



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM FACE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Orientador: Ms. Georges Seigneur

Aluna: Lívia Teobaldo da Silveira

RA: 2052391/9

Brasília-DF, outubro de 2012

LÍVIA TEOBALDO DA SILVEIRA

A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM FACE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do UniCEUB como exigência parcial para obtenção do grau de título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Ms. Georges Carlos
Fredderico Moreira Seigneur**

Brasília-DF, outubro de 2012

LÍVIA TEOBALDO DA SILVEIRA

PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM FACE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do UniCEUB como exigência parcial para obtenção do grau de título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Ms. Georges Carlos
Fredderico Moreira Seigneur**

Brasília, outubro de 2012

Banca Examinadora:

Professor Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

**Dedico a todos que sonharam, sonham,
lutaram e lutam pela igualdade.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e irmão, minhas três corujas. Vocês ensinaram-me que mesmo no limbo um feixe de luz brilha como esperança de um recomeço.

Ao meu orientador, Georges Carlos Frederico Moreira Seigneur, o senhor tornou-se não apenas um exemplo de profissionalismo, acima de tudo, exemplo de humildade.

Ao professor Ivan Claudio Pereira Borges, pelo elogio tardio e certo, pelas orientações quanto ao projeto e pelas palavras amigas.

Aos demais mestres da Faculdade de Direito, especialmente os professores Raul Livino, Ricardo Rossi, Einstein Taquary e Cristina Zackseski. Estes ensinaram que aprender não é apenas em sala de aula e sim muito além dela.

Aos orientadores do NAJ/UniCEUB, Thiago Calil e Fabiana Borges, a paixão pelo Direito na prática foi acima de qualquer expectativa.

Aqueles cujo companheirismo levarei para a vida inteira; colegas de sala; amigos alheios ao UniCEUB,; colegas de profissão; afetos e desafetos.

Por último e não menos importante, a Deus, por manter-me consciente e protegida, mesmo no mais inóspito deserto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, 9

1. A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, 11

1.1 ORIGEM DO FORO PRIVILEGIADO, 11

1.2 CONCEITO DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, 15

1.3 A COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA, 19

1.3.1 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 20

1.3.2 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 21

1.3.3 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS, 22

1.3.4 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS, 22

1.3.5 AS PRERROGATIVAS QUANTO AO PROCESSO, 23

1.4 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA EM OUTRAS NAÇÕES, 24

2. O PRINCÍPIO ISONÔMICO, 26

2.1 CONCEPÇÕES HISTÓRICAS DA IGUALDADE, 26

2.2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS, 29

2.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE, 30

2.3.1 SENTIDO MATERIAL DA IGUALDADE, 31

2.3.2 SENTIDO FORMAL DA IGUALDADE, 33

2.3.3 A COMPATIBILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, 25

2.4 A SOCIOLOGIA JURÍDICA NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE, 38

2.4.1 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL, 39

3. A (DES)IGUALDADE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, 42

3.1 A (DES)IGUALDADE NO SENTIDO JURÍDICO, 42

3.2 A (DES)IGUALDADE NO SENTIDO SOCIOLÓGICO, 45

3.3 AS CONDENAÇÕES DOS MEMBROS COM PRERROGATIVA DE
FORO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 49

4. CONCLUSÃO, 51

BIBLIOGRAFIA, 52

**“Colham, enquanto podem, os seus botões
de rosa. A velhice vem voando e esta flor,
hoje viçosa, amanhã estará murchando.”**

Do filme: Sociedade dos Poetas Mortos

RESUMO

Os privilégios quanto ao foro por prerrogativa de função são justificados pela proteção aos atos de ofício dos seus respectivos detentores.

O princípio da igualdade é o anseio de maior procura e proteção em qualquer que seja o ordenamento jurídico. De forma que a complexidade no seu alcance atinge a preocupação de diversos doutrinadores.

Para aferir se a norma que escolhe um fator de discriminação é compatível com a igualdade há de ser analisado a escolha desse objeto. Caso não faz-se condizente a norma é desigual.

A igualdade material e formal não é compatível com a prerrogativa de função para julgamentos dos crimes comuns.

O modelo brasileiro de privilégios aos detentores de foro privilegiado pode fomentar a corrupção.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa acadêmica trata-se de estudo acerca do foro privilegiado por indivíduos detentores de função política estatal, autoridades investidas pelo poder democrático que necessitam de proteção política para o exercício de suas atividades.

O tema é diversamente abrangido na sabedoria popular bem como na mídia. Especialmente nos tempos atuais pelo julgamento da Ação Penal nº 470, popularmente conhecido como “Mensalão”, em julgamento no Supremo Tribunal Federal. Nesse processo integrantes do alto escalonamento do governo Luiz Inácio Lula da Silva são acusados de compra de votos parlamentares em troca de aprovação dos projetos de lei enviados à Câmara dos Deputados. O “esquema” foi denunciado na mídia por um dos parlamentares envolvidos, deputado Roberto Jefferson então presidente do Partido Trabalhista Brasileiro. Segundo o deputado o então Ministro da Casa Civil, José Dirceu, era o “maestro” de toda a ação corrupta.

Diante deste contexto faz-se oportunidade discutir o que é a prerrogativa de função, onde insere-se, sua real necessidade e suas consequências, jurídicas, sócias e políticas. Para tantas indagações é necessário descobrir onde encontra-se as diferenças e onde há igualdade de condições entre altas autoridades políticas e indivíduos comuns.

O problema de pesquisa que pretende-se responder é: O Princípio da Igualdade é prejudicado em face dos excessos de Prerrogativas de Função no Estado Democrático Brasileiro?

Para premissas oriundas do cenário do problema de pesquisa parte-se da maior `a menor:

- 1) A prerrogativa de função está consonância com o princípio constitucional da igualdade?
- 2) A Prerrogativa de Função atrasa a prestação jurisdicional?
- 3) A Prerrogativa de Função é útil ou defasada na conjuntura global?

As letras de doutrinadores do direito constitucional, direito processual penal, filosofia, sociologia jurídica e criminologia crítica foram escolhidas para responder as questões por esse estudo levantadas.

O marco inicial é a dissertação de mestrado de GEORGES SEIGNEUR. Obra que delineou a prerrogativa brasileira, suas origens, sua evolução histórica nas cartas constitucionais, finalizando com um estudo comparado entre outras nações, concluindo os excessos e consequências do modelo nacional. Esta dissertação, em conjunto outros doutrinadores, resulta na definição, alcance e justificativa do foro privilegiado.

No tocante ao princípio da igualdade a obra clássica de MANUEL BANDEIRA DE MELLO é o caminho raiz. Aqui é discutido o que é o princípio da igualdade, onde é aplicado, em quais situações pode-se suprimi-lo. As definições de princípio da igualdade, tanto formal como material, e os critérios de escolha dos fatores de discriminação serão utilizados de forma análoga aplicado ao tema da pesquisa.

Identificado o resultado do confronto entre a prerrogativa de função e o princípio da igualdade a sociologia jurídica de ALESSANDRO BARATTA endossa a conclusão.

A tipologia da pesquisa resta bibliográfica, contudo a discussão acerca do tema é pontual. Não há na doutrina preocupação em difundir o problema escolhido de forma abrangente, por esse motivo a analogia é a grande aliada.

O motivo principal da pesquisa foi a sede de igualdade. Desde o início do curso de Ciências Jurídicas prometi que sairia da faculdade melhor do que entrei. Durante o curso identifiquei diversos colegas que alimentavam-se de códigos e leis sem saber o espírito de cada uma delas. O início do meu curso foi exatamente o auge do escândalo midiático da “CPI do mensalão”. Neste momento que comecei a indagar os privilégios das autoridades políticas. Durante o curso, precisamente nas aulas de processo penal do Georges Seigneur, nasceu a oportunidade de discutir o tema de forma acadêmica. Espero que o presente trabalho ajude a criar uma vontade de indagar o direito de autoridades e não mais aceitar, tacitamente, seu controle sobre nossas vidas.

1. A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Cada indivíduo fez um pacto com a sociedade. Nesse contrato social cada indivíduo abre mão de uma pequena parcela de sua liberdade para que unidos as chances de sobrevivência sejam maiores¹. Nasce o Estado. Para que o Estado intervenha em nossas vidas é necessário que sua atividade faça-se em formas de lei. A dificuldade é descobrir até que ponto a lei pode ser uma proteção necessária a `a atividade estatal ou uma tirania.²

1.1 ORIGENS DO FORO PRIVILEGIADO

O instituto jurídico denominado prerrogativa de função entende-se como a garantia constitucional de determinados cargos públicos ao foro especial e abstrato para julgamento de possíveis infrações penais e de responsabilidade cometidas pelos seus detentores.

O foro privilegiado tem origens no fim do Império Romano, em meados do sex V. Os Senadores eram imbuídos da prerrogativa de julgamento por seus iguais³.

A partir do século XII os reis e fidalgos, que exerciam funções públicas, tentam afastar os julgamentos criminais, a eles imputados, da crescente influência da Igreja Católica. Nasce assim o foro privilegiado em função da pessoa.⁴

Em Portugal a legislação já promulgava o Rei como soberano e inviolável. Sua principal atribuição era a realização da justiça, abarcando a legislação bem como o julgamento criminal de pessoas privilegiadas (o clero, os

¹ ROSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. 4ª edição. Editora Nova Cultural. São Paulo, 1987.

² “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.” BUENO, Pimenta. *Direito público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857, p 424.

³ SEIGNEUR, Georges Carlos Fredderico Moreira. *Responsabilidade Político Criminal: Um estudo Comparado da Prerrogativa de Foro `a luz da Constituição de 1988*. Dissertação para obtenção de Mestrado da Universidade de Brasília. Brasília, 2005. p. 8.

⁴ Idem, ibidem, p. 15.

cavaleiros, os fidalgos, os juízes, os nobres, etc). Não é de estranhar que a atribuição dada ao Rei demanda grande volume de tempo. Por esse motivo D. Afonso II começa a distribuir o julgamento de detentores de prerrogativa aos juízes de maior prestígio, os sobrejuízes, a instruir e até julgar menores processos⁵.

A primeira carta constitucional do Brasil, em 1824, confirma a tradição portuguesa da inviolabilidade da figura do Imperador, contexto também em consonância com a Constituição Espanhola de Cádiz (1812)⁶. A primeira norma infraconstitucional brasileira foi promulgada em 15 de outubro de 1827. Essa lei discorre sobre a responsabilidade civil e criminal dos Ministros, Conselheiros do Estado, Deputados, Senadores, e membros da família imperial. Ainda nesta lei há definições quanto processo de acusação, desde a denuncia na Câmara dos Deputados, a instrução e o julgamento pelo Senado⁷. Importante ressaltar que os Deputados detinham o privilégio de foro apenas enquanto vigorasse a legislatura, diferentemente dos Senadores⁸. Ao Superior Tribunal de Justiça competia o julgamento de erros de ofício cometidos por desembargadores, diplomatas, bispos, arcebispos, e presidentes de províncias⁹.

