

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

QUESTIONAMENTOS AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA:
CASOS CONCRETOS DE DESIGUALDADE

MARCOS JOSÉ FIGUEIREDO MORAES ROSA

RIO DE JANEIRO

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

QUESTIONAMENTOS AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA:
CASOS CONCRETOS DE DESIGUALDADE

POR

MARCOS JOSÉ FIGUEIREDO MORAES ROSA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO APRESENTADO À FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, COMO REQUISITO
PARCIAL À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO

RIO DE JANEIRO, RJ – 2008

Rosa, Marcos José Figueiredo Moraes
Questionamentos ao princípio da isonomia: casos concretos de desigualdade /
Marcos José Figueiredo Moraes Rosa. – 2008.
60 f.

Orientador: Professora Cora Hisae Monteiro da Silva Hagino.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de
Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

CDD 342.119
CDU 347.191

MARCOS JOSÉ FIGUEIREDO MORAES ROSA

QUESTIONAMENTOS AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA:
CASOS CONCRETOS DE DESIGUALDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence – Orientador(a)

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

RESUMO

ROSA, M. J. F. M. *Questionamentos à aplicação das leis – Justiça e Igualdade*. 2008. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

Neste trabalho verifico o princípio da igualdade dentro de vários contextos, inclusive desenvolvendo questionamentos sobre assuntos polêmicos surgidos nos últimos anos, falhas no cumprimento do que preceitua a Constituição Federal de 1988 e tratamentos desiguais no âmbito penal. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise do princípio da isonomia. Na segunda parte, verifico, num primeiro momento, a constitucionalidade dentro das questões de cotas para afrodescendentes em concursos públicos e, num segundo momento, a resposta da sociedade a esse tipo de avaliação focando neste ponto o acesso às faculdades. Na terceira parte são discutidos tratamentos diferenciados que são concedidos a algumas pessoas, devido a títulos e cargos que detenham, sendo avaliados os casos de imunidade parlamentar, prisão especial, foro privilegiado e a resposta do STF ao foro privilegiado. A quarta parte dedica-se à avaliação da constitucionalidade do ato discriminatório. E por último, a quinta parte dedica-se ao questionamento da igualdade nos julgamentos dos crimes e à apresentação de recentes projetos de mudanças na lei penal, buscando-se com isso uma maior respeitabilidade e a diminuição das diferenças nos julgamentos.

Palavras-chave: Princípio da Isonomia; Constitucionalidade; Desigualdades.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	7
3 SISTEMAS DE COTAS	12
3.1 Cotas para afrodescendentes em concursos públicos.....	12
3.2 Resposta da sociedade às leis raciais.....	17
4 CONDIÇÕES ESPECIAIS	26
4.1 Imunidade Parlamentar.....	26
4.2 Prisão Especial.....	33
4.3 Foro Privilegiado.....	36
4.4 Resposta do STF ao Foro Especial.....	38
5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DISCRIMINATÓRIO	41
6 JUSTIÇA IGUALITÁRIA E REFORMA PENAL	44
7 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	52
ANEXOS	54

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca questionar o que vem se confirmando para os membros da nossa sociedade – o desgaste sofrido na imagem e nas instituições de direito no Brasil. Não bastando apenas a perda notável da credibilidade que tem sofrido, o direito tem saído, cada vez mais, de seus ideais igualitários para criar situações onde o que se verifica é a diferença e o privilégio. Foge-se a imagem da proteção de um cargo público para criar-se proteções à impunidade de crimes. Perde-se a confiança no direito com a ausência de um processo penal livre de privilégios e de um julgamento justo, para termos discriminações e favorecimentos. A balança da justiça nunca esteve tão desequilibrada.

Usando dos objetivos da Sociologia e versando por uma ampla discussão de dilemas focados na igualdade, temos aqui a oportunidade de relatar situações de claro desrespeito, questionar o que se anuncia, e cogitar mudanças significativas em prol da consagração de uma sociedade mais igualitária.

Essa avaliação da atuação do direito enquanto proteção dos valores sociais, dá-se essencialmente em três pontos:

1. A aplicação e respeito ao que diz o princípio constitucional da igualdade ou isonomia em vários contextos polêmicos;
2. O fim de situações especiais como o foro privilegiado;
3. A relação entre crime e pena, tendo como referências as conseqüências dos crimes para a sociedade e os aspectos utilizados na repressão da conduta criminosa, verificando-se as diferenças que ocorrem nos julgamentos.

Para isso, fez-se necessária uma análise profunda, em cada caso, do princípio da isonomia descrito na Constituição Federal de 1988, com a intenção de elucidar o seu espírito e sua harmonia com os valores defendidos pela Sociologia Jurídica. Porém, antes, é de suma importância traçar um planejamento dos rumos desse trabalho, começando pela definição de direito.

A definição de direito foi elaborada de tal forma, a traduzir uma universalidade. Porém, a afirmação de direito como lei universal vem se contradizendo, constantemente, devido aos surgimento crescente de leis particulares.

O direito pode ser observado sob duas perspectivas diferentes: como sendo um elemento de conservação das estruturas sociais, ou como um instrumento de promoção das transformações institucionais da sociedade. Tomar o direito como sendo idêntico à lei implica em errar duas vezes, uma porque significa desconhecer o seu verdadeiro fundamento e a outra por condená-lo a não progredir. Cabe ressaltar que uma lei nunca é universal. Ela está sempre presa ao contexto social, histórico e cultural da época (todos passíveis de mudanças).

Para a Sociologia Jurídica o direito tem origem na sociedade, mas especificamente nas inter-relações sociais. E é essa a base de seus estudos, a relação entre a ordem jurídica e seus contornos sociais.

A importância da sociologia jurídica, segundo os ensinamentos de Nelson Saldanha em sua obra *Sociologia do Direito*, faz-se da seguinte forma:

- Para o legislador, ela está no fato de ser necessário uma análise da sociedade para que a lei seja bem elaborada e que esteja de acordo com os valores sociais e a realidade em que se vive, de forma eficaz, modificando e adequando a norma às mudanças ocorridas em nossa sociedade.
- Ao juiz cabe adequar e aplicar o direito de forma a acompanhar as evoluções que surgem na sociedade, mantendo ele sempre atual.
- Já aos advogados e estudantes de direito, cabe aplicar a visão do fenômeno jurídico buscando com isso sair de uma imagem estática da norma para assim avaliarmos tudo o que esta repercute para a sociedade.

Para definir quais seriam os assuntos objetos da sociologia jurídica, uma ótima referência é Renato Trevis, ilustre professor italiano, que, em sua obra *“La Sociologia del Diritto”*, os definiu como sendo:

- O estudo da eficácia das normas jurídicas e dos efeitos sociais que tais normas produzem;
- O estudo dos instrumentos humanos de realização da ordem jurídica e de suas instituições;
- O estudo da opinião do público a respeito do direito e das instituições jurídicas.

Dá-se o nome de socialização ao processo que consiste em adaptar o indivíduo ao seu grupo. Porém, mesmo com o esforço socializador da sociedade, nem todos os indivíduos se socializam inteira ou suficientemente. A sociedade tem de estar prevenida de que o anti-social pode ocorrer em seu seio, e prepara a prevenção de sua ocorrência com uma série de normas coatoras que em seu conjunto são conhecidas como o aparato de controle social.

O direito é o modo mais formal do controle social formal, e atua como socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social foram ultrapassadas. Assim, como instrumento de socialização em última instância, o direito cumpre um papel conservador do *status quo*, também servindo a legitimar o poder político e a favorecer o seu domínio sobre a opinião pública.

Para fundamentar a renovação e a dinâmica do direito numa sociedade em mudança, é preciso rever certos conceitos de base e afirmar, na sua plenitude, o valor fundamental, que dá ao direito seu sentido e dignidade: a justiça.

O termo justiça (do latim *iustitia*), de maneira simples, diz respeito à igualdade de todos os cidadãos. É o princípio básico de um acordo que objetiva manter a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma legal (constitucionalidade das leis) ou na sua aplicação a casos específicos (litígios).

Toda idéia de justiça pressupõe não apenas uma distinção de mérito e demérito, mas também as diferenças escalares dentro de um e do outro. Homenagens, cargos, premiações escolares, hierarquias burocráticas, civis e militares refletem a escala do mérito, o Código Penal e os vários mecanismos de exclusão social a dos deméritos. É inútil falar em “meritocracia”, pois todas as hierarquias sociais são meritocráticas, divergindo apenas no critério de aferição dos méritos. Mesmo essa divergência é mínima. Nenhuma sociedade é tão fortemente apegada a prestígios de família que negue toda possibilidade de merecimento individual autônomo, nem é tão desapegada deles que não reconheça diferença entre ser filho de um herói nacional ou de um assassino estuprador.

Mesmo que avaliássemos uma rígida sociedade de castas e uma democracia igualitária, nunca teríamos qual das duas é a mais justa. A sociedade de castas alegará que é justa porque busca refletir na sua estrutura a ordem hierárquica dos valores, premiando em primeiro lugar os homens espirituais e santos, depois os valentes e combativos, depois os esforçados e industriais

e por fim os meramente obedientes e cordatos. Já o igualitarismo democrático baseia-se na idéia igualmente justa de que ninguém pode prever de antemão os méritos de ninguém, sendo portanto melhor assegurar a igualdade de oportunidades para todos em vez de predeterminar por nascimento os cargos fechados da hierarquia. A sociedade de castas falha porque não é garantido que os filhos de santos sejam santos, de modo que aos poucos a hierarquia social se torna apenas um símbolo remoto em vez de expressão direta da hierarquia de valores. De símbolo remoto pode mesmo passar a caricatura invertida. A democracia, por sua vez, na medida em que nivela os indivíduos nivela também suas opiniões e, portanto, os valores que elas expressam. O resultado é o achatamento de todos os valores, que favorece a ascensão dos maus, egoístas e prepotentes pela simples razão de que já não há critérios para considerá-los piores do que os mansos e generosos.

A igualdade é o signo fundamental da democracia. Não aceita privilégios e distinções consagrados por um regime simplesmente liberal. A burguesia, consciente de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade.

Aristóteles (384-322 a.C.), na *Ética a Nicômaco*, livro quinto, vinculou a idéia de igualdade à idéia de justiça:

"A justiça nas transações entre os homens é uma espécie de igualdade, e a injustiça, desigualdade. A lei deve considerar apenas o caráter do delito e tratar as partes como iguais. Se uma comete, a outra sofre a injustiça: uma é autora, a outra, a vítima. A justiça corretiva será o intermediário entre a perda e o dano. O justo é um meio termo, pois é o juiz que restabelece a igualdade. O igual é intermediário entre a linha maior e a menor pela proporção aritmética."

Sua igualdade de justiça relativa é a que dá a cada um o que é seu, uma igualdade impensável sem a desigualdade complementar.

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, no sentido de que a lei e a sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. O art. 5º, caput, da atual Constituição Federal – "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)" – deve ser aferido com outras normas constitucionais, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais, nos ensinando com Rui Barbosa (1849-1923) "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade" (*Oração aos Moços*, p. 26).

A palavra de igualdade atende aos ideais dos direitos sociais, econômicos e culturais. É um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos, pela ordem social e econômica. Esses direitos surgiram em um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho.

A igualdade de homens e mulheres está expressa no artigo 5º, I (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição), pondo fim a qualquer resquício da autoridade marital, de prevalência ou preferência do sexo masculino sobre o feminino. É uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações, abrangendo também a igualdade no lar e na família (art. 226, § 5º).

A igualdade perante a lei e jurisdicional ou perante o juiz é voltada para o legislador, proibindo-o de elaborar dispositivos que estabeleçam desigualdade entre as pessoas, privilegiando ou perseguindo algumas. Igualmente é dirigida para o juiz, como interdição de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei.

Essa igualdade de justiça condena os tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 10, estabelece que todo o homem tem direito a um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres.

A igualdade tributária estabelece tratamento igual entre iguais e desigual entre os desiguais: quem ganha mais paga mais; quem ganha menos paga menos; quem não ganha nada não paga nada. Veda assim a instituição de "tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente" (art. 150, II), relacionando-se com a justiça distributiva em matéria fiscal (art. 145, § 1º).

A igualdade perante a lei penal significa que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções não de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime.

A igualdade "sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, caput), ou seja, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, é consectária de tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais. Os fatores de discriminação continuam como fontes de discriminações odiosas e, por isso, proibidas expressamente (art. 3º, IV).

A vigente Constituição é veemente na condenação da falta de equiparação entre pessoas, exemplificando situações concretas, decorrentes desse princípio, por exemplo:

- a) igualdade "sem distinção de sexo e de orientação sexual", pois o sexo sempre foi um fator de discriminação, uma vez que o sexo feminino esteve sempre inferiorizado na

ordem jurídica. Só recentemente vem conquistando posição paritária igual à do homem;

- b) igualdade "sem distinção de origem, cor e raça" é uma condenação das discriminações com base nesses fatores, repúdio à barbárie nazista. É abrangente, pois dirige-se contra o preconceito à cor negra, aos nordestinos e às pessoas de origem social humilde (arts. 4º, VIII, e 12, § 2º);
- c) igualdade "sem distinção de idade", mormente nas relações de trabalho, recusando-se emprego a pessoas mais idosas e pagando-se menos a jovens (arts. 7º, XXX e XXXIII, e 227, § 3º, I);
- d) igualdade "sem distinção de trabalho", significando a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), vedando "distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos" (art. 7º, XXXII);
- e) igualdade "sem distinção de credo religioso", sem que sua religião possa ser levada em conta (art. 5º, VI, VIII);
- f) igualdade "sem distinção de convicções filosóficas ou políticas" que foi tão desrespeitada, negando-se às pessoas a possibilidade de exercício de funções públicas e de realizar concursos públicos em igualdade de condições com outros candidatos, o que é uma violência sem nome.

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988, no art. 3º, estabelece como objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia ao desenvolvimento; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sob outro prisma, ao versar sobre os direitos fundamentais, a Carta Suprema, no art. 5º, caput, reafirma a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Verifica-se, em tais condições, que a Constituição da República de 1988 instituiu o princípio da igualdade como um de seus alicerces na estrutura do Estado Democrático.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)” (art. 5º, caput, CF).

