacionais, fomentando mudanças de estratégias. A inoperância ou ineficiência da estrutura estatal para submeter todos os jurisdicionados, de forma célere, ao controle funcional do Estado pelo processo não mudou, sendo exposta, à evidência, diariamente pelos meios de comunicação de massa.

Em número de casos cada vez maior, elogia-se a resposta rápida pelo sistema penal aos que cometeram delitos de natureza grave e, que, portanto, aguardam o julgamento privados de liberdade; de outra face, critica-se que, em razão da morosidade do mesmo sistema penal, determinados grupos de cidadãos, que têm assegurado o direito de acompanhar o desenrolar do processo em liberdade, se vêem beneficiados pela lentidão, mediante ocorrência de prescrição da pretensão punitiva.

Essa realidade tem sido retoricamente mascarada por argumentos técnicos e, muitas vezes, até aparentemente legítimos, como a prioridade de julgamento naqueles casos de privação da esfera de liberdade durante o processo, em detrimento daqueles processos que, apesar de impingir os efeitos *estimativantes* do processo, asseguram ao acusado o *direito de participar em liberdade na*

---

<sup>23</sup> Op. Cit. p. 218.

*formação do provimento final.*

O embuste no argumento da prioridade de julgamento nos casos de privação provisória da liberdade consiste, precisamente, em manter a sociedade civil “livre” dos elementos indesejáveis e perigosos, reproduzindo as premissas das ideologias punitivas clientelistas. Declarando proteção a interesses do acusado e a preocupação com a dimensão civil da cidadania, o sistema penal protege, na realidade, a própria sociedade, da ação perigosa desses delinquentes.

A prisão provisória termina direcionada aos clientes em potencial do sistema penal (mais de 80 % da população) e, conforme EUGENIO RAUL ZAFFARONI, transmutada à “*verdadeira pena em razão da distorção cronológica do sistema penal*”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Op. Cit. p.27.