Na conjuntura da Constituição de 1891 há diferenças entre o julgamento de crimes de responsabilidade e os crimes comuns. Ao Senado competia o julgamento de crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Chefes de Estado e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ao Supremo Tribunal Federal compete o julgamento dos crimes comuns praticados pelo Presidente da República, os Ministros de Estado e os Ministros Diplomáticos. A evolução é observada onde o chefe maior do Estado não é mais inviolável, respondendo por seus atos, quer seja de responsabilidade, quer seja criminais¹⁰.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1934, mantem-se a diferença entre crime de responsabilidade e crimes comuns. Os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Ministros da Corte Suprema seria julgado por um Tribunal Especial, composto por 9

⁵ Idem, ibidem, p. 15.

⁶ Idem, ibidem, p. 20.

⁷ Idem, ibidem, p. 25/27.

⁸ Idem, ibidem, p. 27.

⁹ Idem, ibidem, p. 29.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 32/37.

juízes (3 senadores, 3 deputados e 3 ministros do Supremo Tribunal). Já os crimes comuns do Presidente da República, dos Ministros da Corte Suprema eram julgados por esta ¹¹. Outras funções públicas também foram agraciadas com a competência da Corte Suprema como o Procurador Geral da República, os juízes federais, os juízes dos tribunais de apelação dos estados e do Distrito Federal e os Ministros dos Tribunais de Contas, nos crimes de responsabilidade¹².

Com a Constituição de 1937 a Corte Suprema volta a chamar-se Supremo Tribunal Federal. O Senado Federal passa a chamar-se Conselho Federal, competente para julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, os crimes comuns e de responsabilidade dos Ministros de Estado e dos Ministros do supremo Tribunal¹³. Aos crimes comuns do Presidente da República não consagrou-se o julgamento pela Corte Suprema. Durante a vigência do mandato o Presidente não poderia ser julgado ou processado¹⁴. A competência para julgar os crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado, do Procurador geral da República, dos Desembargadores Estaduais e dos Ministros Diplomáticos passa também acerca dos crimes comuns. Lembrando ainda que neste período o Congresso fora dissolvido estrategicamente, portanto não havia foro competente para julgamento dos crimes de reponsabilidade do Presidente da República, e seus crimes comuns jamais seriam apurados durante a vigência do mandato. Isso significa que o Presidente da República gozava de total privilégio acerca de responsabilidade na esferas civil, administrativa ou penal¹⁵.

Em 1946 a Constituição retoma o então dissolvido Congresso Nacional. O Senado é competente para julgamento dor crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal e do Procurador Geral da República, bem como os Ministros de Estado em crimes conexos com o do Presidente da República¹⁶. Os crimes comuns do Presidente da República voltam ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, assim como os crimes comuns de seus Ministros e do Procurador Geral da República. Os Ministros de Estado, os Juízes dos Tribunais Superiores, dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos

¹¹ Idem, ibidem, p. 42/44.

¹² Idem, ibidem, p. 45.

¹³ Idem, ibidem, p. 47.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 48.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 48/49.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 50.

Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, dos Ministros do Tribunal de Contas e dos Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente têm seus crimes comuns e de responsabilidade também apurados pela Suprema Corte¹⁷. Os juízes comuns seguiu-se a competência das constituições anteriores para julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade, ou seja, o Tribunal Estadual¹⁸.

A Constituição de 1967 é marcada pela tomada da ditadura militar no Brasil. A alta cúpula de comando estatal era dominada pelos militares, contudo os Estados não. Por esse motivo o Ato Institucional nº 2 promulgou a competência de julgamento dos crimes contra a segurança nacional praticados por civil, inclusive Governadores e seus Secretários, o julgamento pelo Superior Tribunal Militar. O Presidente da República poderia suspender os privilégios de foro de qualquer um de seus detentores. O Senado era responsável pelo julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, e o Supremo Tribunal os crimes comuns. A competência da Suprema corte aumentou quanto ao julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade dos juízes federais, dos juízes do trabalho, dos Ministros dos Tribunais e Contas Estaduais e Municipais¹⁹. Em 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 1, inovando no foro privilegiado dos Deputados, Senadores e do Vice-Presidente, em crimes comuns para julgamento do Supremo Tribunal Federal. A Câmara dos Deputados seguia acusando os crimes do Presidente da República conforme as constituições anteriores, contudo inova na possibilidade desta casa poder acusar também os Ministros de Estado²⁰.

Pela evolução do instituto da prerrogativa de função observa-se que o modelo da atual Carta Magna de 1988 conserva poderes de inviolabilidade ao chefe do executivo da mesma forma que a Carta de 1937, quando o Presidente Getúlio Vargas preparava o ordenamento jurídico de tal sorte que garantisse a legitimidade do golpe de estado por ele concretizado. Para tanto, era necessário que o então Presidente da República tivesse controle sobre todo o Estado, não sendo responsabilizado pelo Congresso, já dissolvido, nem pelo ordenamento jurídico. Na prática este modelo deu prerrogativas similares ao poder moderador da primeira carta constitucional de 1824.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 51.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 53.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 59.

²⁰ Idem, ibidem, p. 51.

1.2 CONCEITO DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Antes de delinear o conceito de prerrogativa de função é necessário saber quais são seus elementos. Em primeiro lugar há a função pública investida pelo Estado. Após há o ato ilícito entendido como crime de responsabilidade ou crime comum²¹. Como último elemento temos a competência de foro em razão da proteção do cargo investido com o poder do Estado.

Na obra de PACELLI o conceito de prerrogativa de função apresenta-se como “relevância de determinado cargos ou funções públicas” justificado nas “graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais”²².

Quanto o alcance dos seus efeitos, importante salientar que a prerrogativa de função não comporta estender o foro privilegiado aos suplentes, ou seja, apenas os titulares da função gozam desta benesse.²³

MARIA LÚCIA KARAM em sua obra “Competência no Processo Penal” ensina que a prerrogativa de função, na verdade, trata-se de proteção estatal ao cargo público, por consequência, aos seus ocupantes enquanto investido daquele. Entende-se portanto que a função do foro privilegiado faz-se em razão ao cargo e nunca a pessoa detentora deste. Assim veremos:

Diante da necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos, a Constituição Federal estabelece a competência originária dos tribunais em processos onde figurem como partes ocupantes daqueles cargos, assim definindo a competência por prerrogativa de função, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado.²⁴

²¹ “Crime comum é o fato típico, anti-jurídico, culpável cometido por qualquer indivíduo por meio de ação ou omissão. Crime de responsabilidade encontra-se inserido nas infrações político-administrativas conduzidas por detentor de cargo público.” JESUS, Damásio. *Direito Penal – Parte Geral*. 31ª edição. São Paulo. Saraiva 2010.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 14ª ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 207.

²³ DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência por Prerrogativa de Função. Desenho Constitucional e Hermenêutica Jurisprudencial. Limites e Possibilidades no Tempo e no Espaço*. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos da Faculdade de Direito de Barueri – nº 42 jan/abril 2005. p. 160.

²⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

Ensina GILMAR MENDES que a prerrogativa de foro não se faz em suspeição do juiz de primeira instância, trata-se de “assegurar a absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções públicas²⁵”. Já que seria fácil um político usar de sua influência para manipular provas atinentes ao processo tramitando em sua comarca de eleição.

Por criar-se um tribunal específico para processar e julgar um detentor de prerrogativas o primeiro impulso é confrontar a garantia de foro especial ao juízo de exceção, ferindo assim o princípio do juiz natural.

A Constituição Federal de 1988 proíbe, categoricamente, os juízos e tribunais de exceção²⁶. Contudo entende-se afastada a inconstitucionalidade da prerrogativa de função. O espírito do dispositivo constitucional é vedar a agressão ao princípio da legalidade. Aos tribunais e juízos de exceção observa-se a competência de julgamento por leis criadas posteriores a conduta tipificada. Já nos olhos da prerrogativa de função a proteção é criada de forma abstrata, anterior a conduta delitiva, e impessoal, não protegendo indivíduo específico e sim o Estado Soberano que rege os atos funcionais de seus investidos. No entender de GILMAR MENDES “a prerrogativa de função não se afigura atentatória ao princípio do juiz natural. Trata-se de providência absolutamente compatível com esse postulado.²⁷”

Neste mesmo sentido ROBERTO DEMO:

“Daí que a dignidade desses cargos públicos impõe a competência originária dos tribunais, enquanto uma das facetas da garantia da independência funcional mesma de seus titulares. Trata-se de uma garantia bilateral, por isso que o tribunal se mostra menos infenso a influência deles bem assim contra eles, mas juridicamente limitada para os processos penais em que os detentores desse cargo figurem como réus, não como autores. Trata-se de competência *ratione personae*.²⁸”

²⁵ Apud em ZILVETI, Fernando Aurélio & LOPES, Sílvia (org). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Instituto Pimenta Bueno. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2004. Artigo de MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar improbidade administrativa*. p. 195.

²⁶ Artigo 5º inciso XXXVII. Constituição Federal de 1988.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição revisada e atualizada, editora Saraiva, São Paulo, 2011. p.526.

²⁸ DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência por Prerrogativa de Função. Desenho Constitucional e Hermenêutica Jurisprudencial. Limites e Possibilidades no Tempo e no Espaço*. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos da Faculdade de Direito de Barueri – nº 42 jan/abril 2005. p 160.

Acompanha-se o entendimento dos ensinamentos de JOSÉ FREDERICO MARQUES:

O que veda esse dispositivo constitucional é for estabelecido em atenção à pessoa em si (como nos casos dos foros pessoais, *-rectius*, profissionais). Aqueles instaurados em razão da relevância de função se acham em perfeitamente legitimados, mesmo porque evitam certa subversão hierárquica, como, por exemplo, o julgamento de um magistrado de grau superior, perante um juiz inferior.²⁹

Em 2002 o Ministro Sepúlveda Pertence esclarece o motivo de tal confusão de privilégio e prerrogativa;

A prerrogativa de foro não se confunde com privilégio como tem assealhado certas doutrinas. Essas críticas assentava-se, em parte, no modelo constitucional anterior a Emenda Constitucional nº 35/2001, que impedia o curso do processo contra parlamentares sem a devida licença. Após o advento da referida alteração constitucional, os processos contra parlamentares passaram a ter tramitação regular – inclusive os anteriormente pendentes -, ficando a sua eventual suspensão condicionada a uma manifestação da Casa Legislativa a que pertence o parlamentar.³⁰

Observamos as seguintes situações hipotéticas:

1) O Presidente da República acordou, tomou um banho, alimentou-se de um belo café da manhã, deu um beijo nos filhos, sacou uma arma e, de forma livre e consciente, disparou 5 tiros no seu segurança pessoal, levando-o a óbito instantaneamente.