Do Princípio da Isonomia (Igualdade), considerado “pressuposto político de toda sociedade organizada”¹, deriva-se o Princípio da Isonomia Processual, que Nelson Nery Júnior conceitua como “o direito que têm os litigantes de receberem idêntico tratamento pelo juiz”². Ou seja, ambas as partes devem gozar das mesmas faculdades e oportunidades processuais oferecidas, conforme se vê mais claramente no artigo 125, I, do Código de Processo Civil.

No entanto, a própria lei especifica desigualdades. Novamente cita-se Nelson Nery Júnior, de que tratar as partes isonomicamente é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas igualdades e desigualdades, a “*igualdade substancial dos litigantes*”³.

Assim, por exemplo, temos o artigo 4º do Código do Consumidor, reconhecendo a fragilidade deste perante o fornecedor, o artigo 188 do Código de Processo Civil, onde o Ministério Público e a Fazenda Pública terão um prazo quatro vezes maior para contestar e duas vezes maior para recorrer num litígio.⁴

¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2000.

² in AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000.

³ in AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000.

⁴PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2000.

A propósito do princípio da isonomia ou igualdade, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrimen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.”⁵.

Como bem defende Paulo Bonavides, "de todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, direito-chave, o direito-guardião do Estado Social"⁶. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da isonomia, enquanto finalidade, reveste-se de auto-aplicabilidade, destacando que:

"Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que operar numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade"⁷.

Sucedo, todavia, que a construção que se faz do tratamento isonômico é aquela pela qual se deve tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições. Da mesma forma, há de se estabelecer um tratamento desigual para pessoas que estejam em situações diferentes. A grande dificuldade reside, destarte, em se estabelecer "quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade"⁸.

⁵CF. *Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas*, Revista Trimestral de Direito Público, 1/1993, p. 81/82

⁶ *Curso de direito constitucional*. 14ª e. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 376

⁷ STF, MI nº 58/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ: 19/04/1991, Seção I, p. 4.580

⁸ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 102.

Celso Antonio Bandeira de Mello, indicando critérios para a aferição do regime jurídico do princípio da igualdade, pondera que:

"[...] o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. [...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles"⁹.

Nessa perspectiva, afirma-se que a finalidade do princípio da igualdade é, em última análise, revelar a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁰.

A propósito, Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins já se manifestavam nesse sentido ao observar que "o elemento discrimem não é autônomo em face do elemento finalidade. Ele é uma decorrência deste e tem que ser escolhido em função dele. Assim, uma vez definida a finalidade, o discrimem há de ser aquele que delimite com rigor e precisão quais as pessoas que se adaptam à persecução do telos normativo"¹¹. Vale dizer, para que se alcance efetivamente o conteúdo dos preceitos constitucionais insertos no art. 3º e art. 5º caput, a desigualdade fática existente em nosso país deve receber por parte do Poder Público ou de entidades privadas, necessariamente, tratamento desigual, mas inequivocadamente justificado. Esse é o fundamento constitucional para a aplicação das ações afirmativas.

Esse direito 'igualizador' não raro se torna um direito de privilegiamento. Porque a razão justificadora da distinção não é freqüentemente uma diferença real, ou a diferenciação não obedece à relação entre meio e fim que a poderia justificar. Costuma ser ditada, ou deformada, em decorrência de cogitações exclusivamente políticas.

Complementando isto, nas palavras de Konrad Hess:

⁹ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21/22.

¹⁰ STF, 2ª Turma, AI 207.130-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, Seção I, 03/04/1998, p. 45 *apud* Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 181.

¹¹ *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10.

"se o conteúdo do princípio da igualdade, na prática judicial, é convertido em negativo e entendido como proibição de diferenciação não-objetiva ou de tratamento arbitrário, então tais fórmulas são (...) adequadas para reduzir o alcance material do princípio."¹²

O primeiro impedimento a se afastar está na atitude desalentada de quem conceba a igualdade (e a justiça à qual está ligada estreitamente) como conceito vazio ou puramente ideológico (ideologia aqui tomada como disfarce de interesses materiais). Do contrário, esvaziar-se-ia do mesmo modo sua repercussão no Direito Positivo (de onde parte a superficialidade e o modo com que alguns tratam o assunto). O que não quer dizer que sejam possíveis soluções isentas de alguma indeterminação. Todavia, muitos acidentes comunicativos serão prevenidos se o teórico estiver alerta para os diferentes graus de abstração da idéia¹³:

a) de igualdade como conceito absoluto: é o mais abstrato (a cada qual o mesmo) e impraticável, portanto pode ser deixado de lado. Este aviso pode afigurar-se óbvio, mas não é, porque este sentido inoperante pode ser reintroduzido, sub-repticiamente, no raciocínio e no discurso, gerando insolvência verbal

b) de igualdade relativa, segundo certos parâmetros que procuram concretizar o aspecto positivo (igualdade dos iguais) e o negativo (desigualdade dos desiguais) do princípio: são eles a igualdade pelas partes uniformes, pela proporção, pela capacidade, pelo mérito, pela necessidade, pela posição, pelas obras e minimalista (de nivelamento)

c) note-se que ainda são abstratos e estão em hostilidade recíproca, mas é útil verificar que toda norma, enquanto geral (enquanto padrão de regularidade) os aproveita em terceiro nível de concreção. Neste sentido que toda norma (geral e abstrata) efetiva o *suum cuique tribuere* e é inerentemente igualitária (como notou KELSEN), enquanto adota uma daquelas pautas nas hipóteses, mas pode ser criticada sob o ponto de vista das demais e com vistas aos efeitos sociais que sua aplicação produz. Isto introduz um pouco de racionalidade na discussão sobre a igualdade "na lei".

De outro lado, há o que se chama de "igualdade perante a lei" (que postula que o padrão de regularidade seja aplicado imparcialmente a quem a lei iguala e diferentemente a quem desiguala). A ênfase nesta igualdade formal coincidiu, historicamente, com as Revoluções liberal-individualistas, mas é errônea sua assimilação, muito freqüente, com a igualdade "burguesa". O princípio da igualdade perante a lei é indissociável dos parâmetros de tratamento

¹² HESSE, Konrad – *A Força Normativa da Constituição*.

¹³ Revista Videtur n. 17, USP - Universidade do Porto, Porto, 2002, p. 21-32).

de qualquer norma geral e não se opõe, antes é suposto, por aquelas que visem à assim chamada igualdade "material" ("econômica" ou "social"). A igualdade dita "real", pois, não significa senão a adoção de novos paradigmas de justiça pelos ordenamentos sensíveis às diferenças de fortuna, que só serão coerentemente aplicáveis se respeitada a igualdade "formal".

Como dissemos, esta é condição de realização daquela. De outro modo, o próprio ordenamento entraria em colapso, sem realizar igualdade de espécie alguma

A admissão de que só sejam funcionais as igualdades "relativas" explica porque o legislador não possa atuar senão procedendo discriminações. O tratamento previsto no conseqüente da norma jurídica depende de um recorte na realidade descrito no antecedente. A promoção de políticas de igualdade "substancial" não pode senão criar um amplo espectro de regimes jurídicos particulares. O excesso destes regimes, no limite, levaria à "perda de generalidade da lei" e uma ordem paradoxal em que só se fizessem diferenciações

Se toda norma geral discrimina, é saudável, por decorrência, exigir que sua juridicidade dependa de correlação lógica entre o critério diferenciador e o tratamento distinto que prescreve. Por outro lado, é explicável certa desconfiança com as normas individuais e concretas, embora não pareça que estas possam ser totalmente suprimidas, anulando-se qualquer juízo de equidade do legislador

3. SISTEMAS DE COTAS

3.1. Cotas para afrodescendentes em concursos públicos

Tema polêmico, a adoção de cotas é tida, atualmente, como sendo uma ação afirmativa utilizada para suprimir as diferenças sociais. Um desses modelos de quotas é o que adota a análise da fator racial como medida de separação das vagas, sendo parte delas direcionada somente a afrodescendentes. Este modelo tem sido adotado em vários concursos públicos e por isso gerado a revolta de muitas pessoas. Antes de falarmos diretamente sobre o assunto, vale a pena definir o significado dessas ações afirmativas.

Por ações afirmativas entendem-se como sendo as “medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas”¹⁴.

Marco Aurélio Mello, observando a necessidade da promoção das ações afirmativas é categórico em reconhecer que:

"Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar 'ação'. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. [...]. É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação [...]. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade"¹⁵.

A ação afirmativa é, sem dúvida, um instrumento político do Estado que tem por fim estabelecer a igualdade jurídica entre situações reconhecidamente diversas. É por isso que a

¹⁴ Serge Atchabahian. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS editora, 2004, p. 150.

¹⁵ Ótica constitucional – A igualdade e as ações afirmativas. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). Rio de Janeiro: América jurídica, 2002, p. 39/44.

promoção dessa igualdade introduzida por meio das ações afirmativas, inclusive no sistema de quotas para garantir acesso das minorias, traz em seu bojo a busca da isonomia fática, como bem nos informa Robert Alexy ao se referir à decisão da Corte Constitucional Alemã na qual se considerou que quem "quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica"¹⁶.

Especificamente no que atine ao sistema de quotas, bem observa Serge Atchabahian:

"o sistema de quotas tem sofrido suas críticas, as quais, no mais das vezes, repousam sob o fundamento de que o indivíduo que obtiver sua quota irá auferir vantagens independentemente de méritos, qualidades individuais ou necessidades reais. A questão do mérito, depois de recebido o benefício da quota, é matéria que deverá comportar amplo debate e não poderá ser ignorado. Significa dizer que todo aquele que for brindado pelo sistema de quotas deverá mostrar mérito para sua manutenção ou, no mínimo, grande esforço capaz de mantê-lo sob este estado de benefício. Do contrário, a oportunidade deverá ser estendida a outrem. A razão do elemento mérito não requer maiores explicações ao seu entendimento. Não pode o Estado, em ato de tratamento desigual justificado, beneficiar aquele que não corresponde ao verdadeiro intuito do sistema de quotas, qual seja, atingir a igualdade de oportunidades. Sustentar no sistema de quotas aquele que não demonstra mérito seria, sem dúvida, prejudicar as ações afirmativas. [...] o sistema de quotas pode ser constitucional desde que não considere apenas o aspecto racial ou étnico para a escolha, e desde que não haja quotas inflexíveis"¹⁷.

Neste contexto, seria possível a plena e imediata aplicação do princípio da isonomia, conquanto houvesse, com base no texto constitucional, razões que autorizassem ações afirmativas positivas para se corrigir discriminações, notadamente voltadas às minorias e, com isso, promover, em um primeiro momento, equilíbrio e igualdade de condições para, em um segundo momento, estimular o crescimento e propiciar oportunidades, garantindo a todos os cidadãos a dignidade, fundamento do Estado brasileiro.

A dívida do Estado brasileiro com relação aos negros é imensa. Eles sofrem, ainda hoje, as conseqüências do regime escravista que perdurou durante largo período de nossa história. A abolição da escravatura não foi acompanhada de medidas estatais que assegurassem aos libertos condições de integração social, o que fez surgir um quadro de exclusão que se projeta, atualmente, na pirâmide social, cuja base é composta predominantemente por afrodescendentes.

Diante dessa constatação, discute-se a instituição do sistema de cotas, mediante a reserva de um percentual de vagas para afrodescendentes (negros e pardos) em concursos para ingresso

¹⁶ *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 378 *apud* Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 14^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 378.

¹⁷ *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS editora, 2004, p. 156/157.

em cargos e empregos públicos, no intuito de compensar as injustiças históricas de que foram vítimas e possibilitar sua inserção social.

Alega-se que o sistema em apreço não ofende o disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O tratamento mais favorecido aos afrodescendentes, ao contrário de violar o princípio da isonomia, rende-lhes homenagem, porquanto a verdadeira igualdade é a substancial, consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Para uma análise profunda do sistema de cotas, faz-se necessário ter presente a exata compreensão do princípio da isonomia, cujo conteúdo científico foi desvelado com brilhantismo por Celso Antônio B. de Mello. Nas palavras do eminente jurista:

“para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo (...) sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: quem são os iguais e quem são os desiguais?” (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª edição, p.10).

Cumprir registrar que a finalidade do art. 5º da Constituição não é vedar, de forma absoluta, a adoção dos fatores raça, sexo etc. como critério de desequiparação. Conforme ensina Celso Mello, referido dispositivo “apenas pretendeu encarecê-los como insuscetíveis de gerarem, por si só, uma discriminação” (op. cit., p. 18). O que se interdita, pois, é a discriminação sem qualquer fundamentação lógica, em vez de pautada em critérios de razoabilidade capazes de justificar o tratamento diferenciado. Ou seja, deve existir, no dizer do autor, “correção lógica abstrata entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado”. E, ainda, “consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. (...) Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrangidos no direito positivo constitucional” (op. cit., págs. 21 e 22).

No que tange ao sistema de cotas para ingresso em cargos públicos, com o escopo de corrigir injustiças sociais, há fundamento lógico plausível compatível com os valores albergados no texto constitucional a justificar o tratamento diferenciado? Em primeiro lugar, convém frisar que a administração pública é informada pelo princípio da eficiência, nos termos do art. 37,

caput, da Constituição, na redação dada pela EC nº 19/98. Consoante a Mensagem Presidencial nº 886/95, que acompanhou a proposta da qual resultou essa emenda, “o aparelho do Estado deve se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte”.

Para que isso se torne realidade, resta imprescindível que a administração pública conte com os indivíduos mais preparados para o desempenho das funções estatais, sejam eles negros, pardos ou brancos. Daí a necessidade do instituto do concurso público, informado pelo princípio do mérito, que possibilita, em regime de igualdade, a seleção dos mais aptos ao exercício eficaz do serviço público.

Desse modo, a acessibilidade aos cargos públicos não deve ser tratada como medida de caráter assistencial nem tampouco como instrumento para remediar injustiças perpetradas no passado. Do contrário, a lei teria que incluir na reserva de vagas os índios e, ainda, outros grupos discriminados por fatores outros que não a raça.