2) O traficante mais conhecido da periferia acordou, tomou um banho, alimentou-se de um belo café da manhã, deu um beijo nos filhos, sacou uma arma e, de forma livre e consciente, disparou 5 tiros no seu segurança pessoal, levando-o a óbito instantaneamente.

Nos dois delitos há o mesmo tipo penal, homicídio. Os dois delitos são motivados pela esfera íntima do agente, matar alguém. O traficante responderá ao processo legal assim que o Estado tenha conhecimento do crime. O Presidente da República não, pois o crime comum deste detentor de cargo público não poderá

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Da Competência em matéria Penal*. 1ª Ed atualizada. Campinas-SP. Editora Millennium, 2000, p. 75.

³⁰ Relato sobre o julgamento da Questão de Ordem nº 1.556/AC, Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJ em 22/03/2002. *Apud* em MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição revisada e atualizada, editora Saraiva, São Paulo, 2011. p.525.

ser processado enquanto a pessoa que cometeu o crime for investida de cargo público. Assim: “em relação aos crimes não funcionais cometidos pelo Presidente da República, a persecução penal fica diferida por determinação constitucional ao término do mandato (artigo 86, § 4º, Constituição Federal)”³¹.

Verifica-se, portanto, que nas infrações comuns a todos e qualquer cidadão, mesmo que em sua esfera privada, os detentores de Prerrogativa de Função são agraciados com um processo legal diferenciado em seu objeto. Se o Presidente da República matar seu segurança particular, agindo de forma livre e consciente, não responderá pelo crime da mesma forma que um traficante que mata seu segurança pessoal.

Nos entendimentos dos Ministros do Supremo³² se não há privilégio aos Congressistas pois a prerrogativa de função a eles conferida não sobrepõe o impulso processual, roga-se entender que ao Presidente da República trata-se de privilégio e não apenas prerrogativa simples como aqueles Ministros definiram.

No tocante aos crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República no exercício de sua função, ou em razão dela, é necessário um procedimento diferenciado. Primeiro um juízo de admissibilidade por força de autorização de 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados para instaurar o processo. Após, segue-se o julgamento feito pelo Senado Federal³³, encontra-se aqui uma função atípica do Poder Legislativo, onde transmuta-se legislador a julgador.

³¹ DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência por Prerrogativa de Função. Desenho Constitucional e Hermenêutica Jurisprudencial. Limites e Possibilidades no Tempo e no Espaço*. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos da Faculdade de Direito de Barueri – nº 42 jan/abril 2005. p. 164.

³² Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Cezar Peluso. Relato sobre o julgamento da Questão de Ordem nº 1.556/AC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ em 22/03/2002 & Inquérito nº 1.326/RO Relator Min. Cezar Peluso, DJ em 03/02/2006. *Apud* em MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição revisada e atualizada, editora Saraiva, São Paulo, 2011. p.525.

³³ Artigo 86 *caput* da Constituição Federal de 1988.

1.3 A COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA

Em regra geral³⁴, a competência para processar ação penal é firmada pelo critério de jurisdição do local da infração, podendo também fixar-se por prevenção, conexão ou continência.

Há competências firmadas pela natureza do delito, exemplos dos crimes contra a vida e dos crimes de menos potencial ofensivo.

Contudo, a prerrogativa de função é competência firmada em razão da pessoa detentora de função pública relevante. Nos dizeres de Hely Lopes Meireles:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais, os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.³⁵

Numa visão exclusivamente gramatical, a razão para proteger o cargo e não seu detentor faz com que o foro privilegiado seja erroneamente denominado, para ROBERTO DEMO “não se trata de foro privilegiado, mas de foro diferenciado em razão do cargo, por isso que não viola os princípios da isonomia e do juiz natural”³⁶.

Recomenda-se, portanto, cautela ao classificar competência em razão da “pessoa”. Na verdade a competência não fixa-se em função da pessoa e

³⁴ Artigo 69 do Código de Processo Penal Brasileiro.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2004. pg. 77.

³⁶ DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência por Prerrogativa de Função. Desenho Constitucional e Hermenêutica Jurisprudencial. Limites e Possibilidades no Tempo e no Espaço*. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos da Faculdade de Direito de Barueri – nº 42 jan/abril 2005. p 160. Entende-se pelo estudo que o autor defende a harmonia do princípio isonômico com o atual modelo de prerrogativa de função. Para tanto desloca-se o núcleo do estudo exclusivamente para fixação de competência e não o espírito contido nas razões e nos efeitos práticos de tal competência. Importante se faz esta conclusão por ir de encontro `as hipóteses nessa pesquisa levantadas.

sim da investidura de função pública, ou seja a pessoa do agente público como ente estatal e não a pessoa física do agentes. Por consequência a validade da competência vai ao encontro a efetividade do cargo público ocupado, cessando-se ao mesmo tempo que este.

Como matéria exclusivamente constitucional, será na carta magna de 1988 que definirá a competência de processar e julgar os agentes públicos agraciados com a prerrogativa de função. A determinação desta competência firma-se pelos artigos 102, 105 e 108 como veremos `a frente.

1.3.1 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição Federal de 1988 reservou a competência originária fixada pelo artigo 102.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

A atual carta magna não trouxe significativa mudanças de foro privilegiado da Suprema Corte, conservando as prerrogativas de sua antecessora, carta constitucional do período militar.

Lembrando-se que a Emenda Constitucional nº 35/2001 diminuiu a imunidade dos congressistas ao retirar a necessidade de aprovação, da Casa Legislativa respectiva ao agente público infrator, para o início da persecução penal.

Quanto aos crimes de responsabilidade do Presidente da República e do Vice- Presidente, até mesmo cometidos por Ministros de Estado e comandantes das Forças Armadas conexos com os chefes do executivos federal, o processo depende de autorização da Câmara dos Deputados e será instaurado e julgado pelo Senado Federal³⁷.

1.3.2 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça foi criado na atual carta constitucional de 1988, para substituir o Tribunal Federal de Recursos, esse instaurado pelo ordenamento do Estado Novo do Presidente Getúlio Vargas. O artigo 105 da Constituição traz a competência de seu foro privilegiado.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

Encontra-se aqui a inovação. Parte dos detentores de privilégio de foro da carta magna anterior serão julgados por este tribunal, diminuindo a demanda da Suprema Corte. Grande inovação é o foro privilegiado dos membros do Ministério Público, órgão estatal essencial ao Poder Judiciário, também criado pela atual constituinte.

³⁷ Artigo 86 *caput* da Constituição Federal de 1988.

Como anteriormente visto, os crimes de responsabilidade cometidos por Ministros de Estado e comandantes das Forças Armadas serão processados e julgados pelo Senado Federal, desde que conexos aos chefes do executivo federal. O processo e julgamento de crimes sem a referida conexão dar-se-á perante a Corte Suprema.

1.3.3 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Aos Tribunais Regionais Federais a Constituição de 1988 reserva a competência do seu foro privilegiado conforme o artigo 108.

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juizes federais da região;
- c) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- d) os "habeas-corpus", quando a autoridade coatora for juiz federal;

Os promotores de justiça do Distrito Federal são membros do Ministério Público da União. Portanto os crimes comuns e de responsabilidade praticados por esse detentores recai na competência da Justiça Federal. O mesmo não ocorre com os juizes de primeira instância desta unidade da federação. Afinal a competência para julgamento dos juizes de primeira instância é consagrada em outro dispositivo constitucional visto a seguir.

1.3.4 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS

A Constituição de 1988 consagrou no seu artigo 96 inciso III a competência de julgamento dos membros do poder judiciário e dos membros do Ministérios Público.

Os prefeitos, deputados estaduais, deputados distritais e vereadores confirmam a competência de julgar e processar do Tribunal de Justiça Estadual, ressalvado os casos de crimes eleitorais. Assim descreve o conteúdo da súmula 702 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a competência é da Justiça Comum Estadual, ressalvando-se os crimes de competência da justiça eleitoral.

1.3.5 AS PRERROGATIVAS QUANTO AO PROCESSO

ROBERTO DEMO alerta a outras peculiaridades acerca da prerrogativa de função:

Se em um inquérito para apurar qualquer que seja o crime comum, um depoente menciona alguma autoridade detentora de prerrogativa de função, sendo que essa autoridade sequer foi indiciada, nem chamada à depor, o inquérito continua no juízo de primeira instância, sem que isso caracterize usurpação da competência do tribunal onde a autoridade tem foro privilegiado.

Para o crime cometido antes da investidura do cargo, aplica-se a prerrogativa de função, tendo em vista a proteção atual do cargo. Se já iniciada a ação penal, os autores devem ser remetidos ao tribunal, sem prejuízo dos atos já praticados. Terminado o exercício do mandato, acaba o foro privilegiado.

Crimes cometidos durante o exercício do cargo há prerrogativa de função relativa aos atos administrativos, prevalece ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do mandato.

Membro do Ministério Público exercendo mandato de Senador da República, a competência entre TJ e STF resolve e favor do STF.

De efeito, sendo crime doloso contra a vida praticado por quem detém prerrogativa de função, está prevalece sobre a competência do júri, desde que ambas as competências ensejam na constituição. Se a prerrogativa de função advém de constituição estadual a competência do júri é constitucional, portanto sobressalta.³⁸

³⁸ DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência por Prerrogativa de Função. Desenho Constitucional e Hermenêutica Jurisprudencial. Limites e Possibilidades no Tempo e no Espaço*. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos da Faculdade de Direito de Barueri – nº 42 jan/abril 2005.

Portanto importante é ressaltar que a competência do tribunal do júri é sobressaltada a competência do foro privilegiado. Exceto se o detentor da prerrogativa for o Presidente da República³⁹.

Uma questão que merece especial atenção é a competência firmada nos casos de processo por improbidade administrativa.

A lei 8.429/92 prevê que as ações de improbidade administrativas são de natureza civil, contudo a polêmica é instaurada quando trata-se das sanções aplicáveis ao caso concreto.

Por força da lei de improbidade administrativa a competência para julgar e processar é da justiça comum. Mesmo os casos de detentores de prerrogativa de foro. Ocorre que neste contexto há possibilidade de um agente público detentor de prerrogativa de foro ter declarada a perda de sua função pública.

Por assim entender há duas correntes de debates. A primeira entende que competência não se presume, portanto se a natureza da ação de improbidade é civil, não há o que se falar em foro por prerrogativa de função. A segunda baseia-se na natureza da sanção aplicada quando essas ultrapassam os limites de reparação pecuniária, culminando em perda da função pública exercida por quem responde ao processo.

O debate é amplo e extenso. Majoritariamente é aplicado o entendimento da competência por prerrogativa de função prevalecer nos casos em que são aplicadas sanções além da natureza civil.

1.4 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA EM OUTRAS NAÇÕES

Para questionar o modelo de prerrogativa de foro adotado pela Carta Magna de 1988 fez-se necessário descobrir se esse modelo é exacerbado. Contudo o critério de comparação somente poderia advir de um estudo comparado em relação a outros ordenamentos jurídicos.

³⁹ Artigo 86 § 4º da Constituição Federal de 1988. “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de sua função.”

A dissertação de mestrado de SEIGNEUR propôs delinear as origens da prerrogativa de função, especialmente a brasileira, e compara-la a nações distintas.

Verifica-se, também, que o Brasil, além de adotar o seu confuso modelo político de controle, também adota um controle judicial, porém, com mais de vinte grupos de autoridades possuindo prerrogativas de foro, sendo algumas acusadas pela Câmara dos Deputados e outras, a grande maioria, acusadas pelo Ministério Público mediante um processo penal comum, com o procedimento tratado em lei especial.

Nota-se que é completamente desproporcional a relação entre o Brasil e os demais países. O excesso de proteção às altas autoridades beira a impunidade, não por má atuação dos Tribunais Superiores, mas pela própria dificuldade que o sistema impõe. Afastar um julgamento de seu foro natural é, no mínimo, um elemento que embaraça de sobremaneira a acusação ou a defesa, tendo em vista as dificuldades de locomoção e de produção de provas.

Ao se garantir tamanhas prerrogativas, tem-se, na verdade, um descrédito com relação à magistratura de primeiro grau, já que elas só podem persistir por crer-se que tais juízes não possuem condições para um julgamento idôneo, seja por temor reverencial ou pela possível influência que os mesmos poderiam sofrer.⁴⁰

A pesquisa foi realizada comparando 18 ordenamentos jurídicos distintos⁴¹. Concluindo, por fim, que o modelo de prerrogativas de foro adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro está além dos outros modelos adotados pelos ordenamentos jurídicos pesquisados, conferindo ao nosso ordenamento um exagero no número de agentes públicos com proteção ao desempenho funcional.

Não se faz necessário, na pesquisa de agora, descobrir se o número de funções consideradas relevantes é exacerbado. Parte-se da premissa que essa resposta já foi respondida de forma clara. Pretende-se aqui dar uma certa continuidade a pesquisa de SEIGNEUR, confrontando o modelo exacerbado ao princípio isonômico, como seguiremos adiante no próximo capítulo.

⁴⁰ SEIGNEUR, Georges Carlos Fredderico Moreira. *Responsabilidade Político Criminal: Um estudo Comparado da Prerrogativa de Foro à luz da Constituição de 1988*. Dissertação para obtenção de Mestrado da Universidade de Brasília. Brasília, 2005. p. 210.

⁴¹ Itália, Portugal, Alemanha, Espanha, Suécia, Áustria, Romênia, Estados Unidos, Argentina, Chile, México, Paraguai, Uruguai, Rússia, França, Noruega, Colômbia e Bolívia.

2. O PRINCÍPIO ISONÔMICO

A igualdade é um anseio natural assim como a liberdade. Não é difícil encontrar quem discorra sobre o tema, da antiguidade até então. O Direito, como ciência humana, não pode distanciar-se deste anseio, pelo contrário, deve ser o principal guardião. Não é a tarefa das mais fáceis, afinal o anseio de igualdade é deveras amplo, signatário de diversas variáveis como a cultura, história e até mesmo a economia. A única afirmativa incontroversa é a igualdade como luta constante, quer seja nos pensamentos, nas palavras e nas ações, sendo que não há descanso nesta eterna batalha.

Na solene frase de RUI BARBOSA “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real⁴²” o que pretende-se é afirmar o Direito como guardião da igualdade. Afinal quem opera o Direito deve ter seu papel atrelado ao ideal de justiça⁴³. Não há como dissuadir a criação, alcance e aplicação da lei sem observar os efeitos de seu resultado na sociedade a que a lei subordina.

2.1 CONCEPÇÕES HISTÓRICAS DA IGUALDADE

O desejo de igualdade é tão antigo como o ser humano. Há registro que os egípcios já resta sob as escrituras antigas onde os deuses criaram os homens como iguais⁴⁴.

Na Grécia Antiga a igualdade era apenas entre os cidadãos da *polis*. A esfera pública era sobressaltada a esfera privada, onde o domínio político exercia a igualdade de condições entre pares. O restante da população, os que não exerciam domínio político eram desiguais por força da natureza. Essa consciência

⁴² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Obra prima de cada autor. 10ª edição. Editora Martin Claret. São Paulo, 2011.

⁴³ Conclusão de ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Obra prima de cada autor. Editora Martin Claret. São Paulo, 2001..

⁴⁴ Neste sentido Martim de Albuquerque. *Apud* em SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*; Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001. pg 32 .

da aceitação de suas condições sociais promulgava a harmonia entre a sociedade⁴⁵. No ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA quando Aristóteles iguala a ideia de igualdade à ideia de justiça prevalece uma injustiça real, pois não seria justo tratar da mesma forma o escravo e seu proprietário⁴⁶.

O Cristianismo é a origem da máxima “todos são iguais”. Essa doutrina acreditava que perante os olhos de Deus as diferenças entre os homens eram apagadas, contudo afirma-se que as diferenças solidificam-se apenas no reino da terra, para atingir a igualdade universal entre escravo e proprietário era necessário atingir o reino dos céus⁴⁷.

Para HOBBS a desigualdade era pactuada, resultada do contrato social, como forma de proteção das vulnerabilidades do estado natural. Portanto a igualdade para Hobbes era negativa pois aproximaria o estado de guerra onde todos estariam contra todos. Já na desigualdade prosperava a paz⁴⁸.

Em toda história mundial a vontade dos homens em lutar pela igualdade é observada. Contudo apenas na Revolução Francesa que este tão almejado anseio toma forma jurídica. “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum⁴⁹.”

O estado natural de LOCKE aclamava a liberdade como algo pacífico, e por si a igualdade era exercida. “Só ao conceber os homens como iguais pode-se admitir sua liberdade.” A desigualdade surge na diferença entre poderes na formação do Estado e na apropriação, por meios legais, de bens além dos necessários ao bem estar do indivíduo⁵⁰.

⁴⁵ Neste sentido AREND, Hanna. *Apud* em VAZ, Anelize. *A igualdade pensada e a igualdade possível: reflexões sobre o conceito de igualdade entre Hobbes, Locke e Rousseau e considerações sobre sua aplicabilidade*. Sertãozinho. Revista de Iluminart do IFSP. Vol. 1. Nº 4. Abril de 2010. pg. 155. Disponível em: <http://www.cefetsp.br/edu/sertaozinho/revista/volumes_anteciores/volume1numero4/ARTIGO_S/18.pdf> Acesso em 15/06/2012.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição revista e atualizada. Editora Malheiros. São Paulo, 2011. p. 213.

⁴⁷ WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Igualdade e poder econômico*. Editora Memória Jurídica. São Paulo, 2005. pg 38/39.

⁴⁸ VAZ, Anelize. *A igualdade pensada e a igualdade possível: reflexões sobre o conceito de igualdade entre Hobbes, Locke e Rousseau e considerações sobre sua aplicabilidade*. Sertãozinho. Revista de Iluminart do IFSP. Vol. 1. Nº 4. Abril de 2010. Pg 155.

⁴⁹ Idem, ibdem pg 33.

⁵⁰ Idem Ibdem, pg 157.

ROUSSEAU admite a igualdade como um “estágio primitivo de felicidade, a ser recuperada com o contrato social”⁵¹. ANELIZE VAZ continua concluindo que para o doutrinador a desigualdade política é um desvio da evolução social do homem.

Rousseau aborda a questão da igualdade definindo as desigualdades morais ou políticas em oposição às desigualdades naturais ou físicas. As primeiras seriam produto do declínio da raça humana, catalisado pela busca pela perfeição, propriedade e reconhecimento social. Rousseau admitia que o desenvolvimento humano, que levou a essa degeneração de valores, era inevitável, e que não seria possível um retorno ao estado de natureza. O que ele almejava, no entanto, era que as desigualdades morais e políticas refletissem as desigualdades naturais e físicas, ao invés de serem construídas socialmente. A igualdade verdadeira consistiria, portanto, na proporção, e só seria benéfica quando combinada à liberdade⁵².

No século XIX encontramos MARX. Sua filosofia trouxe um avanço significativo ao pensamento da época. A economia já estava tomada pelo sistema capitalista desde a revolução industrial dos século XVIII até o momento. Marx correlaciona a liberdade formal e a desigualdade material. Para alimentar o sistema capitalista era necessária igualdade formal de todos os participantes do mercado, pondo fim a desigualdade do controle dos meios de produção, exercido exclusivamente pela burguesia. Para atingir essa igualdade jurídica somente com a liberação da força de trabalho, ou seja, a servidão⁵³.

Como visto, a ideia de igualdade é perseguida desde que o homem entende-se como um ser social. Nada mais justo que tal busca insere-se na formação das ideias de justiça. Tanto se faz que “a justiça é um ideal, e a igualdade um fato”⁵⁴. Por essa razão a igualdade no direito não é apenas uma busca momentânea, torna-se princípio norteador de todas as teorias jurídicas, bem como o mais complexo de entender.

⁵¹ Idem, Ibidem pg 157.

⁵² Idem, Ibidem pg 157.

⁵³ Neste sentido KUNTZ, Rolf. *Locke, liberdade, igualdade e propriedade*. Texto da conferência realizada no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (IEA/USP). Abril de 1997. Disponível: <<http://www.iea.usp.br/textos/kuntzlocke.pdf>> Acesso em 15/06/2012.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5ª edição. Edipro. Rio de Janeiro, 2002. pg 16.

2.2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Nos estudos de Fernanda Silva o conceito de princípio jurídico passa por doutrinadores renomados assim vejamos:

Conceitua JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (1995: 222) que princípios “são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.

Completa BANDEIRA DE MELLO (citado por José Afonso da Silva, 1995: 93), definindo princípio jurídico como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Para MIGUEL REALE (1995:300), princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.⁵⁵

Conclui-se, portanto, que para os doutrinadores citados princípio jurídico é o início do sentido de uma norma, e deve ser condizente com sua finalidade prática na sociedade. Por assim também entende BONAVIDES quando afirma que “uma vez constitucionalizados os princípios são a chave de todo o sistema normativo⁵⁶”.