É verdade que a própria Lei Maior reclama a reserva de vagas, nos concursos públicos, em favor das pessoas portadoras de deficiência. A situação dessas pessoas, todavia, é bastante diferente da dos afrodescendentes. De fato, aqueles, ao contrário destes, em virtude da incapacidade de que são portadores, encontram óbice quase intransponível para o exercício de atividade remunerada na iniciativa privada, mesmo quando relacionada a funções subalternas, fato capaz de comprometer a própria subsistência. Nesse caso, em caráter excepcional, a Constituição prevê o acesso aos cargos públicos, como medida de caráter assistencial.

Assim, e porque o concurso público é informado pelo princípio do mérito, a falta de referência a outros grupos passíveis de discriminação há de ser considerada como omissão proposital, revelando ao intérprete que, salvo quanto aos deficientes, é inconstitucional a reserva de vagas em concursos públicos por motivo de caráter assistencial.

Ademais, o sistema de cotas, tal qual está sendo proposto, elege um fator de discriminação que não apresenta correlação lógica abstrata com o fundamento do tratamento diferenciado postulado, qual seja, escassez de afrodescendentes no serviço público. Na essência, o que acarreta essa situação é o fator pobreza. O negro ou o pardo que, contrariando a regra geral, teve acesso a um ensino de qualidade não encontrará dificuldades para obter aprovação em concurso público. Por outro lado, o branco, a quem esse ensino foi negado, jamais integrará a administração pública.

Entretanto, ainda que se eleja o fator pobreza como critério informativo do sistema de cotas, a reserva de vagas em concurso público é inconstitucional, por inexistir correlação lógica concreta entre a desequiparação estabelecida e os valores consagrados na Lei Maior, a qual contempla a exigência de concurso público como instrumento de realização do princípio da eficiência e não como remédio de caráter assistencial.

Conclui-se que o sistema de cotas, mediante a reserva de um percentual de vagas para afrodescendentes em concursos para ingresso em cargos e empregos públicos, é inconstitucional, por infringir o princípio da isonomia e as exigências constitucionais atinentes ao concurso público.

3.2. Resposta da sociedade às leis raciais

Duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 3.330 e ADI 3.197) promovidas pela Confenen (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino), a primeira contra o programa ProUni e a segunda contra a lei de cotas nos concursos vestibulares das universidades estaduais do Rio de Janeiro, serão apreciadas proximamente pelo STF. Os julgamentos terão significado histórico, pois podem criar jurisprudência sobre a constitucionalidade de cotas raciais não só para o financiamento de cursos no ensino superior particular e para concursos de ingresso no ensino superior público como para concursos públicos em geral. Mais ainda: os julgamentos têm o potencial de enviar uma mensagem decisiva sobre a constitucionalidade da produção de leis raciais.

Intelectuais da sociedade civil, sindicalistas, empresários e ativistas dos movimentos negros e outros movimentos sociais, dirigiram-se respeitosamente aos juizes da corte mais alta, que recebeu do povo constituinte a prerrogativa de guardião da Constituição, para oferecer argumentos contrários à admissão de cotas raciais na ordem política e jurídica da República.

Usando de domínio da legislação, apontaram a Constituição Federal, no seu artigo 19, que estabelece: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si." O artigo 208 dispõe que: "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um." Alinhada com os princípios e garantias da Constituição Federal, a Constituição Estadual do Rio de Janeiro, no seu Artigo 9º, determina que: "Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição."

As palavras da lei emanam de uma tradição brasileira, que cumpre exatos 120 anos desde a Abolição da escravidão, de não dar amparo a leis e políticas raciais. No intuito de justificar o rompimento dessa tradição, os proponentes das cotas raciais sustentam que o princípio da igualdade de todos perante a lei exige tratar desigualmente os desiguais. Ritualmente, eles citam a "Oração aos Moços", na qual Rui Barbosa, inspirado em Aristóteles, explica que: "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se

desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade." O método de tratar desigualmente os desiguais, a que se refere, é aquele aplicado, com justiça, em campos tão distintos quanto o sistema tributário, por meio da tributação progressiva, e as políticas sociais de transferência de renda. Mas a sua invocação para sustentar leis raciais não é mais que um argumento falso formulado de propósito para induzir ao erro.

Os concursos vestibulares, pelos quais se dá o ingresso no ensino superior de qualidade buscando avaliar segundo a capacidade de cada um, não são promotores de desigualdades, mas se realizam no terreno semeado por desigualdades sociais prévias. A pobreza no Brasil tem todas as cores. De acordo com dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de 2006, entre 43 milhões de pessoas de 18 a 30 anos de idade, 12,9 milhões tinham renda familiar per capita de meio salário mínimo ou menos. Neste grupo mais pobre, 30% classificavam-se a si mesmos como brancos, 9% como pretos e 60% como pardos. Desses 12,9 milhões, apenas 21% dos brancos e 16% dos pretos e pardos haviam completado o ensino médio, mas muito poucos, de qualquer cor, continuaram estudando depois disso. Basicamente, são diferenças de renda, com tudo que vem associado a elas, e não de cor, que limitam o acesso ao ensino superior.

Apresentadas como maneira de reduzir as desigualdades sociais, as cotas raciais não contribuem para isso, apenas ocultam uma realidade trágica e desviam as atenções dos desafios imensos e das urgências, sociais e educacionais, com os quais se defronta a nação. E, contudo, mesmo no universo menor dos jovens que têm a oportunidade de almejar o ensino superior de qualidade, as cotas raciais não promovem a igualdade, mas apenas acentuam desigualdades prévias ou produzem novas desigualdades: "As cotas raciais exclusivas, como aplicadas, entre outras, na UnB (Universidade de Brasília), proporcionam a um candidato definido como negro a oportunidade de ingresso por menor número de pontos que um candidato definido como branco, mesmo se o primeiro provier de família de alta renda e tiver cursado colégios particulares de excelência e o segundo provier de família de baixa renda e tiver cursado escolas públicas arruinadas. No fim, o sistema concede um privilégio para candidatos de classe média arbitrariamente classificados como negros.

As cotas raciais embutidas no interior de cotas para candidatos de escolas públicas, como aplicadas, entre outras, pela Uerj (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), separam os alunos provenientes de famílias com faixas de renda semelhantes em dois grupos raciais polares,

gerando uma desigualdade natural num meio caracterizado pela igualdade social. O seu resultado previsível é oferecer privilégios para candidatos definidos arbitrariamente como negros que cursaram escolas públicas de melhor qualidade, em detrimento de seus colegas definidos como brancos e de todos os alunos de escolas públicas de pior qualidade.

A PNAD de 2006 informa que 9,41 milhões de estudantes cursavam o ensino médio, mas apenas 5,87 milhões freqüentavam o ensino superior, dos quais só uma minoria de 1,44 milhão estavam matriculados em instituições superiores públicas. As leis de cotas raciais não alteram em nada esse quadro e não proporcionam inclusão social. Elas apenas selecionam vencedores e perdedores, com base num critério altamente subjetivo e intrinsecamente injusto, abrindo cicatrizes profundas na personalidade dos jovens, naquele momento de extrema fragilidade que significa a disputa, ainda imaturos, por uma vaga que lhes garanta o futuro.

O povo brasileiro, em geral, quer um Brasil onde seus cidadãos possam celebrar suas múltiplas origens, que se plasmas na criação de uma cultura nacional aberta e tolerante, no lugar de serem obrigados a escolher e valorizar uma única ancestralidade em detrimento das outras. O que deve nos mobilizar não é o combate à doutrina de ações afirmativas, quando entendidas como esforço para cumprir as declarações preambulares da Constituição, contribuindo na redução das desigualdades sociais, mas a manipulação dessa doutrina com o propósito de racializar a vida social no país. As leis que oferecem oportunidades de emprego a deficientes físicos e que concedem cotas a mulheres nos partidos políticos são invocadas como precedentes para sustentar a admissibilidade jurídica de leis raciais. Esse segundo sofisma é ainda mais grave, pois conduz à naturalização das raças. Afinal, todos sabemos quem são as mulheres e os deficientes físicos, mas a definição e delimitação de grupos raciais pelo Estado é um empreendimento político que tem como ponto de partida a negação daquilo que nos explicam cientistas.

Raças humanas não existem. A genética comprovou que as diferenças icônicas das chamadas raças humanas são características físicas superficiais, que dependem de parcela ínfima dos 25 mil genes estimados do genoma humano. A cor da pele, uma adaptação evolutiva aos níveis de radiação ultravioleta vigentes em diferentes áreas do mundo, é expressa em menos de dez genes. Nas palavras do geneticista Sérgio Pena: "O fato assim cientificamente comprovado da inexistência das 'raças' deve ser absorvido pela sociedade e incorporado às suas convicções e atitudes morais. Uma postura coerente e desejável seria a construção de uma sociedade desracializada, na qual a singularidade do indivíduo seja valorizada e celebrada. Temos de

assimilar a noção de que a única divisão biologicamente coerente da espécie humana é em bilhões de indivíduos, e não em um punhado de 'raças'."

Não foi a existência de raças que gerou o racismo, mas o racismo que fabricou a crença em raças. O "racismo científico" do século 19 acompanhou a expansão imperial européia na África e na Ásia, erguendo um pilar "científico" de sustentação da ideologia da "missão civilizatória" dos europeus, que foi expressa celebrenemente como o "fardo do homem branco".

Os poderes coloniais, para separar na lei os colonizadores dos nativos, distinguiram também os nativos entre si e inscreveram essas distinções nos censos. A distribuição de privilégios segundo critérios etno-raciais inculcou a raça nas consciências e na vida política, semeando tensões e gestando conflitos que ainda perduram. Na África do Sul, o sistema do *apartheid* separou os brancos dos demais e foi adiante, na sua lógica implacável, fragmentando todos os não-brancos em grupos étnicos cuidadosamente delimitados. Em Ruanda, no Quênia e em tantos outros lugares, os africanos foram submetidos a meticulosas classificações étnicas, que determinaram acessos diferenciados aos serviços e empregos públicos. A produção política da raça é um ato político que não demanda diferenças de cor da pele.

O racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça. Nos Estados Unidos, modelo por excelência das políticas de cotas raciais, a abolição da escravidão foi seguida pela produção de leis raciais baseadas na regra da "gota de sangue única". Essa regra, que é a negação da mestiçagem biológica e cultural, propiciou a divisão da sociedade em guetos legais, sociais, culturais e espaciais. De acordo com ela, as pessoas são, irrevogavelmente, brancas ou negras. Eis aí a inspiração das leis de cotas raciais no Brasil.

"Eu tenho o sonho que meus quatro pequenos filhos viverão um dia numa nação na qual não serão julgados pela cor da sua pele mas pelo conteúdo de seu caráter." Há 45 anos, em agosto, em meio a um discurso, Martin Luther King abriu um horizonte alternativo para os norte-americanos, ancorando-o no "sonho americano" e no princípio político da igualdade de todos perante a lei, sobre o qual foi fundada a nação. Mas o desenvolvimento dessa visão pós-racial foi interrompido pelas políticas racialistas que, a pretexto de reparar injustiças, beberam na fonte envenenada da regra da "gota de sangue única". De lá para cá, como documenta extensamente Thomas Sowell em "Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: um Estudo Empírico", as cotas raciais

nos Estados Unidos não contribuíram em nada para reduzir desigualdades, mas aprofundaram o cisma racial que marca como ferro em brasa a sociedade norte-americana.

"É um impasse racial no qual estamos presos há muitos anos", na constatação do senador Barack Obama, em seu discurso pronunciado a 18 de março, que retoma o fio perdido depois do assassinato de Martin Luther King. O impasse não será superado tão cedo, em virtude da lógica intrínseca das leis raciais. Como assinalou Sowell, com base em exemplos de inúmeros países, a distribuição de privilégios segundo critérios etno-raciais tende a retroalimentar as percepções racializadas da sociedade e em torno dessas percepções articulam-se carreiras políticas e grupos organizados de pressão.

Mesmo assim, algo se move nos Estados Unidos. Há pouco, repercutindo um desencanto social bastante generalizado com o racismo, a Suprema Corte declarou inconstitucionais as políticas educacionais baseadas na aplicação de rótulos raciais às pessoas. No seu argumento, o presidente da corte, juiz John G. Roberts Jr., escreveu que "o caminho para acabar com a discriminação baseada na raça é acabar com a discriminação baseada na raça". Há um sentido claro na reiteração: a inversão do sinal da discriminação consagra a raça no domínio da lei, destruindo o princípio da cidadania.

Naquele julgamento, o juiz Anthony Kennedy alinhou-se com a maioria, mas proferiu um voto separado que contém o seguinte protesto: "Quem exatamente é branco e quem é não-branco? Ser forçado a viver sob um rótulo racial oficial é inconsistente com a dignidade dos indivíduos na nossa sociedade. E é um rótulo que um indivíduo é impotente para mudar!" Nos censos do IBGE, as informações de raça e/ou cor abrigam a mestiçagem e recebem tratamento populacional. As leis raciais no Brasil são algo muito diferente: elas têm o propósito de colar "um rótulo que um indivíduo é impotente para mudar" e, no caso das cotas em concursos vestibulares, associam nominalmente cada jovem candidato a uma das duas categorias raciais polares, impondo-lhes uma irrecorrível identidade oficial.

O juiz Kennedy foi adiante e, reconhecendo a diferença entre a doutrina de ações afirmativas e as políticas de cotas raciais, sustentou a legalidade de iniciativas voltadas para a promoção ativa da igualdade que não distinguem os indivíduos segundo rótulos raciais. Reportando-se à realidade norte-americana da persistência dos guetos, ele mencionou, entre outras, a seleção de áreas residenciais racialmente segregadas para os investimentos prioritários em educação pública.

No Brasil, difunde-se a promessa sedutora de redução gratuita das desigualdades por meio de cotas raciais para ingresso nas universidades. Nada pode ser mais falso: as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservam intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada. Há um programa inteiro de restauração da educação pública a se realizar, que exige políticas adequadas e vultosos investimentos. É preciso elevar o padrão geral do ensino mas, sobretudo, romper o abismo entre as escolas de qualidade, quase sempre situadas em bairros de classe média, e as escolas devastadas das periferias urbanas, das favelas e do meio rural. O direcionamento prioritário de novos recursos para esses espaços de pobreza beneficiaria jovens de baixa renda de todos os tons de pele – e, certamente, uma grande parcela daqueles que se declaram pardos e pretos.