Para NUCCI os princípios são “normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante a aplicação de normas de alcance limitado ou estreito.⁵⁷”

BONAVIDES ensina que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: Jusnaturalista, juspositivista e a pós positivista⁵⁸.

A fase jusnaturalista dos princípios é a mais abstrata, por consequência sua normatividade é duvidosa, resultado da mistura dos postulados de

⁵⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*; Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001. pg 05/07.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010. pg. 258.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010. pg 35.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010. pg. 255/ 295.

justiça por concepções ideais de Direito Natural, quer seja as leis divinas ou humana.

Já a fase positivista os princípios são a segurança que garantem a lei e não como superior a ela, eficazes para preencher o vazio normativo. Os valores dos princípios não é ditado pela razão, pelo natural ou ideal e sim por derivar da própria lei. Encontra-se então dificuldade em assumir os princípios como normas. Na última fase

Por fim, na fase pós-positivista os princípios afirmam-se como normas, por ser espécie desta, assim como as regras. Essa concepção parte essencialmente de DWORKIN, segundo tanto os princípios como as regras são direitos pois impõem obrigações legais. Não obstante faz-se indagações sobre as diferenças entres as duas espécies de normas, principalmente no tocante aos conflitos de normas. As regras são reconhecidas pelo “tudo ou nada”, ou seja, é válida ao caso concreto ou não é válida ao caso concreto. Havendo conflitos de regras a solução são de critério hierárquico, especialidade e até mesmo o cronológico. Já os princípios não. Há um juízo de peso na validade de um princípio que difere o conflito entre essas normas, a escolha da hierarquia dos princípios é a de sua relevância e não de sua validade. Conflitos entre princípios não há o que se falar em um anular o outro, e sim eleger um deles com o maior peso relevante ao caso concreto, sem que isso o torne válido, ou invalide os demais princípios envolvidos.

2.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Assembleia Constituinte da carta magna de 1988 da nossa pátria promulga a igualdade como princípio constitucional fundamental.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:⁵⁹

⁵⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 5º caput.

Como já visto, a igualdade é um sentimento amplo, perseguido por homens desde os primórdios da civilização⁶⁰. Isso justifica-se pois nenhum ser humano é igual ao outro. A cada homem há vontades, desejos e necessidades diferentes. Alguns contentam-se em estudar e ensinar, outros em curar, alguns em produzir, outros em destruir.⁶¹

A dificuldade em delinear esse sentimento não é diferente no ordenamento jurídico. A doutrina, para melhor entender a isonomia, divide a igualdade em dois sentidos, um material e outro formal, como segue-se.

2.3.1 O SENTIDO MATERIAL DA IGUALDADE

A igualdade material é a que pressupõe tratamento igual a todos. A efetividade dessa igualdade resulta nas condições de acesso igual a determinados bens como a saúde, educação, trabalho, lazer, culto religioso, etc.

Há fatores que poderão inviabilizar este anseio de igualdade. A natureza constitutiva do corpo humano pode determinar alguns menos favorecidos a essa igualdade, como os deficientes físicos. A diversidade de culturas poderá resultar na mesma condição, como a proteção à prática religiosa. Contudo, o fator que tem destaque em nosso trabalho, especialmente no próximo capítulo, será a inviabilidade por divergências de interesses no chamado bem estar social⁶².

Faz necessário aqui entender que a igualdade material expressa-se na lei de forma abstrata. Quando a Constituição Federal garante o direito a saúde essa garantia é oferecida a qualquer cidadão, antes mesmo que saber quem é o cidadão a ser assistido, não a uma pessoa determinada. Entende-se, portanto, que

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5ª edição. Ediouro. Rio de Janeiro, 2002. pg 23. "a igualdade constitui um valor, até mesmo dos valores fundamentais em que se inspiram a filosofia e as ideologias de todos os tempos".

⁶¹ Neste sentido: "todas as pessoas são desiguais nas suas singularidades, tendências, capacidades, interesses, habilidades, ou seja, ninguém é igual a ninguém, se consideradas as características pessoais de cada ser humano". WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Igualdade e poder econômico*. Editora Memória Jurídica. São Paulo, 2005. pg 50.

⁶² A ideologia da defesa social na criminologia crítica de ALESSANDRO BARATTA define princípios norteadores do que chama-se de bem estar social. O assunto será abordado com mais detalhes nas páginas que se seguem.

as ações de políticas públicas do Estado são fundamentadas na garantia da igualdade material entre os cidadãos.

BOBBIO destaca que o “todos nascem iguais” é uma afirmativa excessivamente genérica e até mesmo falsa. Para ele até ROUSSEAUD admitia as desigualdades, sendo naturais e sociais⁶³, nessa última o foco de toda a meta do pacto social. O que deve-se verificar é “igualdade entre quem” e “igualdade em que”. O doutrinador continua ensinando que a igualdade de condições entre todos os homens seria máxima do ideal de justiça”, porém inalcançável, pois sempre é alcançada pelos poucos grupos sociais detentores de poder:

Não pode escapar o significado polêmico e revolucionário deste *todos*, que é contraposto a situações ou ordenamentos nos quais nem todos, ou melhor, só poucos ou pouquíssimos, desfrutam de bens e direitos dos quais os demais são privados. Em outras palavras, o valor da máxima não está no fato de que evoque o fantasma da igualdade, que sempre perturbou o sono dos poderosos, mas no fato de que a igualdade evocada, qualquer que seja sua natureza, deveria valer para todos. (...) a máxima da igualdade de todos responderia, literalmente, *igualdade entre quem*.⁶⁴

É no campo da desigualdade material a origem todo o estudo da igualdade jurídica. Nesse campo onde encontramos as assimetrias entre os homens, quer aceitas ou não. Encontra-se aqui as diversas variáveis sociais, econômicas, culturais que separam os indivíduos. No mesmo tocante é na similaridade de alguma dessas variáveis que formam-se grupos sociais com interesses próximos, da mesma forma que confronta grupos sociais de interesses distintos. Aqui encontra-se a harmonia tão afirmada por “iguais nos iguais e desiguais nos desiguais”⁶⁵. As variáveis, ou fatores, que unem indivíduos em grupos de interesses próximos, devem ser protegidas, controladas e até mesmo eliminadas, dependendo de quais efeitos práticos possam gerar no contexto Estatal.

Procurando esclarecer quais fatores poderão ser discriminados entre os iguais CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, faz um estudo específico sobre

⁶³ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5ª edição. Ediouro. Rio de Janeiro, 2002. Pg 24. As desigualdade naturais são consequências da natureza, sendo que as sociais são consequências das relações sociais entre os homens. A primeira é benéfica, já a segunda é resultado do domínio econômico, espiritual e político.

⁶⁴ *Idem, Ibdem* pg 23/24. Encontramos aqui uma aproximação entre a descrição de BOBBIO com a doutrina de BARATTA, estudo a ser aprofundado `a frente.

⁶⁵ Neste sentido: WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Igualdade e poder econômico*. Editora Memória Jurídica. São Paulo, 2005. pg 50/53.

a igualdade jurídica. Nas questões materiais do sentido da igualdade o alerta se faz na escolha do fator de discriminação:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por diferente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tão correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição.⁶⁶

Partindo da igualdade material, suas variáveis, seus grupos sociais e suas desigualdades é que origina-se as conseqüentes ações no mundo jurídico, ou seja, a positivação em normas formais. Não podendo confundir-se que toda norma sobre igualdade será formal. Há normas que encontra-se o sentido material. Para a diferença entre o sentido material e o formal é necessário encontrar o espírito a quem a lei dirige seu sentido.

2.3.2 O SENTIDO FORMAL DA IGUALDADE

Em síntese, o sentido formal da igualdade é já vista busca incansável do anseio de todo homem.

Para CELSO RIBEIRO BASTOS a isonomia formal “consiste no direito de todo cidadão não ser albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”⁶⁷.

A doutrina estrangeira divide o sentido formal da igualdade em duas modalidades de acordo com os destinatários a quem o preceito de igualdade deve ser observado. A igualdade na lei deve é destinada aos legisladores, e a igualdade perante a lei aos aplicadores do direito, precisamente as instâncias de controle social.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES assim define a igualdade na lei:

Não é esse conteúdo de (igualdade perante a lei) a única igualdade a que se refere o art. 5º da Constituição Federal. Porque esse dispositivo trata da igualdade não só ante a lei mas também como um conteúdo da legislação

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997/2000, p. 17.

⁶⁷ Idem, ibidem pg 36/38.

que lhe é integrativa. Vincula-a, numa relação sintática de supra e subordinação, no tocante à predeterminação do seu conteúdo, isto é, o próprio âmbito material de validade da norma (igualdade na lei, igualdade contentutística – diria, Pontes de Miranda). De tal sorte que, se desconsiderado o preceito constitucional, o ato legislativo ou administrativo de sua aplicação incorrerá em inconstitucionalidade. A igualdade na lei é igualdade material; somente existe quando a lei prescreve, ela própria, um tratamento igualitário. Será a igualdade, em tais condições “matéria” do ato legislativo⁶⁸.

Continua o autor português, SOUTO MAIOR, acerca da igualdade perante a lei:

Esta pode existir até mesmo quando a igualdade não corresponda ao conteúdo da lei. A igualdade perante a lei nada mais significa senão a simples conformidade, em todas as situações que lhe forem subsumidas, da conduta humana à norma de conduta: “Com efeito, a chamada “igualdade” perante a lei não significa qualquer outra coisa que não seja a aplicação legal, isto é, correta, da lei, qualquer que seja o conteúdo que esta lei possa ter, mesmo que ela não prescreva um tratamento igualitário, mas um tratamento desigual” (Kelsen. A Justiça e o Direito Natural).

A rigor, a igualdade diante da lei somente postula que a aplicação da lei corresponde sempre à sua incidência. Daí o seu caráter formal; nada prescreve sobre a igualdade como o conteúdo da própria lei aplicada. A tônica é aí na inexceptualidade da aplicação concreta da norma, sempre que ocorrentes os seus pressupostos fácticos.⁶⁹

JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que a doutrina estrangeira muito preocupa-se com a diferença entre “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”. A primeira dirigida apenas aos criadores da lei, a segunda dirigida aos criadores e aplicadores da lei. Esclarece, então, que para nosso ordenamento essa distinção é desnecessária, visto que, o nosso sentido de igualdade perante a lei tem como destinatário tanto o legislador quanto o aplicador da lei⁷⁰.

Neste mesmo sentido ensina FRANCISCO CAMPOS:

Não tem nenhum sentido, portado, a afirmação de que o princípio de igualdade se destina tão-somente a reger a aplicação da lei, não se entendendo com o mandamento de observar, ele mesmo, ao elaborar e editar a lei, o princípio de que aos iguais deverá dispensar igual tratamento...

⁶⁸ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*; Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001. pg 42/43.

⁶⁹ Idem, ibidem pg 42/43.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição revista e atualizada. Editora Malheiros. São Paulo, 2011. p. 215,

Aliás, nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe qualquer dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio de igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei, pelo simples fato de que a lei obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos.⁷¹

Assim FERNANDA SILVA conclui:

Com efeito, apesar das divergências apontadas, as mesmas se revelam mais como distinções retóricas, já que ambas se verificam, de uma forma ou de outra, como destinatários do princípio da isonomia, quer aqueles que aplicam a lei, quer aqueles que as elaboram, havendo pois uma dupla destinação do comando, que assegura a vedação de concessão de privilégios a uns em detrimento de outros (isonomia na elaboração da lei), bem como uma aplicação igual para todos.⁷²

Em síntese a igualdade formal é a garantia que a lei será uma para todos e que sua aplicação é a mesma a qualquer um.

2.3.3 A COMPATIBILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Máxima estudada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO “a lei não deve ser fonte de privilégios”, levou a conclusão que atribuiu um modelo lógico de verificação de normas jurídicas passível de aferir se tais normas consagram a igualdade entre os cidadãos:

A lei não de vê ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia.⁷³

⁷¹ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*; Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001. pg 46/47.

⁷² Idem, ibidem pg 48.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997/2000, p. 11.

Para o autor a necessidade de diferença entre cidadãos deve obedecer a critérios lógicos de escolha de discriminação, sem os quais a norma jurídica não condiz com o princípio isonômico. Anteriormente vimos que esses fatores de discriminação nascem da diferença natural entre os homens.

Para justificar o tratamento desigual é necessário estar presente:

- a) o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) correlação lógica e abstrata entre o fator erigido e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte jurisdicizado.⁷⁴

Nota-se que essa primeira fase destina-se apenas a escolha da variável que justifica o tratamento desigual, tornando-se aqui o objeto que orienta importância em proteger os interesses próximos dos interesses diferentes.

Selecionado o objeto, a segunda fase preocupa-se em saber quais os elementos que contem no objeto para justificar a discriminação. São necessários quatro elementos para dar idoneidade a discriminação:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pelas regras de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público⁷⁵

Escolhido o objeto e nele presente os quatro elementos idôneos a garantir a discriminação conforme a igualdade material, observa-se aqui o momento de positivação da norma que protegerá os iguais em face aos desiguais. O princípio constitucional da igualdade deve estar presente em qualquer que seja a norma. Mesmo as normas de tratamento discriminatórios em função da busca da igualdade.

⁷⁴ Idem, ibidem pg 21.

⁷⁵ Idem, ibidem pg 41.

O cuidado para promulgar esta norma discriminatória deve obedecer a dois critérios⁷⁶:

- a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;
- b) o traço diferencial adotado, há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja, elemento algum que não exista nelas mesma poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes.

Entende-se aqui que o legislador deve observar se o traço diferencial, ou objeto, é compatível a proteção da igualdade material, ou seja, a discriminação deve ser eleita de tal sorte que os interesses em comum de determinado grupo social não configurem subjugar outros grupos sociais, o que caracterizaria privilégio. Parte-se da premissa que o objeto de discriminação não pode ofender direitos e obrigações comuns aos dois grupos, resultando em conflito comum e agraciando o grupos mais articulado em face do menos favorecido. Se a norma jurídica estiver em função do privilégio de uns está em desacordo com o princípio da igualdade.

Se a lei propôs distinguir pessoas, situações, grupos e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar o *discrímen*. Contudo se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.⁷⁷

Adotando o modelo proposto pelo doutrinador, pretende-se, analogicamente, aferir se o ordenamento jurídico brasileiro respeitou o princípio isonômico ao instituir o modelo de prerrogativa de função como proteção as atribuições funcionais de seus detentores.

⁷⁶ Idem, ibdem pg 22.

⁷⁷ Idem, ibdem pg 45.

2.4 A SOCIOLOGIA JURÍDICA NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Desde o início da pesquisa até o momento, todos os caminhos levam a entender que a igualdade é intrínseca ao ser humano tanto como outras necessidades como a de liberdade, propriedade, saúde, paz.

A partir do momento que convivemos em sociedade se faz necessário regras para a harmônica entre todos. O Direito, nesse contexto, confirma-se como instrumento regulador das normas de convivência. Contudo, a ciência que afere a validade prática dessas normas é a sociologia, especialmente a vertente da sociologia jurídica.

Para critérios de definição de igualdade, na sociologia jurídica, a obra de ALESSANDRO BARATTA é a que melhor justifica as respostas da presente pesquisa⁷⁸.

O Estado como ente não surgiu por acaso. A necessidade de agrupar interesses comuns, especialmente os de conservação da espécie, fez os homens a unir-se em um só ideal. Entende-se por pacto social que cada indivíduo abra mão de uma parcela mínima de sua liberdade dando legitimidade ao Estado que atue em proteção de todos.

As normas são instituídas em busca da proteção da harmonia entre os cidadãos. Nelas refletem-se o que aquela sociedade define como bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito. Daí emana-se o que pode e o que não pode ser feito no convívio social. Em especial no que é definido como prática proibida verifica-se uma gama de normas destinadas a punir indivíduos que não obedecem as diretrizes do convívio harmônico. São as normas promulgadas sob a égide do Direito Penal.

Entende-se, portanto a função das normas penais é defender a sociedade, mesmo que seja de indivíduos pertencentes a ela. Nesta corrente de pensamentos BARATTA destaca duas escolas: A chamada escola clássica⁷⁹ e a

⁷⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*; Rio de Janeiro. Editora Renavan, 1999. p. 41/48 – 85/145

⁷⁹ A escola clássica trata-se de um movimento de reforma onde o poder positivo precisava ser pensado como novo modelo de garantias em face a arbitrariedade do Estado, na prática a intenção era acabar com o modelo de punição baseado nos suplícios e emergir um modelo de reforma da alma. O período está entre meados do século XIX até meados do

escola positiva⁸⁰. Na análise das duas escolas o autor conclui que mesmo com prismas diferentes, conclusões e objetivos antagônicos, há uma similaridade na justificativa dos pensamentos de ambas correntes. A ideologia da defesa social⁸¹.

2.4.1 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

Ideologia no sentido negativo⁸² é a falsa consciência que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversamente das realmente existentes. Nesse sentido é dado o que BARATTA chama de ideologia da defesa social. A necessidade comum entre as escolas clássica e positiva em defender a sociedade do mau que a criminalidade propicia.

Trata-se de mecanismos do sistema penal, que inibem a conduta criminosa por imbuírem no contexto social do indivíduo a certeza da punição dos desvios criminosos. A essência do sistema penal baseado na ideologia da defesa social são leis abstratas e aistóricas, ou seja, independentes de qualquer sujeito determinado ou contexto histórico inserido.

A ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela

século XIX. Os princípios fundamentais são os da humanidade, legalidade e utilidade. Um dos principais pensadores foi o Marques de BECCARIA, com a obra “dos delitos e das penas”. Contudo há importância de outros autores tais como FRANCESCO CARRARA. A crença da escola Clássica é que a pena deveria cumprir duas funções, uma retributiva, na medida do justo castigo pela violação da norma, e outra preventiva, posto que elimina o perigo social que advém da impunidade.

⁸⁰ A escola positiva nasce como resposta a crescente criminalidade da época, meados do século XIX. A explicação da criminalidade baseia-se nas características biológicas, psicológicas e sociais dos indivíduos. LOMBROSO, FERRI e GARÓFALO são os ícones do pensamento positivista. O Direito Penal é visto com a função de defender a sociedade dos criminosos, vistos aqui como seres degenerados.

⁸¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*; Rio de Janeiro. Editora Renavan, 1999. pg 41. “Seja qual for a tese aceita, um fato é certo: tanto a escola clássica quanto a escola positiva realizam um modelo de ciência penal integradas, ou seja, um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de um ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico.”

⁸² Definição de MARX usada por BARATTA. Idem, ibidem pg 41.

assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social. O conteúdo dessa ideologia, assim como passou a fazer parte – embora filtrado através do debate entre as duas escolas – da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem de rua (ou seja, das *every day theories*), é sumariamente reconstruível em seus princípios.⁸³

BARATTA concluiu que a ideologia comum as duas escolas eram esculpidas em 6 princípios comuns, dentre eles o princípio da igualdade:

- a) Princípio de legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio de culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- c) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente.
- e) *Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.*
- f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).⁸⁴

A continuidade da obra de ALESSANDRO BARATTA é propor a quebra do sentido de cada um desses princípio, baseando-se em teorias como a psicanalítica, estrutural-funcionalista, das subculturas criminais, as técnicas de

⁸³ Idem, ibidem pg 41/42.

⁸⁴ Idem, ibidem pg 42/43.

neutralização, até o chamado onde inserimos nossa pesquisa: O *Labeling Approach*⁸⁵ e a Teoria do Conflito⁸⁶.

O problema investigado pela presente pesquisa é complexo tanto quanto a definição de igualdade pelos doutrinadores. Com bases essencialmente constitucionalistas justificar o privilégio da prerrogativa de função terminaria apenas na vertente da igualdade perante a lei.

A escolha das teorias criminológicas difundidas na obra de ALESSANDRO BARATTA já demonstram que a distinção entre a igualdade formal e material tem consequências práticas diversas. Com a teoria do conflito e o *labeling approach* observa-se que o princípio isonômico é negado tanto no sentido material bem como no sentido formal. Com o devido respeito aos doutrinadores, a diferença entre os sentidos da igualdade são negados em toda sua extensão de destinatários, os legisladores e os aplicadores.

⁸⁵ Essa teoria marca a mudança de paradigma na criminologia. O objeto não é mais o criminoso e sim as definições, seleções e efeitos do processo de criminalização, tanto em nível primário com secundário. No capítulo seguinte veremos com mais desenvoltura.

⁸⁶ Essa teoria completa o alcance da teoria da reação social, ou *labeling approach*, na medida da criminalização primária. Contudo entendemos que seu alcance pode negar outros princípios, especialmente o princípio da legitimidade na atuação do Estado e o princípio do interesse social. Desenvolveremos esse pensamento no próximo capítulo.

3. A (DES)IGUALDADE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O modelo de prerrogativa de função adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é justificado, como já visto, pela proteção ao desempenho funcional de seu detentor, a saber, pessoa física no exercício de agente público investido para atividades de interesse estatal.

Conclui-se que, por ser pessoa física antes de qualificado como agente público, o mesmo ordenamento confere uma série de direitos e obrigações como a qualquer outro cidadão, investido ou não de função estatal.