A meta nacional deveria ser proporcionar a todos um ensino básico de qualidade e oportunidades verdadeiras de acesso à universidade. Mas há iniciativas a serem adotadas, imediatamente, em favor de jovens de baixa renda de todas as cores que chegam aos umbrais do ensino superior, como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares das universidades públicas. Na Unesp (Universidade Estadual Paulista), o Programa de Cursinhos Pré-Vestibulares Gratuitos, destinado a alunos egressos de escolas públicas, atendeu em 2007 a 3.714 jovens, dos quais 1.050 foram aprovados em concursos vestibulares, sendo 707 em universidades públicas. Medidas como essa, que não distinguem os indivíduos segundo critérios raciais abomináveis, têm endereço social certo e contribuem efetivamente para a amenização das desigualdades.

A sociedade brasileira não está livre da chaga do racismo, algo que é evidente no cotidiano das pessoas com tom de pele menos claro, em especial entre os jovens de baixa renda. A cor é relevante, ilegal e desgraçadamente, em incontáveis processos de admissão de funcionários. A discriminação se manifesta de múltiplas formas, como por exemplo na hora das incursões policiais em bairros periféricos ou nos padrões de aplicação de ilegais mandados de busca coletivos em áreas de favelas.

Por certo existem casos de preconceito racial e racismo no Brasil, porém são isolados. O Brasil, como um todo, não é uma nação racista. Depois da abolição, no lugar da regra da "gota de sangue única", a nação brasileira elaborou uma identidade amparada na idéia anti-racista de mestiçagem e produziu leis que criminalizam o racismo. Há sete décadas, a República não

conhece movimentos racistas organizados ou expressões significativas de ódio racial. O preconceito de raça, acuado, refugiou-se em expressões oblíquas envergonhadas, temendo assomar à superfície. A condição subterrânea do preconceito é um atestado de que há algo de muito positivo na identidade nacional brasileira, não uma prova de nosso fracasso histórico.

"Quem exatamente é branco e quem é não-branco?" – a indagação do juiz Kennedy provoca algum espanto nos Estados Unidos, onde quase todos imaginam conhecer a identidade racial de cada um, mas parece óbvia aos ouvidos dos brasileiros. Entre nós, casamentos inter-raciais não são incomuns e a segregação residencial é um fenômeno basicamente ligado à renda, não à cor da pele. Os brasileiros tendem a borrar as fronteiras raciais, tanto na prática da mestiçagem quanto no imaginário da identidade, o que se verifica pelo substancial e progressivo incremento censitário dos pardos, que saltaram de 21% no Censo de 1940 para 43% na PNAD de 2006, e pela paralela redução dos brancos (de 63% para 49%) ou pretos (de 15% para 7%).

A percepção da mestiçagem, que impregna profundamente os brasileiros, de certa forma reflete realidades comprovadas pelos estudos genéticos. Uma investigação já célebre sobre a ancestralidade de brasileiros classificados censitariamente como brancos, conduzida por Sérgio Pena e sua equipe da UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) comprovou cientificamente a extensão de nossas miscigenações. "Em resumo, estes estudos filogeográficos com brasileiros brancos revelaram que a imensa maioria das patrilinhagens é europeia, enquanto a maioria das matrinhagens (mais de 60%) é ameríndia ou africana". Especificamente, a análise do DNA mitocondrial, que serve como marcador de ancestralidades maternas, mostrou que 33% das linhagens eram de origem ameríndia, 28% de origem africana e 39% de origem europeia.

Os estudos de marcadores de DNA permitem concluir que, em 2000, existiam cerca de 28 milhões de afrodescendentes entre os 90,6 milhões de brasileiros que se declaravam brancos e que, entre os 76,4 milhões que se declaravam pardos ou pretos, 20% não tinham ancestralidade africana. Não é preciso ir adiante para perceber que não é legítimo associar cores de pele a ancestralidades e que as operações de identificação de negros com descendentes de escravos e com afrodescendentes são meros exercícios da imaginação ideológica. Do mesmo modo, a investigação genética evidencia a violência intelectual praticada pela unificação dos grupos censitários pretos e pardos num suposto grupo racial negro.

Mas a violência não se circunscreve à esfera intelectual. As leis de cotas raciais são veículos de uma engenharia política de fabricação ou recriação de raças. Se, individualmente,

elas produzem injustiças singulares, socialmente têm o poder de gerar raças oficiais, por meio da divisão dos jovens estudantes em duas raças polares. Como, no Brasil, não sabemos quem exatamente é negro e quem é não-negro, comissões de certificação racial estabelecidas pelas universidades se encarregam de traçar uma fronteira. A linha divisória só se consolida pela validação oficial da autodeclaração dos candidatos, num processo sinistro em que comissões universitárias investigam e deliberam sobre a "raça verdadeira" dos jovens a partir de exames de imagens fotográficas ou de entrevistas identitárias. No fim das contas, isso equivale ao cancelamento do princípio da autodeclaração e sua substituição pela atribuição oficial de identidades raciais.

Na UnB, uma comissão de certificação racial composta por professores e militantes do movimento negro chegou a separar dois irmãos gêmeos idênticos pela fronteira da raça. No Maranhão, produziram-se fenômenos semelhantes. Pelo Brasil afora, os mesmos candidatos foram certificados como negros em alguma universidade mas descartados como brancos em outra. A proliferação das leis de cotas raciais demanda a produção de uma classificação racial geral e uniforme. Esta é a lógica que conduziu o MEC a implantar declarações raciais nominais e obrigatórias no ato de matrícula de todos os alunos do ensino fundamental do país. O horizonte da trajetória de racialização promovida pelo Estado é o estabelecimento de um carimbo racial compulsório nos documentos de identidade de todos os brasileiros. A história está repleta de barbaridades inomináveis cometidas sobre a base de carimbos raciais oficialmente impostos.

A propaganda cerrada em favor das cotas raciais assegura-nos que os estudantes universitários cotistas exibem desempenho similar ao dos demais. Os dados concernentes ao tema são esparsos, contraditórios e pouco confiáveis. Mas isso é essencialmente irrelevante, pois a crítica informada dos sistemas de cotas nunca afirmou que estudantes cotistas seriam incapazes de acompanhar os cursos superiores ou que sua presença provocaria queda na qualidade das universidades. As cotas raciais não são um distúrbio no ensino superior, mas a face mais visível de uma racialização oficial das relações sociais que ameaça a coesão nacional.

A crença na raça é o artigo de fé do racismo. A fabricação de raças oficiais e a distribuição seletiva de privilégios segundo rótulos de raça inocula na circulação sanguínea da sociedade o veneno do racismo, com seu cortejo de rancores e ódios. No Brasil, representaria uma revisão radical de nossa identidade nacional e a renúncia à utopia possível da universalização da cidadania efetiva.

Ao julgar as cotas raciais, o STF não estará deliberando sobre um método de ingresso nas universidades, mas sobre o significado da nação e a natureza da Constituição. Leis raciais não ameaçam uma elite branca, conforme esbravejam os racialistas, mas passam uma fronteira brutal no meio da maioria absoluta dos brasileiros. Essa linha divisória atravessaria as salas de aula das escolas públicas, os ônibus que conduzem as pessoas ao trabalho, as ruas e as casas dos bairros pobres. Neste início de terceiro milênio, um Estado racializado estaria dizendo aos cidadãos que a utopia da igualdade fracassou e que, no seu lugar, o máximo que podemos almejar é uma trégua sempre provisória entre nações separadas pelo precipício intransponível das identidades raciais.

4. CONDIÇÕES ESPECIAIS

4.1. Imunidade Parlamentar

A imunidade parlamentar é objeto de interpretação da Lei Processual Penal, regida pela subsunção desta em relação às pessoas. Inserido costumeiramente em tópico relativo à eficácia da lei penal acerca das pessoas, o tema enquadrado caracteriza situação excepcionalíssima em meio ao sistema legal de generalidade do Direito Penal e Processual Penal. Uma verdadeira exceção à regra, em face da atividade parlamentar compreender a invocação de uma personalidade dotada de feições jurídicas avantajadas, em relação ao cidadão comum. Então, o agente político do Legislativo engloba uma série de prerrogativas para o exato desempenho de suas funções.

Aníbal Bruno e Nilo Batista consideram as preditas imunidades criações do Direito Público Interno, "por meio das quais se procura garantir a independência e segurança dos membros do Congresso Nacional, no exercício do seu mandato"¹⁸. Contudo, os limites de alcance das imunidades parlamentares são ultrapassados, não raras vezes, por circunstâncias extralegais, injustificáveis à luz do Direito Penal hodierno, como buscaremos abordar adiante.

O sistema de prerrogativas em comento compreende duas espécies de imunidades parlamentares: a relativa ou processual, e a absoluta ou material. A primeira é denominada normalmente de imunidade parlamentar, em sentido lato; a segunda é também denominada inviolabilidade dos atos parlamentares ou indenidade parlamentar¹⁹.

A imunidade parlamentar relativa decorre de uma prerrogativa, conferida ao detentor de mandato eletivo do Poder Legislativo, que isenta o seu titular de responder pela prática de quaisquer de seus atos, concernindo em assegurar liberdade "total" às ações realizadas. Em outras palavras, consiste em um instituto que retira a possibilidade de punição do agente que comete ilícito ou conduta indigna, em razão desse estar investido em função parlamentar. O substrato desse proibitivo legal que afasta a penalização do parlamentar transgressor pode ser vislumbrado de diversas formas, como adiante analisaremos.

¹⁸ BRUNO, Aníbal e Nilo Batista. Teoria da Lei Penal. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p.28.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, 2ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 234.

De outra leva, a inviolabilidade dos atos parlamentares diz respeito à garantia alçada aos membros do Poder Legislativo que confere a aqueles uma margem segura de atuação sem interferência de óbices de natureza legal ou meramente coativas.

Assim, elucida Jimenez de Asúa que "la inviolabilidad supone que aquel que goza de ella no puede ser castigado; la inmunidad le resguarda contra toda persecución penal mientras el cargo transitorio dura, y la prerrogativa alude tan sólo a las garantías de antejuicio o de procedimiento especial en favor de ciertas funciones"²⁰.

A diferenciação premente entre imunidade e inviolabilidade consiste na asserção de que a primeira pressupõe a conduta antijurídica, mas não permite a respectiva persecução criminal; constitui prerrogativa processual, meramente formal, porquanto a segunda exclui o próprio crime, tendo natureza material.

Com efeito, tais prerrogativas não constituem normas de proteção dos parlamentares individualmente considerados, mas do Poder Legislativo como um todo.

De outra banda, as imunidades parlamentares são irrenunciáveis. Por se tratarem de prerrogativas de ordem pública não podem ser renunciadas pelo acusado, mesmo porque a arbitrariedade dirigida contra um parlamentar importa em afronta a corporação a que ele pertence. Por isso mesmo, somente com autorização dessa corporação pode ser indiciado e, conseqüentemente, penalizado o parlamentar indigitado²¹.

Ainda assim, não raras vezes, deparamo-nos com alguns parlamentares que bradam, euforicamente, que abririam mão de suas prerrogativas políticas para responderem de forma heróica as imputações que lhes são atribuídas, o que é mera articulação retórica.

Outrossim, a imunidade não diz respeito ao parlamentar, mas ao munus por ele desempenhado. Sendo assim, o suplente não goza da prerrogativa, mas é resguardado por ela quanto aos atos praticados no exercício efetivo do mandato²².

No âmbito das Assembléias Legislativa dos Estados e das Câmaras Municipais, os respectivos membros de cada uma dessas casas legiferantes detêm algumas prerrogativas inerentes à função parlamentar.

No caso dos deputados estaduais, as garantias são estabelecidas na própria constituição estadual, como é o caso da Constituição do Estado de São Paulo, de 1989, que reproduz, no seu

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley penal, Buenos Aires, 1955, p. 239.

²¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, 4ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 151.

²² in A Constituição na Visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo, v. 2. Brasília, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997, p. 551.

art. 14, o art. 53 da Constituição Federal de 1988, como salientam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, em seu "Manual de Direito Penal Brasileiro."²³

A rigor, os parlamentares estaduais detêm imunidade de ordem material, bem como processual.

Por seu turno, os vereadores são agraciados apenas com a imunidade material, que assegura a inviolabilidade dos atos empreendidos em função da atividade parlamentar que exercem.

Outro aspecto bastante peculiar nos recorda Cezar Bittencourt. Diz respeito às limitações territoriais das garantias parlamentares em tela, que nos permitimos transcrever: "A imunidade material e formal foi estendida ao deputado estadual (art. 27, § 1º, CF). Contudo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, as imunidades e prerrogativas concedidas aos Deputados Estaduais limitam-se às autoridades judiciárias dos respectivos Estados-membros"²⁴. À propósito, eis o teor da Súmula nº 03, do STF: "A imunidade concedida ao Deputado Estadual é restrita à Justiça do Estado-membro".

De igual sorte, os vereadores também são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, mas somente no exercício do mandato e nos limites do Município (art. 29, VI, CF). Porém, os vereadores não têm imunidade processual nem gozam de foro privilegiado.²⁵

Ênfase inafastável no tema proposto, o alcance da imunidade processual ou relativa em relação a delitos praticados quando o autor não era detentor da prerrogativa em epígrafe, quando inexistente autorização da casa legiferante respectiva ou, ainda, quando o ato perpetrado pelo parlamentar não guarda relação com sua atividade parlamentar.

Como efeito, o atual sistema normativo veda o processo criminal sem licença, ainda que o fato tenha ocorrido quando o autor não era deputado ou senador. Caso a ação penal se tenha iniciado antes da expedição do diploma, o processo criminal deve ficar susado até que seja pedida e concedida a licença da Casa Legislativa.²⁶ O termo inicial da imunidade ocorre com a diplomação do parlamentar (art. 53, § 1º, CF) e encerra-se com o término do mandato²⁷.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Citada, p. 235.

²⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto, Ob. citada, p. 152.

²⁵ Idem, ibidem, p. 152.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. Citada, p. 68.

²⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, p. 152.