Ocorre que a prerrogativa de função é destinada, essencialmente, ao grupo social que detém o controle estatal. Portanto é esse grupo que controla também o limite de abrangência desta proteção. Nos dizeres de BECCARIA “quais serão, então, as penas aplicáveis aos delitos dos nobres, cujos privilégios formam grande parte das leis das nações?”⁸⁷.

O que pode-se esperar de igualdade perante a lei quando seus destinatários, quem cria ou aplica, são os agentes públicos foco da proteção pela norma criada?

3.1 A (DES)IGUALDADE NO SENTIDO JURÍDICO

Na obra de BANDEIRA DE MELLO o princípio da igualdade é posto como necessário ao direito, independentemente de seus destinatários, o legislador ou o aplicador do direito.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deverás, não somente perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.⁸⁸

⁸⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. CRETELA JUNIOR. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1996. p. 74.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997/2000, p. 10.

Tomando por parte a obra citada partiremos a uma interpretação analógica entre a prerrogativa de função do ordenamento constitucional brasileiro com o princípio da igualdade.

O fator de discriminação que justifica a prerrogativa de foro é a proteção à função estatal desempenhada pelo seu detentor. Aos elementos do fator de discriminação usados por BANDEIRA DE MELLO conclui-se que:

a) A prerrogativa de função atinge um grupo definido por operadores do Estado em suas três esferas, a executiva, legislativa e judiciária, não penas um indivíduo. Por esse fato é compatível com a igualdade.

b) O traço que diferencia as pessoas com privilégio de foro dos demais cidadãos caracteriza-se pelo domínio das instâncias de controle oficiais. Portanto o fator de discriminação não é a função desempenhada pelo estado e sim a função desempenhada pelos controladores do poder estatal. A prerrogativa diferencia seus detentores dos demais cidadão pelo acesso legitimado ao poder estatal. Um cidadão comum não tem preocupação em justificar seus atos de ofício a demais esferas públicas. Pela teoria da separação dos poderes um poder deve agir de tal forma que freie e contrabalanceie os atos dos demais, harmonicamente. Essa característica prejudica em parte o princípio da igualdade. Vejamos a seguir.

c) A diferença abstrata para a prerrogativa de função são os crimes de responsabilidade e os crimes comuns. Quanto a proteção aos crimes de responsabilidade entendemos que a prerrogativa está em acordo com a igualdade, visto que seus detentores devem gozar de imunidades para efetivar suas ações e não sujeitar-se a submissão de outros poderes. Contudo nega-se a prerrogativa em face aos crimes comuns, visto que são crimes praticados com a livre e espontânea motivação pessoal do agente e não há correlação lógica com os atos de ofício. Esse critério é desrespeitado, e faz com que o julgamento de um crime comum diferencie-se entre julgamentos com privilégios e sem privilégios, o que fere diretamente a igualdade formal, ou perante a lei.

d) Os ideais de igualdade material da carta magna pressupõe igualdade entre todos os cidadãos. O próprio texto constitucional é ambíguo, visto que justifica a discriminação da prerrogativa de função pelos crimes de responsabilidade, contudo agracia de privilégios os crimes comuns, no caso do Presidente da República encontra-se imunidades ao julgamento durante o exercício

do mandato. Por assim dizer entende-se que não há abstração, suficientemente valiosa, na norma constitucional que habilita foro privilegiado aos crimes comuns.

Portanto, o fator de discriminação aos crimes comuns, usado no modelo de prerrogativa de função, deixa de ser a proteção as funções de estado e passa a ser proteção da pessoa física, agraciando assim o privilégio de um cidadão em face aos demais.

Segundo os estudos de BANDEIRA DE MELLO, o critério de discriminação deve respeitar o tocante a pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. A prerrogativa de função está diferenciada pela sua situação de existência para a função estatal desempenhada. Se desloca-se esse critério, da função para a pessoa, não haverá igualdade, posto que a investidura do cargo de função estatal protegido é de acesso a todos os cidadãos, quer seja pela eleição democrática, quer seja pela investidura em concurso público. Os privilégios concedidos aos crimes comuns deslocam o fator de discriminação da situação para a pessoa, o que entende-se como desigual, em sua matéria e em sua forma.

O deslocamento do fator de discriminação, nos crimes comuns, da situação para a pessoa do detentor de privilégio causa indignação, assim vemos em EMERSON GARCIA, aforando a dignidade de quem deveria cuidar e abusa de seus poderes:

Como ensina as regras de experiência, na medida em que se ascende no escalonamento hierárquico, mais remota se mostram as possibilidades de responsabilização dos agentes públicos. Tal constatação deriva das maiores prerrogativas que a lei concede ao agente, de sua ascendência política, da possibilidade de manipulação da opinião pública, da maior disponibilidade de recursos financeiros.⁸⁹

Por fim, conclui-se que a prerrogativa de função torna-se um privilégio concedido aos detentores do poder estatal da esfera executiva, legislativa e judiciária, no tocante aos crimes comuns. Tais privilégios foram instituídos na Carta Magna pelos mesmos cidadãos que os usufruem.

O princípio da igualdade no sentido jurídico é absolvido pelo fator de discriminação, de situação da proteção as funções estatais, ou seja aos julgamentos dos atos de ofício. Contudo, esse fator de discriminação desloca-se para a pessoa

⁸⁹ GARCIA, Emerson. *A Corrupção: Uma visão Jurídico-sociológica*. Belo Horizonte: Forum Administrativo, v. 3, n. 30, ago 2003. p. 2628.

do detentor quando o julgamento é de crimes motivados pelo desígnio de ação pessoal. Razão que desrespeita a igualdade material e formal. A igualdade perante a lei, para crimes comuns, é desrespeitada na medida que os julgamentos da ação delitiva aplica-se de forma desigual aos detentores de privilégios em face aos demais cidadãos.

As consequências práticas dessa desigualdade faz diferença quanto a destinação do sentido da igualdade, ao legislador e aos aplicadores. Os doutrinadores constitucionalistas pátrios defendem que a distinção de igualdade na lei e perante a lei não tem efetividade prática. Com a máxima vênia, é controverso. Não é na prática da aplicação das normas concessivas de privilégios que vislumbra-se o problema, e sim em suas consequências como fatores sociais. A essa discrepância dedica-se a continuidade.

3.2 A (DES)IGUALDADE NO SENTIDO SOCIOLÓGICO

A igualdade para os doutrinadores constitucionalistas contém dois sentidos. O sentido material é destinado ao Estado com ente, garantindo a igualdade de oportunidades, direitos e deveres. Para tanto utiliza-se do instrumento Direito promulgando normas de diretrizes de harmonia social. As normas devem garantir que todos cidadão seja tratado de forma igual perante as instâncias de controle social, ou seja o sentido formal da igualdade. Ocorre que as instâncias são controladas pelos detentores de função estatal.

Como visto há doutrinadores que não concordam com a distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei, pois essa diferença não é aferida quanto seus efeitos práticos. Compreendido o espírito doutrinário encontra-se aqui uma discrepância. Não são os efeitos práticos no mundo jurídico que diferencia esses conceitos e sim suas consequências na reação social aferida.

Para entender melhor as consequências dos privilégios por prerrogativa de função vejamos então a obra de BARATTA.

O que distingue a criminologia tradicional da nova sociologia criminal é visto, pelos representantes do *labeling approach*, principalmente, na consciência crítica que a nova concepção traz consigo em face da

definição do próprio objeto da investigação criminológica e em face do problema gnosiológico e de sociologia do conhecimento que está ligado a esse objeto (a criminalidade, o criminosos), quando não o considerarmos como um simples ponto de partida, uma entidade natural para explicar, mas como realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam. Portanto, esta realidade deve, antes de tudo, ser compreendida criticamente em sua construção.

Para BARATTA: Não se pode compreender o crime se não estudar a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas, até as ações das instancias oficiais de controle (polícia, juízes, penitenciárias) que as aplicam.

As teorias do *labeling approach* negam a igualdade desde a concepção da norma. O princípio da igualdade pertinente a ideologia da defesa social discorre que “a criminalidade é a violação da lei penal, e como tal, é o comportamento e uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal aplica-se de modo igual aos autores de delitos⁹⁰.”

A lei penal não se produz de forma igual respeitando assim a igualdade material. Quem detém o poder de legislar manipula as definições de criminalidade, seus alcances e seus privilégios de acordo com o interesse da classe dominante. Essa outorga de legislação penal possibilita o afastamento da visão de criminosos os indivíduos de maior status sociais, quase sempre, os detentores de poder⁹¹.

A consequência dessa manipulação não poderia ser diferente. A reação social aos crimes praticados por entiquetados de maior status social é sempre diferente aos crimes praticados por indivíduos de menor status. O não reconhecimento social da criminalidade do colarinho branco⁹² como crime de potencialidade social ofensiva leva julgamentos brandos. Quando verificamos ainda que há indivíduos detentores de privilégios por exercerem funções de Estado a discrepância é maior, conseqüentemente fomenta a corrupção⁹³.

⁹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*; Rio de Janeiro. Editora Renavan, 1999. pg 42.

⁹¹ BECKER é o autor que define o entiquetamento com o interacionismo simbólico, ou seja, a construção de uma realidade deturpada, facilmente manipulada pelos controladores das instâncias oficiais.

⁹² Conceito criado por SUTHERLAND.

⁹³ CASTRO, Lola Anyiar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro, 1983.

Pelos estudos de SUTHERLAND verifica-se que o crime do colarinho branco não é um crime praticado por uma minoria, pelo contrário, a cifra oculta é maior que a criminalidade comum. As consequências são maiores do que o tipificado latrocínio. Muitos morrem em filas de hospitais sem atendimento por consequência dos desvios de verbas, e ninguém é processado por homicídio.⁹⁴

Conclui-se, portanto, que para BARATTA o princípio da igualdade é negado porque a lei não é igual para todos, na medida que não se produz originalmente de forma abstrata, nem processa-se de forma igual, tão pouco julga-se de forma igual.⁹⁵

Ao que confirma a teoria do *labeling approach* acerca do processo de tipificação as teorias conflituais explicam o procedimento de manipulação de interesses dos detentores de poder.

Pelo princípio do delito natural BARATTA entende:

O núcleo central dos delitos definidos nos código penais das nações civilizadas representa ofensas de interesses fundamentais, de condições essenciais á existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).⁹⁶

Os interesses protegidos pelo Direito Penal são interesses comuns a todos os cidadãos, tais como o direito a vida, patrimônio, consagrados pelo sentido material da igualdade. Dentro desse princípio há exceção ao delito natural acerca de crime não motivados pela consciência natural de sobrevivência do homem social, mas sim com motivação de arranjos políticos e econômicos, ou seja, delitos artificiais.⁹⁷

Por esse princípio entende-se seus pressupostos como as concepções naturalista e universalista de repúdio `as condutas classificadas como criminosas. O primeiro afere-se por bases jusnaturalistas, onde o delito é a violação dos interesses sociais expressados pela maioria da sociedade. O indivíduo viola os

⁹⁴ COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. Tradução SALES, Denise R. 5ª edição. Barueri. Editora Manole, 2005. P. 12.

⁹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*; Rio de Janeiro. Editora Renavan, 1999. pg 111.

⁹⁶ Idem, ibidem pg 42.

⁹⁷ Idem, ibidem pg 39. Origem na escola positiva com GARÓFALO, violação de sentimentos fundamentais de piedade e probidade.

anseios sociais é anormal⁹⁸. O direito serve para proteger os interesses sociais de uma minoria com comportamentos fora do consenso de bem estar social. Consenso este universal pois é homogêneo a todos os integrantes da sociedade.

Os estudos da teoria da reação social concluem que o delito não é uma realidade ontológica, mas sim uma realidade construída através de processos, formais e informais, de definição e mecanismos de controle social. A teoria do conflito amplia a concepção da teoria da reação social acerca do conflito de interesses entre grupos sociais. O objeto de estudo é a “guerra” em subjugar um grupo menos articulado aos interesses do grupo mais articulado.⁹⁹

Para BARATTA os interesse protegidos pelas instancias formais de controle social não é a expressão dos interesses da maioria dos indivíduos e sim dos que detêm o poder de criminalização. A criminalidade não passa de arranjos políticos e econômicos e sua proteção é reflexo de mera manipulação estatal.¹⁰⁰

Portanto negar o princípio do delito natural é dizer que o direito penal é criminalizado por um grupo social que detêm o poder formal, manipulando o Estado a serviço de seus interesses, dos quais não comungam com os interesses de outros grupos não detentores de poder. Por essa razão o delito é uma realidade construída, e não natural, sendo sua meta a sobreposição dos interesses do grupo dominante aos interesses de outros grupos menores.¹⁰¹

Da mesma forma que o delito é uma realidade construída, analogicamente, os privilégios sem compromissos com o princípio da igualdade também são realidades construídas e manipuladas pelos detentores de poder, os mesmos agraciados pelos já definidos privilégios, isso em meio a um um jogo de auto preservação de interesses de uma classe dominante em face a maioria dominada.

⁹⁸ Idem, ibdem pg 38/39. Origem na escola positiva com LOMBROSO. Trata-se do pressuposto ontológico da criminologia tradicional. A mudança desse paradigma acontece com a teoria da reação social como anteriormente citado.

⁹⁹ Idem, ibdem pg 126/127. Pensamento de VOLD, um dos teóricos do conflito.

¹⁰⁰ Idem, ibdem pg 119/120.

¹⁰¹ Idem, ibdem pg 118.

3.4 AS CONDENAÇÕES DOS MEMBROS COM PRERROGATIVA DE FORO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

O julgamento da Ação Penal originária nº 470 perante o Supremo Tribunal Federal está em fase de julgamento. Até o presente momento o que percebe-se é que pela primeira vez na história do país há uma real possibilidade de um detentor de prerrogativa de função condenado cumprir a pena de detenção.

José Gerardo (PMDB/CE) foi o primeiro agente público a ser condenado pelo Supremo Tribunal. Enquanto prefeito de Caucaia/CE ele teria cometido o crime de responsabilidade. Sua condenação, em 13 de maio de 2010, foi convertida a prestação de serviços a comunidade.

No mesmo ano de 2010 a segunda condenação ocorreu. Dia 20 de maio o deputado Cássio Taniguichi (DEM/PR) foi condenado por crime de responsabilidade, crime praticado enquanto prefeito de Curitiba/PR. A pena foi declarada prescrita.

O deputado federal José Tatico (PTB/GO) foi condenado por apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária de sua empresa de curtume. O deputado foi declarado culpado e condenado a 7 anos, contudo por ter completado 70 anos a punibilidade foi declarada extinta.

O único caso de condenação com pena de prisão de agente público com foro especial foi em 28 de julho de 2010. Natan Donandon, deputado federal pelo PMDB/RO, foi condenado a 13 anos e 4 meses de prisão por peculato e formação de quadrilha. O deputado Natan ajudou a desviar R\$ 8,4 milhões da Assembleia Legislativa de Rondônia, entre os anos de 1995 e 1998. O deputado não teve seu mandato suspenso. O cumprimento da pena está sobrestado pois fora adiado 10 vezes por força de um recurso a Suprema Corte, a previsão para apreciação deste recurso é após o julgamento do “mensalão”.¹⁰².

Asdrúbal Mendes, deputado pelo (PMDB/PA), foi condenado em 8 de setembro de 2011, por esterilização irregular. A pena de reclusão de 3 anos inicia-se no regime aberto.

¹⁰²LOYOLA, Leandro. *A boa vida de Natan Donandon, um político condenado no Supremo*. Revista Época. Publicado em 31/08/2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/08/boa-vida-de-natan-donadon-um-politico-condenado-no-supremo.html>> Acesso em 15/10/2012.

A última condenação ocorreu este ano de 2012. Em 8 de março o deputado federal Abelardo Camarinha (PSB/SP). Enquanto prefeito de Marília/SP fez despesas não autorizadas em lei. A condenação de 4 meses de detenção foi convertida em multa de R\$ 40 mi reais, contudo nem foi efetivada pois o crime havia prescrito.¹⁰³

O julgamento do “mensalão” (Ação Penal nº 470) ainda não foi finalizado até a entrega desta pesquisa.

¹⁰³GOES, Bruno. *Parlamentares condenados pelo STF nunca cumpriram pena na prisão*. O Globo. Publicado em 28/08/2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/parlamentares-condenados-pelo-stf-nunca-cumpriram-pena-na-prisao-5903206>> acesso em 15/10/2012.

CONCLUSÃO

A prerrogativa de função está desacordo com o princípio isonômico, no sentido jurídico, tanto formal como material.

O princípio isonômico nega a igualdade na lei e perante a lei no sentido sociológico. A lei não se faz igual a todos, nem se aplica a todos. Trata-se de realidade construída manipulada por interesses dos detentores de poder.

A prerrogativa de função é defasada para a conjuntura global pois há excessos não justificados.

A prerrogativa de função atrasa a prestação jurisdicional, no jurídico prerrogativas processuais e no sociológico. O crime da faixa verde¹⁰⁴ não é punido da mesma forma nem visto com o devido repúdio social.

Por fim conclui-se que a prerrogativa de função não é proteção a função estatal desempenhada. É uma realidade construída, usada para manipular interesses do grupo social dominante no poder estatal. Por isso não há movimentação para diminuí-la, tão pouco extirpa-la.

Convite para aferir empiricamente, assim como SUTHERLAND, a cifra verde da criminalidade do colarinho branco. Assim descobrindo se a prerrogativa de função fomenta a corrupção.

¹⁰⁴ Pretende-se diferenciar os crimes do colarinho branco praticados por detentores de prerrogativa de função investidos pelo Estado. A chamada cifra verde é uma homenagem a faixa verde e amarela entregue aos investidos de função política.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Obra prima de cada autor. Editora Martin Claret. São Paulo, 2001.

ARISTÓTELES. *Política*. Obra prima de cada autor. 6ª edição. Editora Martin Claret. São Paulo, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*; Rio de Janeiro. Editora Renavan, 1999.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Obra prima de cada autor. 10ª edição. Editora Martin Claret. São Paulo, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. CRETELA JUNIOR. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1996.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5ª edição. Ediouro. Rio de Janeiro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010.

BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857.

CASTRO, Lola Anyiar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro, 1983.

Código de Processo Penal Brasileiro.

Constituição Federal do Brasil de 1988.

COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. Tradução SALES, Denise R. 5ª edição. Barueri. Editora Manole, 2005.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência por Prerrogativa de Função. Desenho Constitucional e Hermenêutica Jurisprudencial. Limites e Possibilidades no Tempo e no Espaço*. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos da Faculdade de Direito de Barueri – nº 42 jan/abril 2005.

GARCIA, Emerson. *A Corrupção: Uma visão Jurídico-sociológica*. Belo Horizonte: Forum Administrativo, v. 3, n. 30, ago 2003.

GOES, Bruno. *Parlamentares condenados pelo STF nunca cumpriram pena na prisão*. O Globo. Publicado em 28/08/2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/parlamentares-condenados-pelo-stf-nunca-cumpriram-pena-na-prisao-5903206>> acesso em 15/10/2012.

JESUS, Damásio. *Direito Penal – Parte Geral*. 31ª edição. São Paulo. Saraiva 2010.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KUNTZ, Rolf. *Locke, liberdade, igualdade e propriedade*. Texto da conferencia realizada no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (IEA/USP). Abril de 1997. Disponível: <<http://www.iea.usp.br/textos/kuntzlocke.pdf>> Acesso em 15/06/2012

LOYOLA, Leandro. *A boa vida de Natan Donandon, um político condenado no Supremo*. Revista Época. Publicado em 31/08/2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/08/boa-vida-de-natan-donandon-um-politico-condenado-no-supremo.html>> Acesso em 15/10/2012.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. 1ª Ed atualizada. Campinas-SP. Editora Millennium, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997/2000,

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição revisada e atualizada, editora Saraiva, São Paulo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 14ª ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ROSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. 4ª edição. Editora Nova Cultural. São Paulo, 1987.

SEIGNEUR, Georges Carlos Fredderico Moreira. *Responsabilidade Político Criminal: Um estudo Comparado da Prerrogativa de Foro `a luz da Constituição de 1988*. Dissertação para obtenção de Mestrado da Universidade de Brasília. Brasília, 2005.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*; Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição revista e atualizada. Editora Malheiros. São Paulo, 2011.

TREVIZAN, Thalita Campos & NETA, Vêlleda Bivar Soares Dias. *A liberdade sob a perspectiva de Kant: um elemento central da ideia de justiça*. Cadernos da EMARF, Filosofia e Direito. Rio de Janeiro. Vol. 3. Nº 1.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Igualdade e poder econômico*. Editora Memória Jurídica. São Paulo, 2005.

VAZ, Anelize. *A igualdade pensada e a igualdade possível: reflexões sobre o conceito de igualdade entre Hobbes, Locke e Rousseau e considerações sobre sua aplicabilidade*. Sertãozinho. Revista de Iluminart do IFSP. Vol. 1. Nº 4. Abril de 2010. pg. 155. Disponível em: <http://www.cefetsp.br/edu/sertaozinho/revista/volumes_anteriores/volume1numero4/ARTIGOS/18.pdf> Acesso em 15/06/2012.

ZILVETI, Fernando Aurélio & LOPES, Sílvia (org). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Instituto Pimenta Bueno. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2004. Artigo de MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar improbidade administrativa*. p. 195.