De igual sorte, impõe óbice a qualquer sorte de responsabilização de ilícito atribuída ao representante parlamentar, ainda que não consentâneo à atividade deste – o que é bastante discutível.

Para Jescheck, as causas neutralizadoras da persecução penal devem resguardar apenas a atividade parlamentar do deputado, quando tratar-se de imunidade absoluta²⁸.

Não é, de todo, paradigma observado pela praxis em nosso subsistema normativo. Eis que a autorização ofertada pela Casa Legislativa cujo membro tenha sido acusado constitui regalia corporativa que, não raras vezes, encontra empecilhos de natureza política, propiciados por conluios e confabulações que isentam o parlamentar indigitado da responsabilização subsumível a este, não obstante a conduta empreendida pelo acusado não ensejar nenhuma correlação com suas atividades como representante popular. Ainda assim, prevalecerá a decisão do Poder Legislativo, caso não autorize o processo criminal contra seu membro, o que afigura-se despiciendo. Dessa decisão, não há recurso legal específico.

Em contraponto, mesmo tendo a doutrina penal silenciado a respeito de quais os crimes abrangidos pela imunidade absoluta, há sinais claros de que só se reputam invioláveis os atos transfigurados em crimes contra a honra. Contudo, essa delimitação parece inadequada. Muito embora constituam situações excepcionalíssimas, é plenamente factível que existam outras tipificações passíveis de conexão com o uso das funções legiferantes, como, por exemplo, as vias de fato, a rixa etc. O que se deve ter em mente é a adequação da inviolabilidade invocada, em relação ao bem jurídico violado pela ação indigna do parlamentar.

Para ilustrar alguns aspectos vertidos no presente texto, apresentam-se dois casos nos quais a imunidade parlamente foi objeto de ampla discussão.

O primeiro deles refere-se ao ex-deputado federal Hildebrando Pascoal (PFL – AC), acusado de uma relação interminável de ilícitos penais. Neste caso, como em muitos outros, a decisão da Câmara Federal foi resultado de uma saída corporativista: incontestemente o envolvimento do deputado acusado com vários crimes, alguns deles notórios e incontornáveis, a Câmara resolveu proceder a cassação, como forma de expurgar o membro vexaminoso, à conta de uma bem engendrada imputação de falta de decoro parlamentar, como se os crimes comuns perpetrados pelo ex-deputado fossem menos relevantes à justiça²⁹.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heirinch. Ob. Citada, p. 166.

²⁹ Revista Época, edição nº 69 (13/09/1999).

A justificativa para esse procedimento seria simplificar a persecução penal, facultando à jurisdição penal o indiciamento de uma pessoa comum, antes acobertada pela indeclinabilidade da prerrogativa funcional.

Ora, não seria necessário ir tão longe. A simples autorização da Câmara bastaria para que o Poder Judiciário pudesse julgar e punir o acusado. Mas aí estaria se condenando um parlamentar – uma afronta indesejável para a corporação.

Dessa forma é preferível proceder a cassação de parlamentar revela-se um criminoso convicto, do que permitir-se a persecução criminal de um de seus membros.

Em outro caso público e notório, o deputado estadual Aécio Pereira (PFL) foi acusado pela morte e ocultação do cadáver da estudante Márcia Barbosa, em junho de 1999³⁰. A Assembléia Legislativa da Paraíba negou a autorização solicitada pelo Tribunal de Justiça para que ele fosse processado. Dos 36 deputados, apenas nove foram favoráveis à concessão da licença para o processo. Houve um voto em branco e uma abstenção e 24 votos contra a quebra da imunidade parlamentar de Aécio Pereira.

O Relator do processo autorizador, o deputado Robson Dutra (PMDB) justificou a negativa da licença afirmando que a imunidade parlamentar é "privilégio não de deputados, mas da instituição."

Tal justificativa apresenta-se ininteligível, pois a condição de parlamentar não importa, per si, condição para a rejeição da autorização requerida.

O deputado acusado foi indiciado em inquérito policial que apurou morte da estudante Márcia Barbosa, por asfixia. O Delegado de Homicídios, Adesaldo Ferreira, encarregado do caso, concluiu que "todas as provas levavam ao envolvimento do deputado".

Sem adentrar o mérito da questão exposta, o instituto parlamentar em epígrafe não pode transmutar-se em justificativa para o desvio da responsabilidade por atos estranhos ao exercício do mandato representativo. Se inocente o parlamentar, este terá a oportunidade de demonstrar, por meio das garantias processuais a todos disponíveis, o descabimento das acusações que lhe são imputadas.

Deve, enfim, haver simetria entre a invocação das imunidades parlamentares e a propriedade da justificação para a escusa proporcionada pelas prerrogativas³¹. "Considerar os casos de imunidades como casos de isenção da obrigação de observar a lei penal", na pitoresca

³⁰ Cf matéria Jornal do Comércio (Recife-PE, 20 de dezembro de 1998).

³¹ JESCHECK, Hans-Heirinch. Ob. Citada, p. 166.

imagem concebida por G. Bettiol, "é ir além das exigências que deriva da posição e das funções que desempenham as pessoas 'privilegiadas'. Estas exigências podem ser salvaguardadas sem necessidade de recorrer-se ao artifício de arrancar as próprias pessoas daqueles eixos jurídico-penais onde no Estado moderno se enquadram indistintamente todos os indivíduos sem olhar às posições e às funções que realizam".³²

Podemos, então, concluir que o conjunto de imunidades garantidas aos parlamentares deriva de um justificativa do direito de aplicação diferenciada da norma penal, em relação a pessoas que desempenham determinadas funções.

Assim, existem duas espécies de prerrogativas funcionais: uma delas de ordem objetiva, que resguarda os atos praticados em função do mandato – imunidade absoluta ou material, também denominada inviolabilidade, ou, ainda, indenidade.

A outra diz respeito a um requisito de ordem processual, que incumbirá à câmara legislativa autorizar, ou não, o processo criminal contra um de seus membros, ou ainda, ensejará o seu imediato pronunciamento acerca da prisão do parlamentar – imunidade relativa ou processual.

No primeiro caso, premente a correlação entre o ato cometido e as funções inerentes ao desempenho do mandato; no segundo, não há, objetivamente, a necessidade de identificação entre o crime perpetrado e a função legislativa, cabendo exclusivamente à casa legiferante observar se deve, ou não, anuir o requerimento para o processo ou formação de culpa, do parlamentar acusado, conforme o caso.

Questão sumamente importante é a discussão doutrinária acerca da natureza da inviolabilidade parlamentar, porquanto uns autores entendem-na como causa pessoal de exclusão de pena, outros acatam a teoria da atipicidade da ação ou da exclusão da relevância penal, posição defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni, que nos parece mais adequada.

Outro aspecto que demanda maior atenção diz respeito ao alcance das imunidades, de onde extraem-se as seguintes ilações:

1. A Casa Legislativa pode negar licença para o processo criminal de crime cometido anteriormente ao mandato, desde que o parlamentar acusado esteja no exercício do mandato, hipótese em que ocorre a suspensão da prescrição;

³² BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. V. 1. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966, p. 218.

2. A decisão proferida pela respectiva câmara ou assembléia é soberana. Uma vez negada, o Poder Judiciário não poderá intervir, sem que se tenha por encerrado o mandato conferido ao parlamentar, salvo quando caso existam circunstâncias extraordinárias a ensejarem a postulação de ordem de segurança, que poderá ser, ou não, concedida;
3. O crime abrangido pela imunidade processual deveria, a priori, resguardar conexão com as atividades inerentes à função parlamentar, observando-se uma questão principiológica, em detrimento à dogmática;
4. Em relação à inviolabilidade dos atos parlamentares, é possível a invocação desta prerrogativa ainda que não se trate de crime contra a honra, em hipóteses especialíssimas, desde que os atos cometidos pelo parlamentar possam ser caracterizados como funcionais. Desse modo, não há restrição legal para resguardar apenas os crimes contra a honra.

A fim de finalizar o tema proposto, deve-se ponderar que o paradigma esboçado esbarra nas deliberações das casas legislativas, cujos membros servem-se de tais prerrogativas no intuito de se eximirem de crimes cometidos ou, em pior situação, utilizam-nas para cometerem violações, deliberadamente, e, a rigor, são acobertados, impunemente.

Trata-se de uma importante questão de política criminal, a importar maior atenção por parte da doutrina penal, para que se devolva a real acepção a esses institutos, bem como se permita um redimensionamento do círculo de proteção destinado a tutelar a atuação institucional dos integrantes do Poder Legislativo.

4.2. Prisão especial

Instituto antigo no Direito brasileiro, a prisão especial divide opiniões, esquentando os ânimos, gera intermináveis celeumas, e traz à tona problemas comuns do sistema prisional e da Justiça pátria como um todo. A prisão especial é o direito, do qual algumas pessoas desfrutam, de ficar em cela especial separada enquanto aguardam o trânsito em julgado de processo criminal ao qual respondem.

Quem já visitou uma cadeia sabe o quanto o ambiente delas é ruim. As instalações são úmidas, fétidas e apertadas; as condições higiênicas são subumanas, doenças são comuns, inclusive algumas perigosas, como a AIDS. Não é o tipo de lugar onde alguém consegue se sentir seguro.

No nosso Direito, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Trata-se de princípio constitucional, expresso no art. 5º, LVII. Ou seja, enquanto o juiz não prolatar sentença condenando o réu, e todas as possibilidades de recursos se esgotarem, ninguém pode ser tachado de criminoso. Neste sentido, não se deve pagar por algo indevido, ou ao menos incerto.

Apesar da supracitada garantia, há exceções à ela, como a prisão em flagrante, a prisão provisória e a prisão preventiva. Não cabe aqui, no presente contexto, dissecar cada modalidade; basta dizer que elas ocorrem no transcurso da instrução penal, ou seja, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, e que são legais, estando previstas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e na própria Constituição Federal (artigo 5º, LXII).

Dito isto, o correto seria estender o “privilégio” da prisão especial a todo cidadão. Mais que um princípio, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, Constituição Federal). Deveria ser algo sagrado, ao alcance de todos, independente do cargo ocupado, ou de um diploma legal. Deveria, mas infelizmente não é.

E, neste contexto, surge a polêmica figura da prisão especial.

O Decreto 38.016/55 garantia aos beneficiados da prisão especial muitas regalias, tais como visitas todos os dias e o uso das próprias roupas. Depois do caso do juiz Nicolau dos Santos Neto, onde foi desviado milhões de reais destinados à construção do TRT de São Paulo, foi editada a Lei nº 10.258/01, que tolheu a maioria dos direitos exacerbados previstos no referido

Decreto. No princípio, a motivação para o instituto da prisão especial era diversa da vigente atualmente. Nas palavras de Luíz Flávio Borges D'Urso, o objetivo era “preservar pessoas que em razão de sua ocupação, eram alvo de extremo risco, caso aprisionadas coletivamente”³³. Com o passar do tempo, lei e cotidiano moldaram a prisão especial. Dadas as péssimas condições dos estabelecimentos prisionais, o que era uma proteção aos agentes públicos responsáveis pela segurança da população, virou um privilégio aos mesmos, estendido a quem, a princípio, possui diferenciais em relação aos demais.

Essa última classe de abarcados pela prisão especial é a que gera mais polêmica. Possuidores de diploma de curso superior de ensino, jornalistas, ministros de confissão religiosa e cidadãos que já foram jurados fazem parte de tal grupo, e exatamente por isso, arrancam comentários raivosos dos que são contrários ao instituto. O rol completo encontra-se no artigo 295, do Código de Processo Penal:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

II – os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; (Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957)

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V - os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros;

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos ou inativos. (Incluído pela Lei nº 4.760, de 1965)

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. (Redação dada pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966)

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

³³ Site Dataveni@ - Opinião Jurídica - Prof. Luíz Flávio Borges D'Urso - Ano VII - agosto/2003 - Nº 69.

§ 2o Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

§ 3o A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

§ 4o O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

§ 5o Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

Independente de dispositivos legais, a pergunta que não cala é se a prisão especial é justa. Há quem seja a favor, e também quem seja contra. Os contrários argumentam que a prisão especial fere o princípio da isonomia (artigo 5º, “caput”, CF); os a favor, dizem que ela é a única forma de garantir a segurança do réu durante o processo, e que deveria ser estendida a todos os brasileiros.

É difícil tomar partido. O correto, de fato, seria garantir a segurança e a tranquilidade de todos que aguardam julgamento. Seguindo essa linha, não há porquê acabar com um direito estabelecido e costumeiramente praticado, ainda que restrito a determinados grupos. Abdicar dele seria tornar ruim as condições para todos, tanto para os que não detém essa condição hoje quanto para aqueles que a detém. Talvez não seja esta a motivação do Eduardo Suplicy e de tantos outros que vez ou outra submetem projetos de lei com a finalidade de acabar com a prisão especial. De qualquer maneira, essa sensação existe.

Tal proteção pode pelo menos ser encarada como um estímulo aos que se submetem aos perigos e dificuldades de um tribunal do júri.

A questão, como já dito, é bastante controvertida e polêmica. Uma coisa, porém, é certa e indiscutível: nossas cadeias há muito perderam a condição de “lugar habitável”, de modo que, ser trancafiado lá, é por si só uma pena tão ou até mais cruel do que a que a sentença condenatória aplicada ao réu.

4.3. Foro Privilegiado

O foro privilegiado, também chamado de foro por prerrogativa de função, não tem nenhuma justificativa ética. Ao contrário, desrespeita frontalmente o princípio republicano da igualdade, segundo o qual a lei deve ser aplicada da mesma maneira a todas as pessoas que se encontrem na situação prevista por ela, independentemente da posição social que ocupem.

Assim, o acusado de cometer um crime deve ser julgado pelo juiz do local onde o fato se consumou, qualquer que seja o cargo, o emprego ou o ofício que ele exerce. Do presidente da república ao faxineiro, todos devem ser tratados igualmente, sob pena de não se ter uma democracia, mas uma aristocracia, em que uma elite governante se coloca acima da lei.

No Brasil, a aristocracia está bem definida: são mais de 700 autoridades dos três Poderes (presidente e vice-presidente da república, ministros de estado, senadores, deputados federais e ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho) que só podem ser julgadas penalmente pelo STF. Essa situação traz problemas de cunho ético e prático.

eticamente, tem-se uma situação em que os ministros do STF são indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. O absurdo da situação é visível: potenciais “acusados” são os responsáveis pela nomeação de seus julgadores. Mais ainda: esse mesmo roteiro é seguido para a nomeação do procurador geral da república, responsável pela acusação perante o STF.

Os possíveis “acusados” são também os responsáveis pela nomeação de seu acusador. Por mais que o acusador e os julgadores contem com garantias constitucionais para sua independência, há, no mínimo, um grande risco de vinculação política e ideológica com os políticos responsáveis por sua nomeação.

Em termos práticos, verifica-se que o STF não é um órgão apto a realizar investigações, coletar documentos e ouvir depoimentos de testemunhas. Tais atividades instrutórias são típicas de juízos de primeiro grau, que têm por função precípua lidar com os fatos no local onde eles ocorreram. A finalidade do STF é radicalmente oposta a essa, pois cumpre a ele proteger a Constituição Federal, principalmente por meio do controle abstrato das normas. Percebe-se

claramente que a realização de processos penais é incompatível com seu caráter de corte constitucional.

Essa incompatibilidade é cabalmente demonstrada pelas estatísticas: levantamento feito pelo próprio Supremo verificou que, nos últimos dez anos, foram concluídos apenas vinte processos penais envolvendo políticos. Em treze, foi declarada a prescrição, e em outros nove, os réus foram absolvidos. Ou seja, não houve condenação nenhuma nesse período. A situação é semelhante no STJ, que nunca condenou criminalmente um desembargador³⁴.

No livro *A República*, de Platão, é contada a história de Gíges, um camponês que encontra um anel capaz de torná-lo invisível. Com ele, pôde cometer diversos crimes sem nunca ter sido apanhado. No Brasil de hoje, algumas autoridades contam com esse anel, que lhes dá a certeza da impunidade. Para tornarem-se invisíveis aos olhos da Justiça, bastou adotarem um mecanismo que inviabiliza qualquer condenação: o foro privilegiado, ou, em um eufemismo, o foro por prerrogativa de função.

³⁴ Dados retirados do site do STF.

4.4. Resposta do STF ao Foro Especial

Há alguns anos, por volta de 2000, por iniciativa do Governo, esteve em debate no Congresso Nacional proposta destinada a ampliar esse foro especial, estendendo sua competência ao julgamento das infrações cometidas antes, durante e depois do mandato, o que mereceu severas críticas, que relacionaram essa tentativa com a impunidade das autoridades acusadas de crimes contra a administração pública. Esse seria, sem dúvida, um foro privilegiado, o privilégio odioso, contrário ao princípio fundamental da igualdade.

Mas enquanto o Executivo fazia essa tentativa de criar o foro privilegiado, o Supremo Tribunal Federal caminhava em direção oposta, revogando o entendimento de sua Súmula 394, de 03.04.64, segundo a qual "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

Desde 1964, sob a vigência dos Atos Institucionais, o Supremo Tribunal Federal entendia que, se o crime tivesse sido praticado durante o desempenho do cargo, função ou mandato, estaria garantido o foro especial, para aquela autoridade, mesmo após sua cassação, renúncia, ou o término do mandato.

Pela nova interpretação, contudo, aquelas autoridades que não mais estão no exercício de seus cargos, deverão ser julgadas pela primeira instância, isto é, pelos juízes monocráticos. Caberá assim aos juízes federais processar e julgar ex-deputados, ex-senadores, ex-ministros ou até mesmo ex-dirigentes de autarquias ou empresas públicas, na área federal. Quanto às ex-autoridades municipais ou estaduais, evidentemente, o julgamento competirá aos juízes de direito.

O Relator, Ministro Sidney Sanches, disse com muita propriedade em seu voto, na decisão que levou à revogação da Súmula 394, que "a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce, e menos ainda quem deixa de exercê-lo, porque as prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos".

A comissão especial da Câmara dos Deputados aprovou, no dia 11 de junho de 2008, proposta de emenda constitucional (PEC) que restringe o foro privilegiado de autoridades do Poder Executivo — entre elas o presidente da República — e parlamentares. Segundo o projeto, o Supremo Tribunal Federal (STF), hoje encarregado pela aceitação e julgamento dos detentores da prerrogativa, passará apenas a aceitar ou não a denúncia, transferindo aos juízes de primeiro grau a missão de processá-los e julgá-los.

Os deputados que compõem a comissão aprovaram por unanimidade o substitutivo do relator Régis de Oliveira (PSC-SP), indicado para analisar duas PECs que propunham o fim do foro privilegiado — de autoria de Marcelo Itagiba (PMDB) e José Fernando Aparecido de Oliveira (PV), ambos do Rio de Janeiro. A matéria, que já havia passado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), segue agora para o plenário, onde precisará dos votos de 308 dos 513 deputados para ser aprovada.

No caso do presidente da República, ministros de Estado, senadores e deputados, que passarão a responder perante a um juiz comum, ficará ainda o Supremo encarregado de autorizar providências cautelares, como prisões e quebras de sigilo — bancário, fiscal ou telefônico —, mediante controle prévio da decisão de primeiro grau. Em relação a eventuais crimes de responsabilidade (impeachment) atribuídos ao primeiro mandatário do país, o substitutivo de Régis de Oliveira não inovou. Ou seja, a Câmara dos Deputados julga o caso e, em seguida, o Senado se encarrega de realizar o julgamento.

No caso dos governadores, no lugar do Superior Tribunal de Justiça (STJ), os tribunais de Justiça se encarregarão de aceitar ou rejeitar a instauração de ação penal, bem como decidir sobre providências cautelares, nos crimes comuns e de responsabilidade. No caso dos prefeitos, caberá ao juiz comum processá-los e julgá-los após instauração de ação penal pelo TJ.

O presidente da comissão especial, deputado Dagoberto (PDT-MS), afirmou que a aprovação do substitutivo representa a consolidação da democracia no país. “A sociedade não aceita mais esses privilégios, que são a certeza da impunidade”, afirmou. O parlamentar traduziu em números os tais privilégios. De acordo com ele, entre 1998 e 2006, foram iniciados 613 processos contra autoridades que gozam da prerrogativa de foro, dos quais apenas 22 foram julgados e 84 arquivados.

O relator Régis de Oliveira argumentou que a idéia central da PEC é a de esvaziar a competência do STF para julgar todos os processos contra autoridades e acelerar esse processo.

No texto aprovado, o deputado propôs ainda a criação de varas especializadas nos tribunais estaduais para processar e julgar os crimes contra a administração pública (Fonte Revista Consultor Jurídico).

Talvez seja o início de uma resposta direta a um problema que já dura tanto tempo e que de fato tem sofrido críticas severas tanto da sociedade quanto de vários profissionais do campo do direito, porém só nos resta esperar.

5. INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DISCRIMINATÓRIO

Ao abordar a questão da inconstitucionalidade do ato discriminatório, José Afonso da Silva faz uma interessante análise, aduzindo que essa inconstitucionalidade pode ocorrer de duas formas. A primeira decorreria da concessão de benefício legítimo a pessoas ou grupos discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação e a segunda adviria do tratamento desigual entre pessoas que se encontravam em situações de igualdade, estando o próprio ato inicial maculado pela discriminação.

A inconstitucionalidade, nesse primeiro caso, decorre da infração ao princípio da isonomia, pois houve a distinção entre pessoas ou grupos, ante o favorecimento de uns em detrimento dos outros. No entanto, o ato de outorgar benefício a alguém, por si só, é constitucional e legítimo, pois o favorecimento não é ato atentatório a igualdade, não constituindo, isoladamente, conduta discriminatória.

Dessa forma, caso as pessoas ou grupos discriminados pretendam discutir a constitucionalidade desse ato, deverão solicitar perante o Poder Judiciário que tal benefício também lhes seja estendido.

Tem-se, assim, que o ato de favorecer alguém não é suscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade, devendo, na hipótese de ocorrência da discriminação, tal caso ser submetido ao Estado-juiz, que analisará a matéria e constatada a violação a esse princípio, estenderá o benefício aos desfavorecidos.

A segunda forma de inconstitucionalidade, segundo o citado autor, ocorreria quando se impusesse obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos, discriminando-os perante outros na mesma situação, que gozariam, assim, de favorecimento, devido à discriminação dos primeiros.

Nesse segundo caso, a inconstitucionalidade decorre da discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade, podendo ser solucionada através da declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório por todos aqueles que o solicitarem perante o Poder Judiciário. Cabendo, também, a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art.103, da CF/88.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ademais, analisar o princípio da não discriminação enseja, necessariamente, uma reflexão acerca do princípio da igualdade. Nesse sentido cabe a transcrição do sempre correto e fundado ensinamento do ilustre jurista J.J. Calmon de Passos:

“Em verdade, o princípio da não discriminação é insuscetível de ser construído a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da igualdade, como seja entendido e positivado, ao qual se prende umbilicalmente”³⁵.

Dessa forma, no princípio da não discriminação inexistiria consistência própria, pois adviria, substancialmente do princípio da igualdade, ante a necessária busca nos âmbitos político e jurídico do estabelecimento de igualdade entre homens eminentemente desiguais.

Todo pensamento acerca da não discriminação e da busca pela igualdade deve partir da constatação de que fundamentalmente existe uma igualdade entre os homens no tocante a inserção dos mesmos na espécie humana, mas estabelece-se a desigualdade entre os mesmos quando se passa a analisá-los isoladamente, como indivíduo.

Então, o princípio da igualdade segue na procura e definição de fatores externos que possam estabelecer uma medida política que permita igualar homens essencialmente diferentes, sob diversos aspectos, sejam estes de ordem física, psicológica, cultural, econômica ou social. A discriminação, nesse sentido, consiste na utilização de uma medida falsa que possibilite esse intercâmbio jurídico e político, impedindo a ocorrência de violação ao princípio da não discriminação.

³⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. O Princípio da Não Discriminação. p.1.

A igualdade substancial é um objetivo constitucionalmente tutelado, sendo que para atingir essa igualdade em termos jurídicos deve-se tratar desigualmente as pessoas diferentes entre si, a fim de que, ao menos substancialmente, atinja-se a igualdade.

Desigualar nesses termos é permanecer fiel ao princípio constitucional da igualdade e seu consectário lógico, o princípio da não discriminação. Desigualar em termos diversos e discriminar, o que esta constitucionalmente vetado. Ali, o tratamento desigual deixou de ser discriminador, por ter produzido maior igualdade como resultado. Na segunda hipótese, o tratamento desigual se macula de inconstitucionalidade, por oferecer como resultado a manutenção da desigualdade anterior ou sua exasperação, ou a instituição de desigualdade nova antes inexistente.

Por tais razões, pode-se concluir que a questão da igualdade e da não discriminação só será resolvida através da interpretação do texto constitucional, a partir da análise do Poder Judiciário, bem como dos estudos e ensinamentos dos doutrinadores, sempre com vistas a garantir a maior igualdade possível entre pessoas essencialmente tão desiguais, atendendo, assim, ao menos substancialmente, os princípios fundamentais previstos na Magna Carta.

6. JUSTIÇA IGUALITÁRIA E REFORMA PENAL

Conforme tem-se demonstrado, a igualdade almejada pela sociedade, deve se dar em todos os campos, inclusive no âmbito penal. Nossa sociedade reclama, já há muito tempo, o fim de uma sensação constante de impunidade e de revolta com as atuais formas de coibir e punir os crimes que surgem e, até mesmo, com a inimizabilidade de alguns.

Muitos questionamentos são levantados e a sociedade como um todo tem cobrado medidas de repressão que de fato combatam a incidência das condutas delituosas e não apenas uma punição após ter se consumado o crime. Além disso questiona-se também como a justiça pode julgar de forma tão diferente, quando comparadas, num mesmo crime, a atuação de duas pessoas de diferentes níveis sociais, acadêmicos, econômicos, ou mesmo de cores diferentes. Como se algumas dessas características estivessem dentro das tipificações do nosso Código Penal, fazendo-se até mesmo supor que um rico e um pobre que cometem a mesma atrocidade, possam ser classificados de forma diferente, diminuindo ou aumentando a gravidade do crime instantaneamente nessa avaliação do indivíduo. O mesmo pode-se dizer que aconteça com relação às demais classificações.

Contrariando o que delimita o código penal, a sociedade já discute, há algum tempo, a questão da redução da maioria penal, o que de fato repercutiria no fim de uma certa sensação de impunidade que estes menores marginalizados detêm e na forma como são tratados atualmente. Apesar de que sendo considerados inocentes ou culpados, já são condenados em suas próprias vidas pela negligência do próprio Estado que os condena ou absolve.

Casos desse tipo nos levam a refletir sobre a iniquidade da Justiça em um mundo dividido, onde o ladrão ou autor de pequenos crimes é condenado sumariamente a uma pena carcerária em penitenciárias abarrotadas e mal administradas, verdadeiras escolas do crime. Por outro lado, aqueles que lesaram ou dilapidaram o patrimônio de milhares de pessoas estão livres, têm acesso a recursos financeiros protegidos e habitam os círculos da “elite” em plena liberdade e com desenvoltura. Não seria o caso de termos um julgamento das conseqüências dos atos, tendo que atingem a vida não somente de alguns mas, muitas vezes, de toda uma sociedade, para assim avaliarmos um valor justo a se pagar?

Já outros indivíduos como “Champinha”³⁶, protegidos por uma imagem de menores infratores e, por isso, vítimas da sociedade, nos ameaçam, agredem, roubam, matam, torturam, estupram e no final são sustentados por pensamentos demagógicos de recuperação do irrecuperável, fundamentados como se o mal que dirigissem aos outros, algo incomensuravelmente cruel, tivesse uma justificação possível. E vivem impunes por uma imagem de menor, mesmo que já tenham uma vida adulta. Restando-nos a pergunta de como podem tratar como crianças, pessoas que têm vida sexual ativa, que já trabalham, que cometem crimes, que mesmo tendo família vivem largados no mundo por escolha própria? Não seria o caso de elevá-los a condição de adultos, tornando-os plenos de direitos e deveres, avaliando caso a caso e não por uma regra preestabelecida de quem é inimputável?

Nossa sociedade exige mudanças urgentes e esse é o momento dos nossos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – se debruçarem seriamente sobre uma reforma das leis para adequarem as punições à gravidade dos crimes, eliminarem certas proteções e incentivos à ocorrência destes, implementarem penas e adequarem os julgamentos de forma a coibir e eliminar práticas anti-sociais cada vez mais egoístas e truculentas.

E é aí que cabe ressaltar as mudanças que surgem em nosso ordenamento. Somadas ao fim de certas regalias, que ferem o princípio da isonomia e fazem que se tenham “justiças diferentes”, as mudanças que serão detalhadas, a seguir, tendem a melhorar, de forma significativa, tanto a punição quanto a coibição, na ocorrência dos crimes, e a nos servir de esperança de termos um futuro melhor.

A Câmara dos Deputados acaba de aprovar uma série de mudanças relativas ao combate à violência e que representa um importante avanço na legislação penal e processual penal do País. O pacote, que aumenta o rigor da legislação penal e agiliza a tramitação das ações sem cercear o direito de defesa dos réus, foi elaborado mediante propostas do Executivo, projetos de autoria de deputados e sugestões encaminhadas por juízes criminais, promotores, juristas e ativistas de movimentos sociais.

No âmbito da legislação penal, o pacote tipifica o crime de seqüestro relâmpago com penas de reclusão que variam de 6 a 12 anos, se não houver violência, e de 16 a 24 anos, se houver lesão corporal. Ele também pune com prisão de três meses a um ano quem promover, facilitar ou intermediar a entrada de celulares em estabelecimentos prisionais. Acolhendo

³⁶ Em anexo há maiores detalhes sobre o crime.

diretrizes do Tribunal Penal Internacional e sugestões da CPI da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, o pacote amplia o conceito de estupro, passando a incluir pessoas do sexo masculino como vítimas, e aumenta em um terço a pena para o crime de assédio sexual quando a vítima for menor de idade.

Uma das inovações mais importantes é o dispositivo que autoriza a Justiça a levar em conta como agravantes, nos casos de graves ameaças às vítimas, os delitos cometidos pelo réu antes de completar 18 anos. Em termos concretos, a medida relativiza o princípio da inimputabilidade aplicado aos menores de idade. Esta foi a maneira que a Câmara encontrou para contornar a oposição de movimentos sociais à proposta de redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. Até agora, os delitos cometidos por jovens e adolescentes eram eliminados dos registros do infrator após o cumprimento das medidas restritivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com a aprovação do projeto, o infrator deixará de ser considerado primário, se cometer crime na idade adulta.

No âmbito da legislação processual penal, o pacote determina que os exames de corpo de delito e demais perícias passem a ser realizados por um único perito, e não por dois, como hoje. Ele também permite o seqüestro de bens imóveis do indiciado ou acusado que tenham sido registrados em nome de terceiros ou que estejam incluídos no rol de propriedades legalmente constituídas. Até agora, era preciso provar que o bem a ser seqüestrado por determinação judicial tinha sido obtido com o produto de atividades ilícitas. Adotada na Europa e nos Estados Unidos, essa medida tem se revelado um eficaz instrumento de combate ao crime organizado.

Em matéria de processo penal, a principal inovação é a revogação do chamado "protesto por novo júri" - recurso que assegurava o direito a um novo julgamento aos homicidas condenados a penas de 20 anos ou mais de prisão por um Tribunal do Júri. Se essa alteração já estivesse em vigor, o fazendeiro Vitalmiro Moura, condenado a 30 anos no primeiro julgamento por mandar matar a missionária americana Doroty Stang, não teria sido submetido ao segundo julgamento, que o absolveu. Além disso, o pacote moderniza o rito do júri, simplificando as perguntas apresentadas aos jurados. Atualmente, é comum que os jurados se atrapalhem ao responder a diversas perguntas formuladas em linguagem jurídica e sobre questões técnicas de direito penal. Com isso, muitos jurados acabam votando diferentemente do que pensam ou em desacordo com as provas do processo, o que permite aos advogados do réu pedir a anulação do

juízo. Pelas novas regras, os jurados só responderão a três perguntas: se o crime ocorreu, se o réu foi o autor e se deve ser considerado inocente ou culpado.

Em matéria de execução penal, o pacote inova ao permitir o rastreamento eletrônico dos presos em regime aberto, semi-aberto, domiciliar ou que receberam o benefício da saída temporária ou liberdade condicional. Alguns Estados - inclusive São Paulo - adotaram o rastreamento eletrônico, mas especialistas argumentavam que só a União poderia legislar sobre a matéria. O problema não mais existe.

Como seis dispositivos que integram o pacote antiviolação foram emendados na Câmara, ele terá de retornar ao Senado para nova votação. Mas isso pode ser feito com rapidez e não altera a essência modernizadora do pacote. Esperamos, como cidadãos, que estas sejam apenas as primeiras de uma série de mudanças que venham para melhorar a nossa sociedade.

7. CONCLUSÃO

Para que tenhamos uma sociedade mais harmônica, devemos concretizar a proteção de condições dignas para todos, com igualdade de direitos e ausência de favorecidos.

Com esses tipos de imposições absurdas de privilegiados, o respeito passa a ser tido como advindo do medo de discriminar e os direitos como meras vantagens em relação aos demais. A verdade é que os primeiros a discriminarem os grupos são os seus próprios organismos de proteção que ao invés de lutarem por um tratamento igualitário onde as pessoas sejam todas tidas da mesma forma, limitam-se a se fecharem em uma classificação e a exigirem condições mais favoráveis somente para aqueles que possuam as características impostas ao grupo.

Outro aspecto a se verificar é que acabar com certos institutos como o da prisão especial, não acabaria com os problemas dos demais, apenas iria condicionar aos atuais beneficiários delas, uma situação tão ruim quanto a dos outros. O que é necessário é estendermos essas condições mais favoráveis a todas as pessoas, preservando a dignidade humana e permitindo que essas pessoas tenham uma vida melhor. O criminoso não deixa de ser humano por ter cometido um crime e nem ao menos podemos ter certeza absoluta da condição de culpa do preso, tendo em vista que a justiça, muitas vezes, erra, logo quem luta por penas mais severas e pouco se importa com as condições em que vivem os presos, deveria lembrar que também há pessoas inocentes que vivem sob essas condições.

Não se pode ignorar a condição precária dessa massa carcerária. Condenados a viver em situação subumana. Tendo que conviver com um tratamento que extrapola as determinações da punição, ou será que faz parte da pena a se cumprir a forma lamentável em que esses presos vivem? Marcados muitas vezes, por toda a vida, como criminosos e sem qualquer expectativa de melhorarem de vida, ainda há quem conteste a razão da reincidência.

Dessa maneira, da forma como são colocados, como pode-se dizer que estejam sob a tutela do Estado, buscando-se sua redenção e regeneração, se são tratados de maneira ainda pior do que eram antes de estarem presos? É como se quiséssemos acreditar que poderíamos reabilitar alguém para o convívio social, o fazendo sofrer com todas as mazelas que esta pessoa já tenha cometido, porém o sofrimento é algo que já havia em sua vida. Há sofrimento na vida de todas as pessoas, assim como alegrias, por menores que sejam. O que de fato não existe são oportunidades

e valores como o respeito e o bom senso. Coisas que estão longe de serem apresentadas a elas em meio à punição do cárcere.

Já certas proteções, hoje usadas para assegurar a impunidade de crimes, como as imunidades parlamentares, deveriam ser banidas, por completo, do direito brasileiro, fazendo com que um político criminoso fosse punido com todo rigor. Para que aqueles que se aventurarem na política, tenham claro que ser representante do povo é muito mais do que um benefício, mas sim o dever de ser um exemplo positivo a ser seguido por toda uma nação. É obrigação de todo político zelar pelos valores defendidos nas leis e nos nossos costumes, é dever deles servirem aos propósitos do povo e não usar de seus cargos e benefícios para servirem aos seus próprios propósitos.

Cabe lembrar a importância que se faz de termos mudanças significativas no âmbito penal para que de fato os cidadãos de bem sintam-se protegidos e, ao mesmo tempo, coibir aqueles que tiverem predisposição às práticas anti-sociais. Para que isso ocorra, temos de ter leis mais severas que reprimam, de fato, casos como desvios milionários do dinheiro público. E julgamentos mais justos, retirando o criminoso de todo o contexto que o cerca, de todas as características que este detenha, para pura e simplesmente avaliar a atuação dele no crime e as conseqüências desse crime para a sociedade.

Não deveríamos ter de conviver com situações como o assassinato cruel dos nossos jovens, e nem tão pouco aceitar que uma mãe, em estado de necessidade, seja condenada por roubar comida para alimentar seus filhos. Estes acontecimentos não podem ser tidos como algo comum e corriqueiro. A ferida que dói hoje no outro pode se tornar amanhã a chaga que atormentará a sua vida. Esquivar-se dos acontecimentos, recusando-se a participar da solução dos problemas e das responsabilidades que surgirem, só torna ainda mais difícil que se dê o fim desse tipo de situações.

A igualdade deve começar pelo pensamento de cada um dos indivíduos de uma sociedade. Não devendo haver lutas por interesses pessoais, isolados dos demais, mas sim reivindicações de igualdade de condições para o todo. Buscando-se não somente uma igualdade formal, mas também e, principalmente, uma igualdade de fato. Eliminando as condições desfavoráveis que surgirem, adaptando o geral às características individuais e adequando essas características aos costumes sociais. Dando condições de todos deterem o mínimo digno para o seu sustento, afastando dessa forma a ameaça do surgimento dos comportamentos anti-sociais.

Há que se verificar ainda que políticas sociais como as de igualdade racial, mal planejadas, tendem a gerar exatamente o inverso do que se propõem. Fazendo com que apareçam pensamentos racistas e tendenciosos, e surjam grupos isolados dentro da sociedade.

Se constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os incisos do artigo 3º da CF/88, o Estado deveria ser o primeiro a defender a eliminação de grupos isolados e integrar o povo como um todo, tornando-o uma grande massa única e desprovida de subclassificações, e nunca o contrário, como vem fazendo já há alguns anos. Ao invés dos governantes tentarem reparar os problemas da sociedade com soluções, deveriam se concentrar, antes de tudo, em mantê-la livre de problemas.

Será que é mais fácil retirar o mérito de uns para sanar as faltas que a própria sociedade faz surgir nos outros, do que permitir que todos pertençam ao mesmo patamar merecedor? Aqueles que buscam de fato o crescimento pessoal, com toda certeza, irão preferir terem as mesmas condições do que sanar seus problemas ferindo o direito dos outros.

Uma sociedade para poder ser tida como igualitária de fato tem que, desde o início da vida de cada indivíduo, antes mesmo deste deter a condição de cidadão, zelando por sua formação moral e intelectual, e permitindo que se desenvolva plenamente. Sanando as falhas do sistema, atuando para que ele tenha uma vida digna, com oportunidades, e fazendo-se cumprir todos os direitos expostos no artigo 6º da Constituição Federal. Aí sim, após fazer-se cumprir todos esses direitos, é que a sociedade poderá realmente questionar a atuação de cada um.

A justiça tem de ser cega para condenar e inocentar sem se guiar pelas aparências e implacável para reprimir qualquer ameaça à harmonia social, porém para que possamos de fato condenar alguma conduta, temos antes de nos cercar de bons exemplos, e é essa exatamente a maior carência da nossa sociedade atual. Temos falta de exemplos bons para nos guiar.

Tendo que somos assolados por escândalos envolvendo todos os Poderes, crimes absurdos de nossos representantes e a impunidade em toda a parte, ficamos descrentes da justiça, nos sentindo impotentes, diferentes porém iguais. Leis belas, plenas de nos fazer iguais e melhores, que semeiam condições dignas e justas para todos, porém cheias de detalhes mínimos que as tornam absurdas e utópicas como na obra de Orwell³⁷ “Todos iguais, mas uns mais iguais que os outros”.

³⁷ George Orwell – A Revolução dos Bichos.

Justiças sociais injustas, igualdades utópicas, que jamais foram sequer tentadas. Como devem se sentir aqueles estudantes revolucionários, não os que estão por aí nos fazendo de bobos, mas sim os torturados e mortos por uma promessa de mudança. Os combatentes que protegeram e muitas vezes morreram por todo um ideal, para que os seus líderes estudantis e de seus movimentos, ditos até mesmo marxistas, maculem seus túmulos com a contemplação dessa sociedade em que vivemos. Uma sociedade cercada de mentiras e fundada em promessas absurdas de uma constituição feita perfeita de direitos sociais e que é destruída, ignorada e modificada, para pior, a cada segundo.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. V. 1, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, 4ª ed.,- São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRUNO, Aníbal e Nilo Batista. *Teoria da Lei Penal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 6. Ed. São Paulo. Atlas, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2002.
- Constituição na Visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo*, v. 2. Brasília, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997.
- CORREA, Eduardo. *Direito Criminal*, colaboração de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Almedina, 1999.
- COSTA PORTO. Walter. *O voto no Brasil*, Brasília: Senado Federal, 1989.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1987.
- FERREIRA. Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*, parte geral, Rio: Forense, 1985.
- GOMES, Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1995.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley penal, Buenos Aires: 1955.
- LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- MALUF, Sahid. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973, v.2.
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1965.
- MENEZES, Djacir. Temas Polêmicos: capítulos de sociologia política. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 7ª ed, São Paulo: Atlas, 1997.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 11. ed. São Paulo. Atlas, 2002.
- ORWELL, George. A Revolução dos Bichos.
- ROSA, Fellipe Augusto de Miranda. Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.
- SALDANHA, Nelson. Sociologia do direito. 4ª ed. Ver. E aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros , 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e José Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, 2ª ed. -São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

CRIMES EM DESTAQUE

Georgina de Freitas Fernandes é uma advogada brasileira, ex-procuradora do INSS, que ficou conhecida após ter fraudado os cofres públicos. Foi condenada em 1992 por comandar uma quadrilha que desviou 310 milhões do referido órgão (dos quais apenas 82 milhões foram reavidos). Tornou-se a mais conhecida fraudadora do Brasil. Em 1997, foi extraditada da Costa Rica, para onde havia viajado secretamente para fugir dos rigores da lei brasileira. Nesse mesmo período, após ser acusada de fraudar os cofres nacionais, submeteu-se a cirurgias plásticas.

Ficou presa em regime fechado no Instituto Penal Talavera Bruce, onde, entre outras atividades coordenava o concurso Miss Presidiária. Em janeiro de 2007 foi transferida para outro presídio também no Rio de Janeiro, onde lhe foi concedida a prerrogativa do regime semiaberto, por meio do qual poderá sair e trabalhar, retornando apenas para dormir na penitenciária. Podendo assim ter uma vida tranqüila junto aos seus milhões de reais desviados.¹

Sérgio Naya (Laranjal, 14 de abril de 1942) é um empresário e ex-político brasileiro, tendo sido deputado federal pelo estado de Minas Gerais. Ele ficou famoso depois do desabamento do edifício Palace II, no Rio de Janeiro, em 22 de fevereiro de 1998, que provocou a morte de oito pessoas. A empresa de Naya construiu o edifício e foi acusada pela Justiça brasileira de negligência pelo fato de ter usado material barato e de baixa qualidade na construção do prédio, além de comprovado erro de cálculo nas vigas de sustentação.

Depois do incidente com o Palace, Naya foi para os Estados Unidos, mas conseguiu ser localizado algum tempo depois em Miami. Sérgio Naya chegou a ficar preso por 137 dias, em duas passagens pela prisão (em 1999 e em 2004), mas em 2005 foi absolvido da acusação de causar o desabamento

Outro acontecimento bastante repercutido envolvendo Sérgio Naya foi um vídeo exibido num programa de televisão em que ele diz não querer tomar bebida em copo de plástico, alegando que seria "coisa de pobre". Isso aconteceu quando ele se encontrava em Miami, durante o Natal, depois do desabamento do Palace II, e que, divulgado pela televisão, causou revolta nos

¹ Fruto de pesquisa realizada na internet, onde foram encontrados vários artigos de jornais, revistas e blogs.

moradores do Palace II, que passavam por grandes dificuldades por estarem acomodados provisoriamente e sem nenhum conforto em um hotel.

Naya vive hoje sem trabalhar, graças à pensão de deputado federal que recebe.²

Nicolau dos Santos Neto (São Paulo, 15 de Julho de 1928) é um ex-juiz brasileiro. Ficou conhecido informalmente como "Lalau".

Começou a carreira na Justiça do Trabalho como fiscal. Na época em que esteve na Justiça do Trabalho, foram revogados vários pré-julgados que beneficiavam os trabalhadores, sob o pretexto de se facilitar a negociação do contrato de trabalho, uma das metas do governo FHC, tido por isso como neoliberal.

Passou a presidir a Comissão de Obras do Tribunal Regional do Trabalho (TRT/SP) de São Paulo, mas deixou a presidência. A construção só começa no meio do ano mas, já antes, os fiscais e auditores tinham descoberto inúmeras irregularidades, e delas logo dão conhecimento ao Tribunal de Contas da União (TCU). Sugerem a anulação da licitação, a rescisão do contrato e a devolução do dinheiro pago (35,7 milhões de reais). Mas a burocracia não permitiu a tomada das medidas que se impunham. Somente no ano seguinte o TCU concluiu pela existência das irregularidades, porém, nada disso impediu que a construção continuasse.

Através do empreiteiro Fábio Monteiro de Barros Filho, dono da construtora Incal Alumínio, Nicolau conhece o empresário Luís Estêvão, também com empresas construtoras em Brasília (Grupo OK) e um dos principais implicados na fraude da construção do TRT/SP.

Nicolau, o ex-senador Luís Estêvão e os donos da Incal foram acusados de desviar verbas gigantes dos cofres públicos. Em 1995 o Tesouro já tinha liberado cem milhões de reais, mas desta quantia só a quarta parte tinha sido devidamente aplicada. Em apenas um ano (1996) foram destinados 52 milhões de reais para a "construção" do prédio e, no entanto, nenhuma autoridade parece ter se dado conta das irregularidades. O mais absurdo nisso é que o desvio das verbas talvez nunca tivesse chamado a atenção de ninguém se Nicolau não desse tantos sinais de prosperidade ou se seu ex-genro, Marco Aurélio Gil de Oliveira, não tivesse vindo a público revelar as extravagâncias de seu ex-sogro. Além de ter comprado um soberbo apartamento em Miami, Nicolau dava gorjetas por lá de até 500 dólares e gostava de desfilar em carros esportivos de alto luxo.

² Fruto de pesquisa realizada na internet, onde foram encontrados vários artigos de jornais, revistas e blogs.

Somente em Setembro de 1998, depois que o Ministério Público descobriu a saída de algo em torno de R\$ 70 mil por dia, à sombra da construção do fórum trabalhista de São Paulo, que finalmente foram interrompidas as obras. Apesar disso, Nicolau continuou administrando o dinheiro da Comissão de Obras por mais um mês. E só então foi destituído do cargo e o MP pediu o bloqueio dos seus bens. Ao mesmo tempo o Congresso suspendeu todo e qualquer pagamento relativo às obras.

O tamanho da fraude, porém, só viria a público em 1999, quando foi criada a CPI do Judiciário. Graças a esse recurso, com a quebra do sigilo bancário dos envolvidos nas obras do fórum paulista, foi possível saber o montante do pagamento. Neste ano também o TCU leva ao Congresso o resultado da auditoria, segundo a qual foram repassados 223,9 milhões de reais para a construção do TRT/SP e desse total foram desviados 169,5 milhões de reais.

Nicolau vende por 750 mil dólares o apartamento que tinha comprado em Miami, nos Estados Unidos. O imóvel, que lhe custara 800 mil dólares, era bem o símbolo do estilo requintado do dono: três quartos espaçosos, quatro banheiros, sala de entrada, sala de estar e sala de jantar e ainda um terraço de fazer inveja a muitos milionários. O juiz preferiu desfazer-se do apartamento por um preço inferior ao da compra, provavelmente com medo de que o governo brasileiro lhe botasse as mãos.

A 1ª Vara Federal Criminal do Júri e das Execuções Penais, de São Paulo, foi quem expediu mandado de prisão preventiva contra Nicolau. Antes de receber ordem de prisão, Nicolau passou ainda duas semanas em Miami com a mulher, Maria da Glória, e quatro crianças. Hospedou-se num dos hotéis mais luxuosos (Windham Grand Bay), onde reservou três apartamentos, cada um dos quais custava 500 dólares por dia. Apesar de já ter seu rosto estampado nos jornais, revistas e televisores como criminoso, o juiz continuou a passear em carros vistosos, embora mais modestos que os anteriores. Em vez de uma Ferrari, um Lamborghini ou Porsche, que usara anteriormente, agora contenta-se com um Zebra (esportivo) e um Lincoln (clássico). Aproveitou a estada em Miami para fazer um cruzeiro até as Ilhas Bahamas, onde ficou por uma semana. Os funcionários do hotel, em que se hospedou, ficaram todos com saudades dele. Em vez de receberem modestos cinco dólares (valor médio da gorjeta dada pelas celebridades que ali se hospedavam), Nicolau os contemplou com importâncias em geral quatro vezes maiores. Dizem que na saída do generoso juiz havia fila de camareiras e carregadores para se despedir dele.

Desde 2000, a vida do ex-juiz tem sido de idas e vindas à carceragem da Polícia Federal, onde, após a obtenção de habeas-corpus por seus advogados, consegue voltar à sua residência, no bairro do Morumbi, em São Paulo, onde permanece em prisão domiciliar. A idade avançada e a saúde frágil, segundo seus advogados, são fatores que o credenciam a ter o benefício de cumprir a pena em casa.

No final de janeiro de 2007, o ex-juiz mais uma vez teve que se apresentar à Polícia Federal e, na iminência de ser preso numa penitenciária comum, conseguiu um habeas corpus, voltando assim ao conforto de sua residência e à sua vida de milionário esbanjador.³

Roberto Aparecido Alves Cardoso, conhecido como Champinha, (Embu-Guaçu, 9 de dezembro de 1986) é o criminoso que em 2003, aos dezesseis anos de idade, assassinou a tiros e facadas o casal de estudantes Liana Friedenbach e Felipe Caffé, depois de estuprar e permitir que outros estupassem Liana.

Pobre e filho de pai alcoólatra, Champinha estudou apenas até a terceira série do ensino básico. Durante boa parte da infância e da adolescência, passava o dia ajudando a mãe na lavoura. Quando as convulsões que começou a ter aos 14 anos agravaram-se, principalmente pela falta de medicamentos, resolveu sair de casa. Passou então a viver largado pelas ruas, pedindo dinheiro nos semáforos da cidade e prestando serviços a quadrilhas que atuavam em desmanches de carros roubados.

Aos 14 anos, matou a tiros e facadas um caseiro, conhecido como Bin Laden, em uma discussão fútil pela posse de uma galinha, mas este fato permaneceu ignorado até a morte de Liana e Felipe.

Sempre com um facão na cintura, impunha-se na região pelo medo que transmitia aos vizinhos. Assaltava e não ficava satisfeito em levar carteiras, bolsas e relógios. Aterrorizava suas vítimas fazendo roleta russa. Chegou a cortar parte do dedo de um comerciante que recusou-se a entregar o dinheiro do caixa durante um assalto.

Em novembro de 2003, Champinha e Paulo César da Silva Marques, o Pernambuco, seguiram para pescar na região quando viram o casal Liana Friedenbach (16), e Felipe Silva Caffé (19) que, sem o conhecimento de suas famílias, acampavam no local. Teve então a idéia de roubar os estudantes. Com a ajuda de comparsas, manteve o casal em cárcere privado, quando

³ Fruto de pesquisa realizada na internet, onde foram encontrados vários artigos de jornais, revistas e blogs.

estuprou e permitiu que estupassem Liana. Também a torturou, arrancando seus mamilos a dentadas e enfiando uma faca em seu ânus. A seguir, matou Felipe com um tiro na nuca e, na madrugada do dia 5 de novembro, levou Liana até um matagal, onde tentou degolá-la. Depois golpeou a cabeça da estudante com uma peixeira. Quando caiu no chão, já morta, o adolescente ainda desferiu diversos golpes em suas costas e tórax. Para concluir o sádico ritual, violou sexualmente o corpo de sua vítima.

Os corpos foram encontrados no dia 10 de novembro. Champinha e seus comparsas – Pernambuco, Antônio Caetano, Antônio Matias e Agnaldo Pires – foram presos dias depois. Champinha, por ser menor de idade, foi encaminhado para uma unidade da Febem, em São Paulo. Ao final das investigações, a polícia concluiu que Pernambuco não teve participação no crime.

Champinha permaneceu internado na Febem até dezembro de 2006 pois, ao completar 21 anos, não poderia permanecer em local de internação de menores, segundo a lei brasileira.

Enquanto esteve internado, Champinha transitou constantemente entre diversas unidades da Febem. O rodízio teve o propósito de preservar a vida do criminoso. Desde o incidente na cidade de Embu-Guaçu, ele foi jurado de morte pelos próprios internos da instituição. As sistemáticas mudanças de uma unidade para outra o tornavam um novato onde chegasse. Levava sempre algum tempo até que os internos descobrissem quem ele era e o que tinha feito. Sua última internação foi na unidade Raposo Tavares, onde encontram-se os infratores de maior periculosidade.

Ao final do período de internação, esteve a ponto de ser posto em liberdade, tanto que sua família preparou uma casa no interior de Minas Gerais para recebê-lo - afinal, estava jurado de morte também em Embu-Guaçu, onde morava.

Um laudo elaborado por psiquiatras da Febem chegou a afirmar que seu comportamento era exemplar. Os peritos disseram que ele era um dos melhores alunos nas aulas de artesanato; apresentava avanços nas aulas de matemática e, sendo rapaz educado, nunca se meteu em confusões. Concluíram que apresentava apenas um retardamento mental moderado e que foi coagido a cometer os assassinatos.

Dias depois de apresentado o laudo, o próprio Champinha demonstrou o equívoco nas conclusões: Uma educadora da Febem se distraiu no meio do pátio e ele passou a mão em sua

genitália. Indignada, ela o esbofeteou. Champinha tentou revidar, mas foi contido por monitores. Até outros internos desaprovaram publicamente a atitude do companheiro.

O juiz da Vara da Infância e da Juventude não aceitou o laudo da Febem e determinou que outro fosse feito por psiquiatras forenses do Instituto Médico-Legal. Este laudo chegou a uma conclusão bem diferenciada do primeiro.

De acordo com os especialistas do IML, Champinha revela uma personalidade imatura e egoísta. Suas vontades estão acima de tudo e de todos, não aceita esperar nada; quer todas as gratificações e satisfações do desejo imediatamente. Age por impulso. Não se importa com as conseqüências de seus atos. "É pessoa que, pelo distanciamento afetivo e emocional que toma frente ao mundo e principalmente frente aos demais, atua de forma arrogantemente impositiva quando lhe convém, e até simbiótica, juntando forças e atos irracionais para obter o que deseja, sem dilema e sem culpa", conclui o laudo.

É também dissimulado. Durante a avaliação psicológica e psiquiátrica, foram mostradas fotografias dos corpos de suas vítimas. Liana estava toda machucada. Champinha virou a cara: "Não quero ver. Não gosto de ver mortos". E fingiu chorar por um tempo. Segundo o parecer dos peritos tratavam-se de lágrimas falsas.

Quando este laudo foi publicado, os psiquiatras da Febem tentaram justificar o laudo anterior, alegando que ignoravam crimes cometidos por Champinha anteriormente ao assassinado de Liana e Filipe, e o fato de ter sido provada inocência de 'Pernambuco', antes apontado como a pessoa que havia coagido o menor a praticar os crimes.

Ao acatar as conclusões do laudo do IML, o juiz ordenou a internação de Champinha, por tempo indeterminado, na clínica psiquiátrica do Hospital de Tratamento e Custódia, na cidade de São Paulo. Com sorte, em pouco tempo, estará livre para continuar o ciclo de desventuras do adolescente, agora adulto, vítima da marginalidade.⁴

⁴ Fruto de pesquisa realizada na internet, onde foram encontrados vários artigos de jornais, revistas e blogs.